



Colección
Convención ONU

EL RÉGIMEN JURÍDICO
INTERNACIONAL DE LA CAPACIDAD
JURÍDICA DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

Ediciones cinco



DIRECTORES:

Luis Cayo Pérez Bueno
Leonor Lidón Heras

CON EL APOYO DE:



OTRAS COLABORACIONES:



PRIMERA EDICIÓN: Noviembre, 2014

© **DEL TEXTO:** El autor

© **ILUSTRACIÓN DE CUBIERTA:** Luis Cayo Pérez Bueno , 2014

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en esta obra incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones Cinco se identifique con las mismas.

DISEÑO DE LA COLECCIÓN:

Juan Vidaurre

**PRODUCCIÓN EDITORIAL,
COORDINACIÓN TÉCNICA
E IMPRESIÓN:**

Grupo Editorial Cinco, S.A.
c/ General Ibáñez Íbero, 5A
28003 Madrid

Tel.: 91 553 22 72.

grupoeditorial@edicionescinco.com

www.edicionescinco.com

DEPÓSITO LEGAL:

ISBN: 978-84-15305-76-7

EL RÉGIMEN JURÍDICO
INTERNACIONAL DE LA CAPACIDAD
JURÍDICA DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

Francisco José Bariffi

CēRMi
COMITÉ ESPAÑOL
DE REPRESENTANTES
DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

FUNDACIÓN
Derecho y
DISCAPACIDAD

S
ediciones
cinca

A Javier Romañach, de quién aprendí todo aquello de la discapacidad que no viene en los libros.

A mi papá Horacio y a mi abuelo Tate, quienes sembraron en mí la semilla de la curiosidad y la pasión por el descubrimiento.

A mi hermana Josefina, que nos dejó prematuramente y con quien me hubiera gustado compartir este logro.

A Agustina, quien supo marcar mi rumbo en la academia y en la vida, y la razón de mi compromiso con los derechos de las personas con discapacidad.

A Federica, simplemente por llenar mis días de alegría y permitirme la experiencia única de ser su papá.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN, <i>Fernando Mariño</i>	
PRÓLOGO, <i>Juan Manuel Fernández Martínez</i>	
NOTA PRELIMINAR, <i>Miguel Ángel Cabra de Luna</i>	
AGRADECIMIENTOS.....	
ABREVIATURAS.....	
INTRODUCCIÓN.....	
PARTE I	
DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS.....	
Capítulo I	
LA DISCAPACIDAD COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS.....	
1.1. Introducción.....	
1.2. La ideología subyacente: Los modelos de tratamiento de la discapacidad.....	
1.2.1. La discapacidad como consecuencia del castigo de los dioses: El modelo de prescindencia.....	
1.2.2. La discapacidad como consecuencia de las limitaciones funcionales de las personas: El modelo médico o rehabilitador.....	
1.2.3. La discapacidad como consecuencia de factores sociales: El modelo social.....	
1.3. Los valores que sustentan a los derechos humanos en el contexto de la discapacidad.....	
1.3.1. La dignidad.....	
1.3.2. La libertad.....	
1.3.3. La igualdad.....	



Capítulo II

LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL: DEL MODELO MÉDICO AL MODELO SOCIAL.....

- 2.1. Las primeras declaraciones: reflejo del modelo médico asistencialista.....
- 2.2. La aparición del modelo de derechos en los años ochenta.....
- 2.3. El gran paso hacia la perspectiva de los derechos humanos: las Normas Uniformes.....
- 2.4. La protección de los derechos de las personas con discapacidad en los instrumentos internacionales de carácter vinculante.....
 - 2.4.1. La Carta de la ONU.....
 - 2.4.2. La Carta Internacional de los Derechos Humanos.....
 - 2.4.2.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos.....
 - 2.4.2.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....
 - 2.4.2.3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.....
 - 2.4.3. Los tratados temáticos de derechos humanos.....
 - 2.4.3.1. Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.....
 - 2.4.3.2. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.....
 - 2.4.3.3. La Convención sobre los derechos del niño.....

Capítulo III

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....

- 3.1. Introducción.....
- 3.2. La participación de las propias personas con discapacidad: “Nada para nosotros sin nosotros”.....
- 3.3. El concepto de discapacidad y de persona con discapacidad: la consolidación del modelo social.....
- 3.4. El propósito de la Convención: la igualdad y la no discriminación como columna vertebral del tratado.....
 - 3.4.1. Las múltiples perspectivas del principio general de igualdad y no discriminación.....
 - 3.4.1.1. Igualdad como propósito del instrumento.....
 - 3.4.1.2. Igualdad como principio y como valor.....



- 3.4.1.3. Igualdad como obligación.....
- 3.4.1.4. Igualdad como derecho.....
- 3.4.1.5. Igualdad como garantía.....
- 3.4.2. La garantía de no-discriminación por motivo de discapacidad: ¿una herramienta efectiva para promover un cambio real?.....
 - 3.4.2.1. Se centra en el resultado discriminatorio y no en la voluntad de la persona.....
 - 3.4.2.2. Abarca todo tipo de discriminación.....
 - 3.4.2.3. Comprende la discriminación no solo a la persona con discapacidad, sino “por motivo de discapacidad”.....
 - 3.4.2.4. Reconoce que la denegación de ajustes razonables es un tipo de discriminación.....
 - 3.4.2.5. La no discriminación exige una especificidad para su efectiva aplicación.....
- 3.5. Los principios generales.....
- 3.6. Obligaciones generales y transversales.....
 - 3.6.1. Obligaciones generales.....
 - 3.6.2. Obligaciones transversales.....
 - 3.6.2.1. Género y discapacidad.....
 - 3.6.2.2. Niñez y discapacidad.....
 - 3.6.2.3. Toma de conciencia.....
 - 3.6.2.4. Accesibilidad y discapacidad.....
- 3.7. Las obligaciones específicas: los derechos sustantivos y las medidas necesarias.....
 - 3.7.1. El respeto por la vida de las personas con discapacidad.....
 - 3.7.2. Igualdad ante la ley y acceso efectivo a la justicia por parte de las personas con discapacidad.....
 - 3.7.3. Las múltiples dimensiones del derecho a la libertad de las personas con discapacidad.....
 - 3.7.4. Protección de la integridad personal.....
 - 3.7.5. Respeto por la privacidad y la familia.....
 - 3.7.6. Participación en la vida pública y social.....
 - 3.7.7. Vida independiente y con dignidad.....
 - 3.7.8. Derechos sociales básicos.....
- 3.8. Las cláusulas de garantía de aplicación y seguimiento de la CDPD.....
 - 3.8.1. Recopilación de datos y estadísticas sobre discapacidad.....
 - 3.8.2. Cooperación internacional.....
 - 3.8.3. Aplicación y seguimiento nacionales.....
 - 3.8.4. El seguimiento internacional: El Comité de la CDPD.....
 - 3.8.5. La Conferencia de Estados Partes.....



PARTE II

CAPACIDAD JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS.....

Capítulo IV

LA PROTECCIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....

- 4.1. La persona como sujeto de derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos.....
 - 4.1.1. La subjetividad frente al propio Estado.....
 - 4.1.2. La subjetividad frente a otros sujetos de derecho internacional.....
- 4.2. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica en el derecho internacional de los derechos humanos.....
 - 4.2.1. El derecho a la personalidad jurídica.....
 - 4.2.2. El derecho a la capacidad jurídica.....
- 4.3. El ejercicio de la capacidad jurídica como garantía de acceso al goce y ejercicio de todos los derechos humanos.....
 - 4.3.1. Capacidad jurídica como garantía de respeto.....
 - 4.3.2. Capacidad jurídica como garantía de protección.....
 - 4.3.3. Capacidad jurídica como garantía de realización.....
 - 4.3.4. Representación legal (legitimidad y proporcionalidad).....
- 4.4. La protección de la capacidad jurídica en la casuística de los órganos internacionales sobre derechos humanos.....
 - 4.4.1. Tribunales de derechos humanos.....
 - 4.4.1.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....
 - 4.4.1.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....
 - 4.4.2. Órganos de tratados.....
 - 4.4.2.1. Observaciones Generales.....
 - 4.4.2.2. Observaciones Finales a los Informes de los Estados.....

Capítulo V

LAS DISPOSICIONES DE LA CDPD EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA: IDENTIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES IMPUESTAS A LOS ESTADOS PARTES.....

- 5.1. Introducción.....
- 5.2. Aspectos generales del artículo 12.....
- 5.3. Artículo 12.1: Reafirmando la Personalidad Jurídica de las Personas con Discapacidad.....



- 5.3.1. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales.....
- 5.4. Artículo 12(2): El derecho de las personas con discapacidad a la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica.....
 - 5.4.1. Personas con discapacidad.....
 - 5.4.2. Capacidad jurídica.....
 - 5.4.3. Igualdad de condiciones con los demás.....
 - 5.4.4. Todos los aspectos de la vida.....
 - 5.4.5. La garantía de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica y su conexión con otros derechos.....
 - 5.4.5.1. Capacidad jurídica y acceso a la justicia.....
 - 5.4.5.2. Capacidad jurídica y protección de la libertad.....
 - 5.4.5.3. Capacidad jurídica y vida independiente.....
 - 5.4.5.4. Capacidad jurídica y protección de la integridad personal.....
 - 5.4.5.5. Capacidad jurídica y participación en la vida política y pública.....
 - 5.4.5.6. Capacidad jurídica y derechos de familia.....
 - 5.4.6. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales.....
- 5.5. Artículo 12(3): Hacia la implementación de un modelo de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.....
 - 5.5.1. Los elementos medulares del Artículo 12(3).....
 - 5.5.1.1. Medidas pertinentes.....
 - 5.5.1.2. Personas con discapacidad.....
 - 5.5.1.3. Apoyos que puedan necesitar.....
 - 5.5.1.4. En el ejercicio de su capacidad jurídica.....
 - 5.5.2. Las características del sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.....
 - 5.5.2.1. Gradual.....
 - 5.5.2.2. Complejo.....
 - 5.5.2.3. Diverso.....
 - 5.5.2.4. Respetuoso.....
 - 5.5.2.5. Abierto.....
 - 5.5.2.6. Formal.....
 - 5.5.3. El modelo de apoyos y la representación.....
 - 5.5.3.1. Acciones de representación en el marco de un modelo de apoyo.....
 - 5.5.3.2. Representación voluntaria generada en el marco de un modelo de apoyos.....
 - 5.5.3.3. Representación excepcional fuera del modelo de apoyos.....



- 5.5.4. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales.....
- 5.6. Artículo 12(4): Las salvaguardias sobre las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica.....
 - 5.6.1. El objeto de las salvaguardias.....
 - 5.6.2. Las características de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica.....
 - 5.6.2.1. Que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.....
 - 5.6.2.2. Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida....
 - 5.6.2.3. Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.....
 - 5.6.2.4. Que se apliquen en el plazo más corto posible.....
 - 5.6.2.5. Que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.....
 - 5.6.2.6. Que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.....
 - 5.6.3. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales.....
- 5.7. Artículo 12(5): Garantía de ejercicio de derechos patrimoniales.....
 - 5.7.1. El valor instrumental e interpretativo del Artículo 12(5).....
 - 5.7.2. La garantía de no discriminación.....
 - 5.7.3. Acceso al patrimonio y vida independiente.....
 - 5.7.4. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales.....

Capítulo VI

LAS DISPOSICIONES DE LA CDPD EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA: INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL.....

- 6.1. Introducción.....
- 6.2. El artículo 12 y los conflictos con otras normas de derecho internacional.....
 - 6.2.1. Fuentes normativas en contraposición con lo estipulado por la CDPD.....
 - 6.2.2. Conflicto entre la CDPD y las normas no vinculantes.....
 - 6.2.3. Conflicto entre la CDPD y las normas consuetudinarias.....
 - 6.2.4. Conflicto entre la CDPD y otras fuentes convencionales.....
 - 6.2.4.1. Criterio de *lex superior*.....
 - 6.2.4.2. Criterio de *lex specialis*.....
 - 6.2.4.3. Criterio de *lex posterior*.....
 - 6.2.4.4. Criterio de interpretación pro-persona.....



- 6.3. Las reservas y declaraciones en relación con el artículo 12.....
 - 6.3.1. El régimen jurídico de reservas previstos por la CDPD.....
 - 6.3.2. Reservas y declaraciones interpretativas formuladas respecto del artículo 12 de la CDPD.....
 - 6.3.2.1. Egipto, Siria y Kuwait.....
 - 6.3.2.2. Australia.....
 - 6.3.2.3. Canadá.....
 - 6.3.2.4. Estonia.....
 - 6.3.2.5. Noruega.....
 - 6.3.2.6. Polonia.....
 - 6.3.2.7. Singapur.....
 - 6.3.2.8. Venezuela.....
 - 6.3.2.9. Países Bajos y Francia.....
 - 6.3.2.10. México y Reino Unido.....
 - 6.3.3. Análisis de las declaraciones y reservas.....
 - 6.3.3.1. Los modelos de reservas y declaraciones.....
 - 6.3.3.2. El valor jurídico de las reservas y declaraciones.....
 - 6.3.3.3. El test de compatibilidad de las reservas y declaraciones.....
- 6.4. Pautas interpretación en torno al artículo 12.....
 - 6.4.1. Principios generales sobre interpretación de tratados.....
 - 6.4.2. La interpretación de tratados de derechos humanos.....
 - 6.4.3. La interpretación del artículo 12 por órganos internacionales.....
 - 6.4.3.1 El Comité de la CDPD.....
 - 6.4.3.2 Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.....

CONCLUSIONES.....

APÉNDICE.....

UN MODELO DE REFORMA DE LOS CÓDIGOS CIVILES DE LOS SISTEMAS IBEROAMERICANOS A LA LUZ DEL CAMBIO DE PARADIGMA SOBRE CAPACIDAD JURÍDICA DE LA CDPD.....

BIBLIOGRAFÍA.....

PRESENTACIÓN

Constituye una gran satisfacción personal escribir estas palabras para presentar esta magnífica monografía del Profesor Francisco Bariffi, que es el fruto granado de su excelente tesis doctoral. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha adquirido desde el establecimiento sistemático de sus principios básicos por la Comunidad Internacional, hace ya casi 70 años (sin olvidar, claro está, antecedentes históricamente muy relevantes), un desarrollo y complejidad excepcionales.

Y ello tanto más cuanto que se ha convertido en un campo normativo transversal a todo el ordenamiento internacional y expresivo y manifestador de la búsqueda de un fundamento efectivo de inspiración humanizadora universal para el conjunto de las normas e instituciones internacionales.

El fenómeno de la mundialización o globalización de la Sociedad Internacional, ha penetrado todos los procesos y estructuras económicas, por medio de la cuasi unificación planetaria de los mercados y de los procesos de información y adquisición y transmisión de datos así como (más especulativamente) por la aceptación generalizada del predominio en las políticas y formas de vida de la mensurabilidad y de la dimensión calculable de los fenómenos sociales y psicosociales propiamente dichos.

Todo es calculable y caro y en particular lo es la adopción y aplicación de cualquier sistema estatal o internacionalmente compartido que obligue a las autoridades públicas a proteger a quienes se hallan en situaciones de mayor desvalimiento.



La protección de tales sistemas se manifiesta o debería manifestarse en primer lugar por la adopción de las medidas necesarias para el acceso a los medios de satisfacción de las generalmente denominadas necesidades básicas (alimentación y agua potable, atención sanitaria, educación, vivienda adecuada). Y en segundo lugar de medidas que permitan su acceso a servicios de atención social suficientes en casos de vulnerabilidad por razones de género, orientación sexual, enfermedad, edad, pertenencia a grupos sociales minoritarios o marginales (minorías determinadas, personas en situación de pobreza extrema, parados de larga duración, migrantes sin trabajo) y personas con discapacidad.

La dimensión universal y, como he señalado, de humanización que inspira en toda su amplitud el campo de la protección de los derechos humanos es propia de un trabajo global de construcción de una civilización atenta a la realización de los valores que se resumen en el valor último de la defensa de la dignidad de toda persona.

En particular, es especialmente exigente y dignificador el objetivo de proteger a todas las personas con cualquier tipo de discapacidad para que gocen efectivamente de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales, sin discriminación y en situación de igualdad con las demás personas. Ese es cabalmente el objetivo del principal y universal instrumento jurídico internacional en la materia constituido por la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo (147 y 82 Estados partes, respectivamente, en la actualidad).

Pero el trabajo de Francisco José Bariffi no solamente presenta de modo bien ajustado la Convención misma en su complejidad normativa sino que, colocándose *in medias res*, aborda con genio una de las claves centrales de la regulación convencional: el régimen de protección de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en especial tal como viene regulado por el artículo 12 (3) del instrumento convencional. La capacidad jurídica de una persona es el núcleo vivo de su personalidad jurídica, de su existencia como sujeto de Derecho y define por ello el ámbito del reconocimiento jurídico de su voluntad libre como decidora y conductora de su propia vida. La regulación de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad: núcleo duro del régimen internacionalmente nuevo que en su paradoja reguladora ha dado lugar ciertamente a debates enconados y a tomas de posición no coincidentes de diferentes Estados, por medio incluso de reservas al texto convencional.



No la menor de las virtudes de este libro es el de abordar la interdisciplinariedad del tema. Así que, inevitablemente para un jurista lúcido como es su autor, consciente del cambio de paradigma que supone la Convención en la regulación general y específicamente en materia de capacidad jurídica, cambio que busca impulsar las potencialidades personales y sociales de la persona con discapacidad, realiza aquí un ejercicio bienvenido de propuesta de un modelo de reforma de los códigos civiles de los sistemas jurídicos iberoamericanos.

En síntesis y en sus conclusiones he aquí un libro que no es sino una manifestación importante del trabajo creador de un jurista llamado sin duda a importantes empresas.

Madrid, octubre de 2014

Fernando Mariño
Catedrático de Derecho Internacional
Universidad Carlos III de Madrid

PRÓLOGO

La publicación de la tesis que tengo el honor de prologar viene a demostrar la trascendencia de la discapacidad como expresión de derechos humanos y que es fruto de un profundo estudio y meticulosa investigación realizados por su autor, Francisco José Bariffi, desde una perspectiva internacional.

La tesis, que consta de tres partes relativas a la discapacidad y derechos humanos, la capacidad jurídica y los derechos humanos, y las conclusiones que se extraen, viene, fundamentalmente, a exponer y analizar de manera pormenorizada y minuciosa, el artículo 12 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, -que ha sido ratificada por España mediante instrumento de fecha 27 de noviembre de 2007 que se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008- y cómo los derechos de las personas con discapacidad han ido evolucionando en el campo internacional, pasándose de unas primeras declaraciones que ofrecían una visión de la discapacidad basada en un modelo médico asistencialista, hacia una concepción más moderna e igualitaria, desde una perspectiva social, no individualista, de plena integración, de pleno reconocimiento de derechos y protección de la capacidad jurídica como garantía de respeto y realización de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Algunos países han promulgado sus legislaciones internas de manera más o menos detallada pero otros muchos aún no han abordado esta cuestión, perdurando legislaciones muy discriminatorias para las personas con discapacidad; a estas no se las visibiliza en su diversidad, dificultándose su participación en la vida pública, participación que, a fortiori, está ligada al reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales. Por ello surgió la necesidad de promulgar una norma universal jurídicamente vinculante para garantizar tanto el reconocimiento como la aplicación de los derechos de las personas con discapacidad a nivel universal.



La Convención y su Protocolo facultativo se aprobaron el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. El principal valor de la Convención es que ha supuesto un “cambio paradigmático” en el enfoque del tratamiento a la discapacidad, que desde su aprobación será transversal, con la idea central de promover, proteger y asegurar el pleno disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, el respeto a su dignidad, autonomía individual y su independencia, la no discriminación, garantizar la accesibilidad universal, la igualdad de oportunidades y el derecho a la intimidad.

España, desde la ratificación de la Convención, ha dado un importante impulso a los derechos de las personas con discapacidad y se ha convertido en un referente por el modo en que acoge temáticas vanguardistas en la materia. En un sistema jurídico que lleva siglos de implementación resulta costoso infiltrar los cambios sociales, sobre todo cuando afectan a temáticas complejas como es la discapacidad que exige una especial sensibilización y en consecuencia, requiere una revisión transversal de todo el ordenamiento jurídico, para lo que la sociedad civil ha jugado un papel crucial. Estos cambios sociales y jurídicos, acompañados del impulso de la Convención, han permitido la modernización de nuestra óptica sobre estos derechos humanos; no en vano recientemente se ha promulgado en España la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, de 3 de diciembre de 2013, que viene a crear un marco normativo, que compila y actualiza la legislación preexistente, para impulsar políticas y actuaciones de los poderes públicos con el objetivo último de que estas personas sean partícipes, como sujetos activos titulares de derechos, de una vida en iguales condiciones que el resto de la ciudadanía garantizando el ejercicio real y efectivo de derechos, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad, la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

No obstante los esfuerzos y avances que se han venido realizando y la existencia de una normativa nacional e internacional consolidada, no son por sí mismos suficientes para hacer realidad los objetivos de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, pues se requiere implementar eficazmente todas esas medidas. Es por esto que la tesis de Francisco José Bariffi, puede ser considerada una herramienta de análisis y reflexión que nos permita identificar, desde nuestro sistema interno, las obligaciones universales que se han asumido a través de la ratificación de la Convención, trasladando esa perspectiva de transversalidad de la discapacidad, a la práctica diaria en cada uno de nuestros ámbitos de actuación, para



continuar en la línea del pleno reconocimiento y salvaguarda de los derechos, pero también para que desde todas las esferas políticas, sociales, económicas, educacionales, culturales, jurídicas, públicas y privadas, seamos capaces de detectar cualquier práctica que quebrante o viole las normas de la convención y proceder a activar los mecanismos que sean necesarios para su restauración.

Por último me gustaría hacer una mención especial a las organizaciones de personas con discapacidad que con su lucha incansable renuevan nuestro compromiso diario en la realización de estos derechos humanos y que permiten, a través de sus informes, visibilizar esta realidad, concienciar a la sociedad y provocar cambios en mejora de los derechos y la calidad de vida de las personas con discapacidad. Mi agradecimiento a todas ellas, y mi enhorabuena al autor de este magnífico trabajo.

Juan Manuel Fernández Martínez
Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Presidente del Foro Justicia y Discapacidad

NOTA PRELIMINAR

La aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trajo consigo un cambio de paradigma en el enfoque de las políticas sobre discapacidad, superando definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos. El texto fue resultado de un largo proceso en el que tuvieron un papel trascendental las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias.

La Convención, el primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI, si bien no vino a reconocer nuevos derechos, sí ha supuesto que los Estados Parte asuman el compromiso y la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que los demás.

Dentro de estos derechos, merece mención especial el consagrado en su artículo 12: el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y de la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Sencillo en su enunciado pero complejo en su esencia y articulación, el artículo 12 se revela además clave para el ejercicio de otros derechos recogidos en la Convención. Siendo como es una de una de las disposiciones más vanguardistas y polémicas -ya desde su negociación- este precepto, “el corazón de la Convención” (como se ha aludido a él en muchas ocasiones), merecía sin duda un trabajo riguroso, exhaustivo e innovador como este.

Frente al sistema tradicional de sustitución en la toma de decisiones contemplado en la mayoría de las legislaciones nacionales -que innegablemente conlleva una disminución, cuando no una negación, de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad- el modelo social que inspira la Convención apuesta por un sistema de apoyos como medio para complementar la capacidad natural.



Cada persona encierra un mundo y, por tanto, los apoyos que se puedan necesitar variarán de una persona con discapacidad a otra; el sistema de medidas de apoyos que establece la Convención debe tener en cuenta las circunstancias y el momento vital de la persona, apostando por medidas de apoyo individualizadas, graduables y revisables.

Como se analiza detalladamente en este trabajo, este precepto constituye todo un desafío en cuanto a su implementación. Queda aún por delante la tarea más dificultosa: les toca a los Estados, a los que esta obra podrá orientar, actuar y mover ficha para diseñar los mecanismos nacionales que permitan incorporar el modelo consagrado por este artículo y crear, así, el puente que permita salvar la distancia entre mundo jurídico y realidad que hoy existe.

Desde estas líneas quiero agradecer a Francisco, con quien he tenido la oportunidad de trabajar y colaborar en numerosas ocasiones, su dedicación y compromiso con el mundo de la discapacidad porque con su trabajo, experiencia y conocimiento, nos ayuda a marcar los pasos futuros de las personas con discapacidad y sus familias.

Madrid, a 15 de octubre de 2014

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna
*Director de Relaciones Sociales e Internacionales
y Planes Estratégicos de la Fundación ONCE
y Director de los Servicios Jurídicos del CERMI*

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo es el producto de mi tesis doctoral, que fue defendida el día 23 de mayo de 2014 y en la cual obtuve mi grado de Doctor en el marco del Programa de Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. El trabajo presentado llevó el título “El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos” y fue dirigido por el Prof. Fernando Mariño Menéndez.

El tribunal evaluador estuvo integrado por el profesor Rafael de Asís Roig (Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid), la profesora Elizabeth S. Salmón Garate (Catedrática de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú), y la profesora Adela Rey Aneiros (Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Coruña).

Por lo general el proceso, que culmina con la defensa y obtención del título de doctor, suele demandar muchos años, y en mi caso no fue la excepción. Inicié mis cursos doctorales allá por septiembre de 2001 y obtuve mi Diploma de Estudios Avanzados en 2004.

Además de transitar un proceso académico, la redacción de la tesis ha supuesto para mí un compromiso ideológico con el modelo social de discapacidad.

Por ello, y aunque el purismo de la ciencia jurídica no lo vea con buenos ojos, no tengo vacilaciones en asumir mi ideología y compromiso con lo que se podría caracterizar como el activismo internacional en pro de los derechos de las personas con discapacidad basado en el modelo social y en la perspectiva de derechos humanos. Considero importante aclarar al lector y/o lectora que consulte esta obra mi compromiso personal y mi postura ideológica.



Quizás por dicha razón quisiera agradecer y reconocer en primer lugar las influencias ideológicas, pero sobre todo humanas, que han tenido sobre mí fervientes activistas de los derechos de las personas con discapacidad –con muchos de los cuales guardo además una relación de amistad y profunda admiración–, como Javier Romañach, Faundo Chaves Penillas, Tina Minkowitz, Catalina Devandas, Stefan Trommel, Ana Pe-láez, Rafael de Lorenzo, Luis Cayo, Alison Hillman, Alberto Vázquez, Gábor Gombos, Luis Fernando Astorga, Carlos Parra Dussan, Silvia Quan, Carlos Ríos Espinosa y Soledad Cisternas.

En el plano académico quisiera destacar y agradecer las enseñanzas de quienes considero mis maestros y mentores.

En primer lugar, a mi director de tesis el Prof. Fernando Mariño, quien aceptó esta tarea allá por el año 2004 y me ha brindado su incondicional apoyo y predisposición para que pueda finalizar este ya muy largo proyecto. Creo que puedo afirmar, sin lugar a ninguna duda, que su labor de dirección ha sido simplemente impecable.

En segundo lugar, al Prof. Rafael de Asís, quien siempre me ha abierto sus espacios y me ha integrado profesional y humanamente en todas sus iniciativas académicas y de investigación en el ámbito de la discapacidad. Sin duda alguna, gran parte de mi crecimiento académico y mis oportunidades de desarrollo en el plano de la investigación se deben a la confianza y el apoyo que siempre ha tenido en mí el Prof. de Asís.

En tercer lugar, al Prof. Gerard Quinn, quien ha sido un mentor y guía estratégico en mi desarrollo académico. Me considero un verdadero privilegiado no solo por haber podido compartir innumerables momentos de enseñanza, reflexión y debate con quien considero una verdadera eminencia y referente mundial en los derechos humanos de las personas con discapacidad, sino también por haberlo podido hacer en un clima de confianza y calidez humana que Gerard y su familia siempre me supieron brindar.

También en el mundo académico, quisiera reconocer las enseñanzas y oportunidades de reflexión de referentes en la materia como el Prof. Michael Bach (Universidad de Toronto), el Prof. Michael Stein (Universidad de Harvard), el Prof. Robert Diners-tein (American University), la Prof. Ana Lawson (Universidad de Leeds), la Prof. Agustina Palacios (Universidad Nacional de Mar del Plata), la Prof. Amita Dhanda (Universidad de NALSAR), la Prof. Rosemary Kayess (Universidad de Nueva Gales del Sur), el profesor Luke Clements (Universidad de Cardiff), la profesora Nandini Ramanujam (Universidad de McGill), la Prof. Arlene Kanter (Universidad de Syracuse), la Prof. Shivaun Quinlivan (Universidad de Galway), el Prof. Charles Ngwena (Universidad de Pretoria), y la Prof. Theresia Degener (Protestant University of Applied Studies).



A colegas de lucha en pro de los derechos humanos de las personas con discapacidad como Graciela Iglesias, Pablo Rosales, Valeria Monopoli, Gabriela Spinelli, Eric Rosenthal, Ana Sastre, Iñaki Regueiro, Macarena Sabin Paz, Soledad Ribeiro, Mathew Smith, Melba Olvera, Silvia Bersanelli, Almudena Castro, Paco González, Otilia Zito Fontan, Julián Castro, Hugo Fiamberti, Mariano Godacevich, Sofía Galván, Andrea Parra, Renata Bregaglio, Mario Santiago, Mario Ospina, Enrique Sarfati, Luis Bulit Goñi, Silvia Fernández, Salam Gómez, y Diane Reicher.

Quisiera dedicar un especial agradecimiento y reconocimiento al grupo de investigadores y profesores que integran el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, comenzando por los profesores Rafael de Asís y Javier Ansuátegui, pero también dentro de este equipo quiero agradecer y compartir este logro con colegas y amigos como Ignacio Campoy Cervera, María Eugenia Rodríguez Palop, Gregorio Saravia, Patricia Cuenta Gómez, María del Carmen Barranco Avilés, Carlos Lema Añon, Silvina Ribotta, Ángel Llamas Gascón, Javier Dorado Porras, José Manuel Rodríguez Uribes, Luis Lloredo, Vanesa Morente Parra, Roberto Jiménez Cano, Miguel Ángel Ramiro Avilés, y Diego Blázquez. También quisiera agradecer las reflexiones y el apoyo brindado por el Prof. Carlos Fernández Liesa, el Prof. Jorge Zabala, y compañeros del área de derecho internacional público como los profesores Daniel Oliva, Ana Manero y José Escribano. Y, por supuesto, no quisiera dejar de evocar a Gregorio Peces Barba a quien no tuve la oportunidad de conocer muy de cerca pero que me brindó su apoyo y confianza para permitirme sumarme a la familia de la Universidad Carlos III de Madrid. Creo que más allá del grado académico que me ha otorgado esta prestigiosa universidad española creada por el difunto maestro, mi mayor orgullo es poder decir que he sido parte de su escuela y de su legado.

A la Fundación ONCE y al CERMI de España, en especial a Miguel Ángel Cabra de Luna y a Luis Cayo Pérez Bueno quienes me han brindado su confianza y me han permitido tener un contacto directo con la perspectiva de la discapacidad desde la visión del movimiento asociativo.

Al Gobierno Español, que por intermedio del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Ministerio de Trabajo me permitieron formar parte de la delegación española que negoció la CDPD en 2005 y 2006. Para un apasionado del Derecho Internacional Público este es un privilegio y honor que jamás olvidaré y que sin duda alguna cambió el rumbo de mi carrera profesional y académica. Por ello, yo no puedo sentir más que gratitud con España, que no solo me ha dado oportunidades profesionales y académicas que no tienen precio, sino que además me ha conquistado desde su cultura, su naturaleza, sus ciudades, sus historias, y sobre todo, su gente. Con orgullo suelo explicarle a mi hija que parte de mi familia adoptada vive en España, y que su papá, más allá de tener sangre ítalo-argentina, tiene a España en su corazón.

ABREVIATURAS

ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AG	Asamblea General de las Naciones Unidas
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CADHP	Carta Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos
CCT	Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CDPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CDTM	Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes
CEDDIS	Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEFDMD	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEP	Conferencia de Estados Partes
CIADH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIAEFDMD	Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
CIE	Clasificación Internacional de Enfermedades
CIF	Clasificación Internacional de Funcionamiento
CIFDS	Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud
COBDH	Convenio de Oviedo sobre Bioética y Derechos Humanos
CteDH	Comisión de Derechos Humanos
CteCDPD	Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CteCT	Comité Contra la Tortura
CteDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CteDH	Comité de Derechos Humanos de la ONU
CteDN	Comité sobre los Derechos del Niño



CieEDM	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
INsDH	Instituciones Nacionales para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos
OCOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPD	Organizaciones de Personas con Discapacidad
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJ	Tribunal Internacional de Justicia
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Siglas en inglés)
UNICEF	Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (Siglas en Inglés)

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada por la Asamblea General (AG) de Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre de 2006¹ y que entrara en vigor el 3 de mayo de 2008. Pero, previo a ello, es preciso tener presente el largo camino hacia el reconocimiento de la dignidad e igualdad de las personas con discapacidad. Esta Convención es el resultado de un largo proceso, en el que participaron varios actores: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, y organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las “organizaciones de personas con discapacidad” (OPD)². Este nuevo instrumento supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y entre las principales se destaca la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de las personas con discapacidad³.

El tratamiento de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos no es un asunto meramente semántico, sino que tiene importantes consecuencias tanto en el diseño e implementación de políticas públicas, como en la adopción de leyes, o, en un sentido más general, en las respuestas sociales hacia el fenómeno de la discapacidad.

¹ Resolución 60/232 de la Asamblea General de la ONU; A/61/611, de 6 de diciembre de 2006.

² Se utiliza la acrónimo OPD, aunque su equivalente en lengua inglesa DPOs (*Disabled People's Organizations*) es mayormente usado.

³ Véase: “Claves para entender la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad” en: CABRA DE LUNA, M.A., BARIFFI, F., & PALACIOS, A., (2007) *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Editorial Areces, Madrid, pp.61-70.



Este cambio de paradigma en el modo de abordar la discapacidad es fruto de la consolidación del “modelo social de la discapacidad”, que se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social. El nuevo modelo se construye sobre la base de un concepto de discapacidad determinado y apoyado por una serie de principios generales que han sido recogidos en el preámbulo, y los artículos 2 y 3 de la CDPD.

La adopción de la CDPD acarrea diversas consecuencias. Sin embargo, como se ha dicho, uno de principales efectos se relaciona con la forma en que se aborda la discapacidad, esto es, la consideración de la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Ello supone que las personas con discapacidad no son “objeto” de políticas caritativas o asistenciales, sino que son “sujetos” de derechos humanos. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la “buena voluntad” de otras personas o de los gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos⁴.

Por otro lado, la adopción de la CDPD aumenta notablemente la visibilidad de las personas con discapacidad, tanto en el sistema de derechos humanos de la ONU, como en la sociedad en general. La existencia de una Convención específica alentará a que los órganos supervisores de derechos humanos existentes le den importancia a los temas de discapacidad al revisar el cumplimiento de los gobiernos con otras convenciones principales de derechos humanos. Asimismo, incitará a otros organismos vinculados al sistema de la ONU (tales como UNICEF, OMS, UNESCO, OIT y otros) a prestar atención a los asuntos de discapacidad en su respectiva labor. Asimismo, la CDPD exigirá el establecimiento de sistemas para supervisar exhaustivamente la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en todo el mundo⁵. Y también el establecimiento de sistemas de cooperación internacional, mediante los cuales los gobiernos, las organizaciones de discapacidad y otros participantes compartan conocimiento e ideas y trabajen para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad⁶.

La CPDP pretende provocar un cambio social que asegure a todas las personas con discapacidad su plena inclusión en la sociedad, poniendo el acento en la eliminación

⁵ Véase *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Guidance for human Rights Monitors*, Professional training series No. 17, OHCHR, United Nations, New York and Geneva, 2010.

⁶ Véase Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la función de la cooperación internacional en apoyo de la labor de ámbito nacional para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/16/38, 20 de diciembre de 2010.



de las barreras que impiden su participación activa en la misma. Ahora bien, uno de los principales retos que supone la entrada en vigor del texto de la CDPD es la correcta adaptación de las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidades intelectuales y mentales, considerando discriminatoria toda distinción que se base en la condición de discapacidad. Estas disposiciones se encuentran recogidas principalmente en el artículo 12, sin perjuicio de que el mismo deba, a su vez, ser interpretado en todo el contexto de la CDPD, y, muy especialmente, en conexión con los artículos: 2 (definición de discriminación por motivo de discapacidad), 5 (no-discriminación), 13 (acceso a la justicia), 14 (libertad y seguridad), 15 (protección contra tortura), 16 (protección contra la explotación y malos tratos), 17 (protección de la integridad personal) y 19 (vida independiente e inclusión social).

El marco legal establecido por el artículo 12 contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros. Mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de “sustitución” en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la CDPD, aboga por un modelo de “apoyo” en la toma de decisiones.

El artículo 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la CDPD: garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica. Los trabajos preparatorios y todo el debate previo muestran que si bien el modelo social fue más fácilmente aceptado con respecto a la discapacidad física o sensorial, parece que falta mucho camino por andar y muchas barreras y prejuicios que derribar en lo que a discapacidades mentales o intelectuales se trate. El modelo de apoyo en la toma de decisiones reemplaza en el texto de la CDPD al modelo de sustitución. Como principio parece aceptado, pero aún quedan por desarrollar los fundamentos teóricos del modelo de apoyos, y mucho más, los métodos instrumentales de implementación en los diferentes sistemas jurídicos internos. Mientras tanto, las personas con discapacidades mentales o intelectuales viven una situación de especial vulnerabilidad en lo que al ejercicio de sus derechos fundamentales atañe. Y estos derechos se relacionan con prácticas como la institucionalización psiquiátrica, la privación de libertad por motivo de discapacidad, las esterilizaciones forzadas por motivo de discapacidad, los experimentos médicos o científicos, los tratamientos médicos forzosos, torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras tantas.

La incapacitación o interdicción (registra diferentes nombres en los diferentes derechos nacionales) se trata en esencia de un procedimiento por el cual se procede a anular y/o limitar la capacidad jurídica de una persona, nombrando a un representante



que la va a suplir en todas o algunas decisiones de su vida. Tradicionalmente se ha considerado que ciertas discapacidades como la ceguera, la sordera, la discapacidad intelectual, y la discapacidad psicosocial eran (son) causales de incapacitación. Ante esta situación, la respuesta jurídica ha sido la de restringir de un modo absoluto la capacidad jurídica de la persona, lo que se suele denominar como interdicción o incapacitación total, que comprende todos los aspectos significativos de carácter personal (matrimonio, adopción, sufragio, etc.) y de carácter patrimonial (testar, comprar, vender, donar etc.) del individuo.

Una ligera evolución del sistema clásico de incapacitación (pero que sigue partiendo desde el modelo de sustitución) ha sido la inclusión en muchos ordenamientos domésticos de la figura de la incapacitación parcial, o dicho en otras palabras, la limitación parcial de la capacidad jurídica determinando de un modo específico los aspectos de carácter personal y patrimonial en los cuales a la persona se la sustituye en la toma de decisiones.

Esta herramienta de la incapacitación (ya sea total o parcial) se ha concebido y configurado desde un modelo netamente médico de la discapacidad, y desde una concepción de que, determinadas personas con discapacidad, carecen de la capacidad para tomar sus propias decisiones. Es una herramienta elemental del modelo de sustitución de la voluntad en la toma de decisiones.

Por tanto, si partimos desde el modelo social que ha inspirado filosóficamente a la CDPD, y volviendo a partir desde el propio propósito del instrumento, y los principios y valores recogidos en el artículo 3 como también la columna vertebral de la igualdad, parece no quedar lugar para una institución como la incapacitación dentro de la fórmula de *"igualdad en la capacidad jurídica"*.

El modelo incluido finalmente en la CDPD refleja la posición de las propias personas con discapacidad en contraposición con el actual sistema imperante en prácticamente todos los sistemas jurídicos nacionales, que manifiestamente provoca graves vulneraciones de derechos fundamentales. Así, el modelo y el rumbo parecen bastantes claros, pero el camino se presenta confuso y complicado. La necesidad de acercar posiciones entre los reclamos de las personas con discapacidad y sus organizaciones representativas y los principales operadores jurídicos resulta evidente.

Aunque ya es posible contar con excelentes trabajos de investigación sobre la CDPD, el presente trabajo ofrece una perspectiva inédita en razón de dos elementos primordiales.



En primer lugar, porque se trata de un estudio de la CDPD que se puede enmarcar claramente en el contexto del derecho internacional público, y más específicamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Probablemente debido al modo en el cual se gestó y adoptó la Convención, esto es desde el activismo y la lucha de las propias personas con discapacidad, muchos de los estudios que se han generado con posterioridad a su adopción no recogen un abordaje riguroso desde las normas y principios del Derecho Internacional Público.

En segundo lugar, porque se trata de un trabajo que se centra en un aspecto de suma importancia y complejidad como es el artículo 12 de la CDPD. Solo basta mencionar que la adopción de la propia CDPD estuvo seriamente comprometida a raíz de las diferentes posturas, preocupaciones e interpretaciones de los Estados Partes en relación con este preciso artículo. Más aún, la labor del Comité de la CDPD tanto en materia de observaciones finales como en observaciones generales, demuestra que el artículo 12 es, sin duda alguna, uno de los principales aspectos de dedicación y preocupación de dicho órgano, e incluso de los propios Estados Partes.

El capítulo 1 recoge una aproximación al modelo social de discapacidad y la consideración de la misma desde una perspectiva de derechos humanos. Se trata de un capítulo breve en cuanto a su extensión puesto que tiene como único propósito contextualizar al lector en la filosofía y los principios que subyacen en la CDPD.

El capítulo 2 tiene como objetivo contextualizar a la protección de los derechos de las personas con discapacidad en el sistema universal de derechos humanos. Para lo cual se comienza con la identificación de los primeros abordajes de esta temática en las Naciones Unidas, enfatizando en el cambio de paradigma o perspectiva hacia el modelo de derechos humanos, y finalizando con el análisis de los principales tratados de derechos humanos en el contexto de los derechos de las personas con discapacidad. Para ello, se exploran los diferentes registros de órganos de control, tales como observaciones generales, informes de Estados Parte, Observaciones Finales, Comunicaciones individuales, e informes de relatores especiales. Frente a todo ello, este capítulo ofrece una lectura integral y actualizada del marco universal de derechos humanos aplicado al contexto de los derechos de las personas con discapacidad.

El capítulo 3 se avoca a repasar integralmente la CDPD en todos sus aspectos principales, y su inclusión en el presente trabajo se justifica por la imperiosa necesidad de analizar e interpretar cualquier disposición de este tratado desde una perspectiva sistémica y transversal. No es posible entender cabalmente las conclusiones arribadas en el presente trabajo sin comprender el contexto integral de la CDPD. En este sentido, y a pesar de que existen ya excelentes trabajos, este capítulo ofrece algunos aspectos



de análisis innovadores. En primer lugar, porque se trata de un trabajo contextualizado en el marco del derecho internacional público, algo que no es común ver en la mayoría de las publicaciones más citadas por la doctrina y la jurisprudencia. En segundo lugar, porque aborda en detalle alguno de los aspectos más importantes de la CDPD, tales como el concepto de discapacidad y de persona con discapacidad, el concepto de discriminación por motivo de discapacidad, y los principios y obligaciones generales.

El capítulo 4 tiene como objetivo contextualizar las nociones de personalidad jurídica y capacidad jurídica en el marco del derecho internacional general, y en el subsistema de DIDH. Se concluye que las nociones de personalidad jurídica y capacidad jurídica del derecho doméstico tienen su correlato en las nociones de personalidad y capacidad jurídica internacional, y que, en última instancia, las obligaciones impuestas a los Estados por mandato del artículo 12 de la CDPD requieren de una armonización sistemática de estas dos dimensiones desde una visión clásica de relaciones entre el derecho internacional y derechos internos. Unido a ello, este capítulo pretende evidenciar que en la implementación efectiva del artículo 12 a nivel interno nos enfrenta una vez más, y de forma inevitable a la cuestión de la subjetividad internacional de la persona. Asimismo, este capítulo recoge una revisión exhaustiva de los diferentes pronunciamientos o interpretaciones por parte de Órganos Internacionales respecto de las nociones de personalidad y capacidad jurídica a la luz del DIDH.

El capítulo 5 es el más importante del trabajo, y ello no solo en cuanto a su extensión, sino en tanto que se centra de lleno en el objeto de estudio, esto es, el artículo 12 de la CDPD. Para ello, se ha optado por una metodología en la cual se han desmembrado los diferentes elementos medulares del artículo 12, ello principalmente mediante el análisis individualizado de los diferentes incisos que lo componen, y, dentro de cada uno de ellos, interpretando su contenido esencial, su impacto o vínculo con otras disposiciones del tratado, y mediante la identificación de las obligaciones jurídicas internacionales impuestas a los Estados Partes.

El capítulo 6 se podría decir que se trata de un abordaje del artículo 12 desde las normas y principios de derecho internacional general. Más allá de tratarse de un instrumento de derechos humanos, y de abordar los derechos de un colectivo específico como son las personas con discapacidad, la CDPD es, desde una naturaleza jurídica, un tratado internacional multilateral de alcance universal, y, como tal, sujeto a las normas internacionales sobre el derecho de los tratados y a las normas y principios de derecho internacional general. Consecuentemente, en dicho capítulo se abordan tres aspectos críticos que eventualmente podrían incidir en las condiciones jurídicas de su entrada en vigor. En primer lugar, se analizan los posibles conflictos normativos entre el artículo 12 de la CDPD y las normas internacionales (convencionales, consuetudinarias y de



derecho blando) cuyo contenido podría resultar contradictorio o de muy difícil armonización. Para ello se utilizan los principios generales de derecho internacional y algunos trabajos al respecto elaborados por la Comisión de Derecho Internacional. En segundo lugar, se analizan los aspectos relativos a las reservas y declaraciones interpretativas, y ello justificado no solo de un punto de vista teórico o eventual, sino desde la existencia de sendas reservas por partes de los Estados Partes respecto del artículo 12. En tercer lugar, se aborda la cuestión relativa a la interpretación de los tratados, tanto desde una perspectiva de derecho internacional general, de las normas y principios aplicables específicamente al contexto del DIDH, como mediante el análisis de pronunciamientos al respecto por parte de órganos internacionales.

Finalmente, la tesis contiene un apéndice, el cual recoge una propuesta de modelo de reforma de los códigos civiles a la luz del artículo 12 pensada para las realidades de nuestros sistemas jurídicos iberoamericanos. Es cierto que la perspectiva propia del derecho internacional se suele limitar a identificar las obligaciones jurídicas emergentes de normas internacionales, o incluso a identificar normas del derecho interno que no resultan compatibles con los estándares internacionales, y por lo general, nunca se aboca a pretender reemplazar o proponer normas de derecho interno. No obstante, el trabajo de investigación y el involucramiento del autor en diferentes proyectos de investigación e iniciativas de reforma legislativa a lo largo de los últimos años le han permitido tener una idea esencial de cómo una reforma de la normativa vigente podría parecer.

PARTE I
DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Capítulo I

LA DISCAPACIDAD COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

1.1. Introducción

“*La discapacidad es una cuestión de derechos humanos*”. Esta afirmación viene siendo sostenida en las últimas décadas desde diversos ámbitos. Las propias personas con discapacidad, en primer lugar, pero también los representantes políticos, los medios de comunicación, los juristas, y la sociedad en general. Ahora bien, aceptar, y sobre todo entender, que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos supone –ha supuesto– un cambio de paradigma, que se resume en el hecho de considerar los problemas que enfrentan las personas con discapacidad como problemas de derechos humanos, y, derivado de lo anterior, que las respuestas ofrecidas a dichos problemas deben asimismo ser pensadas y elaboradas –*desde y hacia*– el respeto de dichos derechos⁷. Ello es en gran medida la consecuencia de una lucha que vienen llevando a cabo las propias personas con discapacidad, desde la década de los años setenta del siglo pasado, quienes reclamaban que se las dejasen de considerar como objeto de políticas asistenciales y/o paternalistas, para pasar a ser sujetos de derecho⁸.

Pero para comprender el contenido de los reclamos esbozados por las personas con discapacidad es preciso entender la evolución histórica respecto del modo en que las

⁷ ASÍS ROIG, R., (En Prensa), *Sobre discapacidad y derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson.

⁸ PALACIOS, A., & BARIFFI, F., (2007), *op. cit.*



sociedades occidentales han tratado a las personas con discapacidad, y cómo ello ha influido en el espíritu de lo que hoy se conoce como “modelo social”.

Para ello se propone a continuación una breve aproximación a los modelos de tratamiento de la discapacidad, así como un breve análisis de los valores y principios que sustentan al discurso de los derechos humanos.

1.2. La ideología subyacente: los modelos de tratamiento de la discapacidad

Siguiendo a los estudios de PALACIOS del análisis en perspectiva histórica del tratamiento de la discapacidad desde la antigüedad clásica hasta la actualidad, pueden identificarse al menos tres modelos⁹. Un modelo denominado de prescindencia, donde la discapacidad es vista en sentido netamente negativo por considerarla un castigo o maldición divina, lo que supone centrar las respuestas sociales y jurídicas en su eliminación o, en el mejor de los casos, en su ocultamiento o aislamiento de la sociedad. Un segundo modelo denominado rehabilitador o médico, donde la discapacidad no es vista intrínsecamente como negativa sino, en cambio, es considerada como una situación de anormalidad médica, lo que supone centrar las respuestas sociales y legales en la rehabilitación o normalización de la persona para lograr su integración en la sociedad. Y un tercer modelo denominado modelo social, donde la discapacidad es percibida como una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás, lo que supone centrar las respuestas sociales y jurídicas en la no-discriminación e igualdad de oportunidades, incluyendo la diferencia en la construcción y diseño de la sociedad.

Para la construcción de dichos modelos es necesario poner en contexto al menos tres dimensiones que se encuentran directamente relacionadas y que interactúan constantemente. Por un lado, la construcción conceptual o dialéctica, que identifica un hecho empírico real con un concepto del lenguaje que lo individualiza (ej. lisiados, inválidos, minusválidos, discapacitados, etc.). Por otro lado, la construcción teórica o ideológica, que lo explica, lo describe y lo caracteriza (ej. castigo divino, anormalidad médica, diversidad humana, etc.). Y, finalmente, las respuestas sociales y legales que se le atribuyen a dicho fenómeno, que naturalmente estará directamente influenciada por las dos dimensiones anteriormente descritas (ej. eliminación, exclusión, integración

⁹ Véase PALACIOS, A., (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid; PALACIOS, A., & ROMANACH, 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-AIES, Madrid.



o inclusión social). Si no se parte desde esta visión en perspectiva hacia la discapacidad se corre el riesgo de abordar su tratamiento de un modo descriptivo y carente de impacto real sobre la vida de las personas con discapacidad. Por ello, se considera apropiado realizar un breve recorrido histórico que refleja esta relación constante entre derecho y sociedad, esto es, de qué modo es percibida socialmente la discapacidad y, como consecuencia de ello, o motivo de ello, cuáles son las respuestas del derecho. Aquí es donde resulta sumamente complejo establecer si la respuesta social es producto del derecho, o si el derecho es producto de la respuesta social.

1.2.1. La discapacidad como consecuencia del castigo de los dioses: el modelo de prescindencia

Este modelo que PALACIOS denomina como “*modelo de prescindencia*”, se basa principalmente en que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, y en el que las personas con discapacidad son asumidas como innecesarias por diferentes razones: porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que –por lo desgraciadas–, sus vidas no merecen la pena ser vividas. Como consecuencia de dichas premisas, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres. Dentro de este modelo pueden distinguirse a su vez dos especies de paradigmas o submodelos, que –si bien coinciden en los presupuestos respecto del origen de la discapacidad– no se ajustan en cuanto a sus consecuencias o características primordiales. Estos son:

- El submodelo eugenésico, que podría ser situado a modo ilustrativo en la antigüedad clásica. Tanto la sociedad griega como la romana, basándose en motivos religiosos y políticos, consideraban inconveniente el desarrollo y crecimiento de niños con deficiencias. En primer lugar, la explicación respecto de las causas que daban origen a la discapacidad era religiosa: el nacimiento de un niño con discapacidad era el resultado de un pecado cometido por los padres en el caso de Grecia, o una advertencia de que la alianza con los Dioses se encontraba rota en el caso de Roma. Ello, unido a la idea de que la vida de una persona con discapacidad no merecía la pena ser vivida, sumada a la consideración acerca de su condición de carga –para los padres o para el resto de la comunidad–, originaba que la solución adoptada por el submodelo bajo análisis fuera prescindir de las personas afectadas por una deficiencia, mediante el recurso a prácticas eugenésicas, como el infanticidio en el caso de los niños.

- El submodelo de marginación. Aunque muchas de las características definitorias de este submodelo son una constante histórica, un ejemplo que puede resultar ilustra-



tivo puede encontrarse en el tratamiento brindado a las personas con discapacidad durante la Edad Media, en donde se encontraban insertas dentro del grupo de los pobres y los marginados, y signadas por un destino marcado esencialmente por la exclusión. Si bien las explicaciones religiosas medievales fueron diferentes de las alegadas por los antiguos, e incluso dentro del cristianismo se presentarían de manera fluctuante —el poder de Dios o la consecuencia del pecado original— o como obra del diablo desde la creencia supersticiosa; el hecho de considerar a la deficiencia como una situación inmodificable originaba que debiera ser aceptada con resignación. Los encargados de diagnosticar diferencialmente si un comportamiento extraño era un proceso natural o uno diabólico eran el médico y el sacerdote. El rasgo principal que caracteriza a este submodelo es la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión; o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o como advertencia de un peligro inminente. Es decir, que —ya sea por menosprecio ya sea por miedo—, la exclusión parece ser la respuesta social que genera mayor tranquilidad. Así, a diferencia del submodelo eugenésico, ya no se comete infanticidio, aunque gran parte de los niños con discapacidad mueren como consecuencia de omisiones —ya sea por falta de interés y recursos, o por invocarse la fe como único medio de salvación—. En cuanto a los que subsisten o a los mayores, la apelación a la caridad, el ejercicio de la mendicidad y ser objeto de diversión son los medios de subsistencia obligados.

1.2.2. La discapacidad como consecuencia de las limitaciones funcionales de las personas: el modelo médico o rehabilitador

El segundo modelo, según describe PALACIOS, es el denominado médico o rehabilitador¹⁰. Desde su filosofía se considera que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas. Desde este modelo las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas. Es por ello que el fin primordial que se persigue desde este paradigma es normalizar a las personas con discapacidad, aunque ello implique forjar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. El principal “problema” pasa a ser, entonces, la persona, —o mejor dicho, sus limitaciones—, a quien es imprescindible rehabilitar psíquica, física o sensorialmente. Los primeros síntomas del modelo rehabilitador datan de los inicios del Mundo Moderno¹¹. Sin embargo, la consolidación del modelo mismo —sobre todo en el ámbito legislativo—, puede ser si-

¹⁰ Aunque en el presente trabajo se hará alusión a este modelo como “modelo médico”, cabe destacar que pero la denominación de rehabilitador refleja de manera más leal la ideología que lo sustenta.

¹¹ VV.AA., (1993) *La Discapacidad y la Rehabilitación en Juan Luis Vives. Homo homini par*; R. PUIG DE LA BELLACASA, Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid.



tuada en los inicios del Siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial. Las causas que dieron origen a su plasmación podrían ser resumidas muy brevemente: la guerra y los accidentes laborales. Señala STIKER que, al finalizar la Primera Guerra Mundial, quedaron heridos de por vida un número alarmante de hombres. Estas personas fueron denominadas mutilados de guerra sobre la base –y a fin de distinguirlas– de aquellas discapacitadas por accidentes laborales. El mutilado era una persona a quien le faltaba algo, ya fuera un órgano, un sentido o una función. De este modo, la primera imagen presentada por este cambio en la terminología fue la de daño, la de perjuicio. La sensación era que la guerra se había llevado algo que se debía reemplazar¹². Fue así como en este momento la discapacidad comenzó a ser relacionada con los heridos de guerra y comenzó a ser vista como una insuficiencia, una deficiencia a ser erradicada¹³.

En el plano del Derecho, en un primer momento esto significó la implementación de políticas legislativas destinadas a garantizar servicios sociales para los veteranos de guerra con discapacidad, que reflejaba de algún modo la creencia acerca de la existencia de una obligación por parte de la sociedad de compensar a estas personas mediante pensiones de invalidez, beneficios de rehabilitación y cuotas laborales. No obstante, por la década de los años sesenta dichas medidas fueron extendidas a todas las personas con discapacidad, dejándose de lado la causa de las deficiencias. El objetivo pasó a ser, entonces, rehabilitar a las personas con independencia del origen de las deficiencias. En dicho proceso de recuperación o “normalización”, y a dichos fines, los contenidos o herramientas esenciales pasaron a ser la educación especial, los beneficios de rehabilitación médica y vocacional, las cuotas laborales y los servicios de asistencia institucionalizados. De este modo, las personas con discapacidad recibían beneficios de los servicios sociales porque la discapacidad se veía exclusivamente como un problema individual de la persona, quien no era capaz de enfrentarse a la sociedad. Los niños con discapacidad tenían derecho a la educación, pero en escuelas separadas, las personas con discapacidad tenían derecho a la rehabilitación, pero ello incluía el control de muchas áreas de sus vidas por parte de los expertos, las medidas de acción positiva se introdujeron porque –a diferencia de otros grupos protegidos– no se consideraba que las personas con discapacidad fueran capaces de trabajar por sus propios méritos¹⁴.

Las medidas descritas pueden ser fácilmente contextualizadas y comprendidas si se tiene presente que desde el modelo rehabilitador se considera a la discapacidad ex-

¹² Véase STIKER, H. J., (1999) *A History of Disability*, Translated by William Sayers, Ann Arbor, The University of Michigan Press, p. 124.

¹³ Véase AGUADO DÍAZ, A., (1995) *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid.

¹⁴ Véase QUINN, G. & DEGENER, T., (2002b) *A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform*, accesible en: http://www.dredf.org/international/degener_quinn.html



clusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, accidente, o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. De este modo, desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela. La atención sanitaria se considera la materia fundamental, y en el ámbito político, la respuesta principal es la modificación y reforma de la política de atención a la salud¹⁵.

Si bien ha significado en su momento un avance importante en el ámbito del reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad, el modelo médico es criticado por diversas razones¹⁶. Fundamentalmente –en cuanto a su justificación teórica– se censura que el éxito de la integración que se persigue, –si bien depende de una variedad de estrategias de asimilación–, denota la existencia de una perturbada ideología, a la que STICKER denomina: el ideal social de la goma de borrar –*the social ideal of erasure*–¹⁷. El pasaporte de la integración, pasa a ser de este modo la desaparición, o mejor dicho, el ocultamiento de la diferencia. Ello se debe a que la persona con discapacidad es considerada desviada de un supuesto estándar de normalidad. Sin embargo, no debe olvidarse que –como expresa COURTIS–, la configuración de lo estándar no es neutra, sino que se encuentra sesgada a favor de los parámetros físicos y psíquicos de quienes constituyen el estereotipo culturalmente dominante¹⁸.

¹⁵ Cfr. Clasificación Internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud : CIF / Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 2001.

¹⁶ Véase ABBERLEY, P., (1998) “Trabajo, Utopía y deficiencia”, en BARTON, L. (comp.), *Discapacidad y Sociedad*, Morata S.L., Madrid; BARNES, C., (2000), *Disabled People in Britain and Discrimination. A case for Anti-discrimination Legislation*, third edition, Hurst and Company, London in association with the British Council of Organizations of Disabled People, United Kingdom; BARNES, C. (1998), “Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental”, en BARTON L. (comp.), *op. cit.*; MORRIS, J. (ed.) (1996), *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad*, Narcea, Madrid; OLIVER, M., (1998), “Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?”, en BARTON, L. (comp.), *op. cit.*; SILVERS, A., WASSERMAN, D. & MAHOWALD, M. B. (1998) *Disability, Difference, Discrimination. Perspective on Justice in Bioethics and Public Policy*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc..

¹⁷ Véase STIKER, H. J., (1999), *op. cit.*, p. 12.

¹⁸ Véase COURTIS, C., (2004), “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 51, p. 7.



1.2.3. *La discapacidad como consecuencia de factores sociales: el modelo social*

Frente a las consecuencias negativas del modelo médico de la discapacidad surge un modelo superador que pretende abordar la discapacidad desde una visión social. Como señala PALACIOS, el denominado “modelo social” es aquel que considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas –sin discapacidad–, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas, en ciertos aspectos, diferentes. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social.

El modelo parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades.

Uno de los presupuestos fundamentales del modelo social radica en que las causas que originan la discapacidad no son individuales –como se afirma desde el modelo médico–, sino que son preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

Es posible situar el nacimiento del modelo social –o al menos el momento en que emergen sus primeros síntomas– a finales de la década de los años sesenta o principios de la del setenta del siglo XX, en Estados Unidos e Inglaterra. Hasta dicho momento, en las sociedades occidentales la discapacidad venía siendo considerada como el resultado exclusivo de las limitaciones individuales de una persona, que implicaba una tragedia personal para la persona, y un problema para el resto de la sociedad. No obstante, desde finales de la década de los años sesenta, dicha consideración ortodoxa comenzó a ser el blanco de campañas a través de Europa y Estados Unidos. Las personas con discapacidad –en particular aquellas que vivían en instituciones residenciales– tomaron la iniciativa de buscar sus propios cambios políticos¹⁹. De este modo, los acti-

¹⁹ Véase BARNES C. & MERCER, G. (2003), *Disability, Polity Press*, Cambridge, cap. 1.



vistas con discapacidad y las organizaciones de personas con discapacidad se unieron para condenar su estatus como “ciudadanos de segunda clase”. Reorientaron la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que –según alegaban– discapacitaban a las personas con deficiencias²⁰. Así fue como la participación política de las personas con discapacidad y sus organizaciones abrió un nuevo frente en el área de los derechos civiles y la legislación antidiscriminatoria.

Ello surgió inicialmente en Estados Unidos, donde ha existido una larga tradición en campañas políticas basadas en los derechos civiles. En la materia que nos ocupa, hubo un considerable refuerzo en las luchas por los derechos civiles de los años sesenta, que fueron teniendo influencia en las actividades de las organizaciones de personas con discapacidad. Así, la lucha por los derechos civiles de las personas negras, con su combinación de tácticas de lobby convencional y acciones políticas de masas, proveyó un mayor estímulo a un emergente “movimiento de derechos de las personas con discapacidad”. De este modo, las piedras angulares de la sociedad americana –capitalismo de mercado, independencia, libertad política y económica– fueron reproducidas en el enfoque del denominado movimiento de vida independiente²¹, abogando por servicios de rehabilitación sobre la base de sus propios objetivos, métodos de reparto, y dirección propia de programas. La elección y el control del consumidor fueron acentuadas, fijando la dirección relativa a la orientación y el cuidado personal en las propias personas con discapacidad, en claro contraste con los métodos tradicionales dominantes. Esto acentuó –entre otras cuestiones– los derechos civiles, el apoyo mutuo, la desmedicalización, y la desinstitucionalización²². Por otro lado, y desde una perspectiva un tanto diferente, el movimiento de personas con discapacidad en el Reino Unido ha perseguido generar cambios en la política social o en la legislación de derechos humanos. De este modo, la prioridad estratégica ha sido realzar la existencia de los sistemas patrocinados por el Estado de bienestar para cubrir las necesidades de las personas con discapacidad. Así, en el Reino Unido, las organizaciones de personas con discapacidad movilizaron inicialmente la opinión contra su categorización tradicional como un grupo vulnerable necesitado de protección. Sostenían el derecho a definir sus propias necesidades y servicios prioritarios, y se proclamaban contra la dominación tradicional de los proveedores de servicios²³.

²⁰ Véase BARNES, C. OLIVER, M. & BARTON L. (eds.), (2002) *Disability Studies Today*, Polity Press, Oxford, cap. 1.

²¹ Sobre el movimiento de vida independiente, véase DEJONG, G. (1979) *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research*, East Lansing: Michigan State University Press; SHAPIRO, J. (1994) *No Pity. People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement*, Times Books, Random House, New York; GARCÍA ALONSO, J. V., (coord.), (2003) *El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales*, Fundación Luis Vives, Madrid.

²² Véase BARNES C. & MERCER, G. (2003), *op. cit.*

²³ Véase BARNES, C. OLIVER, M. & BARTON L. (eds.), (2002), *op. cit.*, cap. I.



Más allá de los matices, ambos modelos (tanto el estadounidense como el inglés) han tenido importantes influencias en el ámbito internacional. Entre dichas consecuencias se destacan ciertas exigencias que han tenido importantes repercusiones en las políticas a ser adoptadas sobre las cuestiones que involucren a la discapacidad. Así, si se considera que las causas que originan la discapacidad son sociales, las soluciones no deben apuntarse individualmente a la persona afectada, sino más bien que deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad. De este modo, el modelo anterior se centra en la rehabilitación o normalización de las personas con discapacidad, mientras que el modelo social aboga por la rehabilitación o normalización de una sociedad, pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas. En términos generales, el tratamiento social del que son objeto las personas con discapacidad se basa en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades. A dichos fines el modelo social aboga por una serie de medidas, entre las que se destacan la accesibilidad universal, el diseño para todos, y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Básicamente, el modelo bajo análisis considera a la discapacidad como un fenómeno complejo, que no se limita simplemente a un atributo de la persona, sino que es el resultado de un conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. En consecuencia, ello requiere la realización de todas las modificaciones y adaptaciones necesarias, a los fines de alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida en comunidad. Dicha situación –que es más una cuestión ideológica que biológica– requiere la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos. El modelo social se encuentra, entonces, muy relacionado con la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Se centra en la dignidad intrínseca del ser humano, y de manera accesoria –y sólo en el caso que sea necesario– en las características médicas de la persona. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema fuera de la persona –en la sociedad–.

De este modo, las soluciones frente a la situación de desventaja de las personas con discapacidad se plantearían a partir del respeto a los valores esenciales que son el fundamento de los derechos humanos; esto es: la dignidad; la libertad entendida como autonomía –en el sentido de desarrollo del sujeto moral– que exige entre otras cosas que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten; la igualdad inherente de todo ser humano –inclusiva de la diferencia–, la cual asimismo exige la satisfacción de ciertas necesidades básicas, y la solidaridad²⁴.

²⁴ [...] los principios que inspiran en este momento a las normas jurídicas (o a las políticas públicas) en materia de discapacidad son, sobre el papel, totalmente compatibles con un discurso igualitario sobre los derechos...] ASÍS ROIG, R., (2004) “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos”, en *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), Dykinson, Madrid, p. 62 y ss.



Gracias a ello, en las últimas décadas se vienen gestando diferentes modos de ofrecer respuestas a las necesidades de las personas con discapacidad, que se basan en los valores intrínsecos que fundamentan a los derechos humanos. Para ello, desde el Derecho se utilizan una serie de técnicas promocionales –entre las que se destacan medidas de acción positiva, de discriminación inversa, la obligación de realizar ajustes razonables– como así también la plasmación de ciertos principios que tienen una repercusión importante sobre las políticas en la materia –no discriminación, vida independiente, accesibilidad universal, diálogo civil, diseño para todos, transversalidad de políticas en materia de discapacidad, entre otros–. Dichos principios, en realidad, persiguen un mismo objetivo: que las personas con discapacidad puedan tener iguales oportunidades que el resto de personas en el diseño y desarrollo de sus propios planes de vida.

1.3. Los valores que sustentan a los derechos humanos en el contexto de la discapacidad

Como se ha comentado, el modelo social nace contrarrestando un contexto en el cual la discapacidad era considerada la consecuencia de la persona –un problema individual que se resumía en una limitación física, sensorial, mental o intelectual–. De tal modo, las soluciones frente a este supuesto problema eran diseñadas para rehabilitar, normalizar a la persona, y de ese modo, integrarla en la sociedad.

Desde otra perspectiva, el modelo social entiende a la discapacidad no como un problema individual de la persona sino como un problema social. Es decir, la discapacidad es, en gran medida, consecuencia de una sociedad que no se encuentra pensada ni diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas. Por tanto, lo que debería rehabilitarse o normalizarse no son las personas, sino la sociedad. Pues bien, los argumentos esgrimidos por el modelo social (que desde la teoría se formó en gran parte por sociólogos con discapacidad) tienen mucho en común con los valores que sustentan a los derechos humanos, es decir, dignidad, igualdad y libertad.

1.3.1. La dignidad

La dignidad entendida desde una perspectiva formal kantiana establece que la persona es siempre un fin y nunca un medio.

Este valor –que es la base de justificación de los derechos humanos– es una de las herramientas teóricas del modelo social de discapacidad, al establecer que no debe medirse el valor de las personas por su utilidad, porque si no las estaríamos considerando medios y no fines (y sobre todo cuando esa utilidad se mide en términos de producti-



vidad económica). Ello no significa negar que las personas con discapacidad sean –al igual que el resto de personas– algunas más y otras menos productivas, sino centrarnos en que esa no puede ser la medida, y sobre todo invitarnos a reflexionar sobre el significado, ambiguo y bastante incierto, del término “productivo”, entre otras cuestiones. Por tanto, si queremos respetar el imperativo categórico kantiano, debemos considerar siempre a la persona como un fin en sí misma. Esta afirmación, que aparentemente en la teoría no genera problemas, al analizarse en la práctica nos muestra ciertas contradicciones.

Así, al adentrarnos al mundo de los valores y la situación de las personas con discapacidad, QUINN nos propone reflexionar, en primer lugar, respecto del postulado de la dignidad humana, que resume la simple idea de que todas las personas son fines en sí mismas. Sin embargo, en la práctica, la mayor parte de nuestras sociedades, manejadas por el mercado, valoran al ser humano por su valor de uso –utilidad–. Si nuestra utilidad o valor de uso se encuentran disminuidos, limitados (o, mejor dicho, percibidos como disminuidos, limitados) entonces nuestro valor como seres humanos también tiende a disminuir. La realidad es que en muchos sitios del mundo, muchas personas con discapacidad son tratadas como objetos y no como sujetos²⁵.

Si partimos del valor de la autonomía, la simple idea de que cada persona se autogobierna y dirige sus metas, podemos advertir que todavía se niega a las personas con discapacidad el derecho a tomar sus propias decisiones sobre su propio destino. Y, seguramente, la respuesta correcta para aquellos que tienen disminuida su capacidad para la autonomía –o para quienes son percibidos con dicha disminución– sea la asistencia para poder llevar una vida independiente, y no la sustitución de su autonomía²⁶.

La noción de dignidad humana es la piedra fundamental sobre la que se asientan los derechos humanos. Esta idea de dignidad humana debería reforzar la idea de que las personas con discapacidad tienen un papel en la sociedad, que hay que atender con absoluta independencia de cualquier consideración de utilidad social o económica²⁷. Sin embargo, este tema merece al menos dos aclaraciones.

²⁵ QUINN, G., (2005) “Next steps –Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities”, en *Disability Rights*, BLANCK, P. (Ed.), Ashgate, Syracuse University.

²⁶ Ídem

²⁷ [...] La consideración de que las personas tienen un papel social independiente de su utilidad, quizás no queda claramente justificada ni desde la concepción moderna de la idea de dignidad humana; ni desde el reclamo efectuado por el modelo social, cuando intenta justificar la utilidad social de las personas con discapacidad, cuestión que –más allá de su eficacia para remarcar otras cuestiones, como la discriminación institucional–, quizás no aporta mayores fundamentos al otorgamiento de sentido de la vida de una persona con discapacidad...] PALACIOS, A., (2008), *op. cit.* p. 158.



La primera se encuentra dirigida a la misma idea de dignidad humana que –desde el Renacimiento– viene siendo caracterizada a través de una serie de rasgos del ser humano que difícilmente puedan ser aplicados a personas con cierto tipo de discapacidades²⁸. Quizás porque esta idea de dignidad nunca ha sido caracterizada sin apelar a algunos contenidos que la supeditan a ciertos factores. Así, podría afirmarse que se pasó de justificar la dignidad supeditándola a la inteligencia –Grecia–, a supeditarla a Dios –Edad Media–, o a la nobleza –barroco–, a, finalmente, supeditarla a la razón y la virtud –modernidad–. Y ello presenta algunos problemas en el ámbito filosófico que nos conducen a preguntarnos sobre el modo de justificación, por ejemplo, de la idea de dignidad de una persona que tiene, aparentemente, limitada su capacidad para razonar²⁹.

Ahora bien, la segunda aclaración que merece ser destacada se refiere a una de las afirmaciones esbozadas desde el modelo social, que podría llegar a considerarse contradictoria. Desde dicho paradigma se insiste en que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad. Pareciera que el modelo social cae en la trampa que pretende develar, al seguir valorando a las personas en la medida de su condicional aporte a la sociedad. Ello no implica la negación de dicha premisa, sino simplemente remarcar que el valor del ser humano en sí mismo se encuentra desvinculado y es independiente de cualquier consideración de utilidad social. Es decir, las personas con discapacidad no son igualmente dignas por su capacidad de aporte a la sociedad –medio– sino que son igualmente dignas por su esencia, por ser un fin en sí mismas. De otro modo, y como se ha mencionado, el contenido central del imperativo categórico kantiano estaría siendo vulnerado, ya que si valoramos a la persona en la medida de su aporte a la comunidad, estaremos considerando al ser humano como un medio y no como un fin en sí misma.

1.3.2. *La libertad*

Este valor se encuentra íntimamente relacionado con el de la dignidad, e implica autonomía –moral– e independencia. En términos filosóficos, implica considerar a la persona como sujeto moral, es decir con poder de decisión sobre el diseño de su propio

²⁸ [...] la dignidad humana se formula desde dos perspectivas (...) una más formal de raíz kantiana y otro más de contenidos, de carácter humanista y renacentista. Por la primera, la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir, de nuestra autonomía; por la segunda la dignidad consiste en el estudio de los rasgos que nos diferencian de los restantes animales. Son dos perspectivas complementarias, casi podríamos decir la forma y el contenido de nuestro valor como personas...] PECES-BARBA, G. (2003) *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 26, Dykinson, Madrid, p. 65); Véase asimismo FERNÁNDEZ GARCÍA, E., (2001) *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 21, Dykinson, Madrid.

²⁹ Véase ASIS ROIG, R., (2012) “Sobre la Capacidad”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires, pp. 13-29.



plan de vida. Casualmente, este ha sido el lema por el que han nacido los derechos humanos: para garantizar el desarrollo de las personas como sujetos morales³⁰. Esto es, sujetos moralmente libres. Como explica Rafael de Asís, la libertad moral sería el referente de los derechos. La define este autor como un momento utópico individual de realización de los planes de vida, de los proyectos vitales, de satisfacción de necesidades, condicionado por la dimensión social de la actividad humana. A partir de ello, la misión de la libertad social y de los derechos como instrumentos, es permitir al sujeto moral el alcance de esta libertad moral³¹.

Resulta evidente que uno de los principios claves del modelo social, que se refleja claramente en la filosofía inherente al movimiento de vida independiente, se basa en este valor, abogando asimismo por que se prevean las condiciones sociales necesarias para que el mismo no se vea vulnerado en su eficacia respecto de las personas con discapacidad. Sin embargo, debe subrayarse que en el contexto de la discapacidad, la imagen de sujeto moral plantea al menos dos grandes problemas³².

Uno de ellos es que generalmente suele asociarse la discapacidad –especialmente la intelectual– con la carencia de capacidad para el ejercicio de la libertad moral. Si bien, ello involucra cuestiones lindantes en ciertas ocasiones, no obstante, en muchas otras, esta suposición se basa en un mero prejuicio, –al confundir autonomía funcional con autonomía moral– sumado a una idea de autonomía muy restringida. En este sentido, desde el modelo social se aboga por una concepción más amplia de la idea de autonomía, un planteamiento que no se incline excesivamente por detectar la incompetencia³³ y que, por tanto, otorgue la misma importancia a la necesidad de una protección efectiva de los derechos y los intereses de todas las personas³⁴. Que la

³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., (Dir), (2003) *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I, Dykinson, Madrid.

³¹ ASÍS ROIG, R. (2001) *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 17, Dykinson, Madrid, p. 28.

³² En este sentido, como expresa Nino, la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica, sino de teoría política, o de teoría moral en un sentido amplio. NINO, C. S., (1989) *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel Derecho, Barcelona, pp. 45 y ss.

³³ Como advierte en este sentido Christian Courtis, definir a una persona solo por lo que no puede hacer, o en función de sus limitaciones, “supondría extender el rótulo de inútil o inservible a la humanidad entera. Prácticamente todo ser humano tiene limitaciones para desarrollar algunas actividades: cantar, realizar cálculos matemáticos, orientarse en un lugar desconocido, correr, practicar deportes, bailar, retener datos, recitar poesía, cocinar, realizar manualidades. Para la mayoría de las personas, el dato de sus limitaciones relativas a la realización de ciertas actividades es irrelevante. Las personas con discapacidad, sin embargo, han sufrido históricamente una rotulación que pone énfasis en las actividades en las que tienen limitaciones, en lugar de resaltar las actividades que sí pueden desarrollar sin dificultades”. COURTIS, C., (2004), *op. cit.*, p. 8).

³⁴ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002b), *op. cit.* p. 13.



autonomía en ciertos casos se encuentre más restringida no significa que deba ser anulada o ignorada, sino precisamente lo contrario. Como expresa AÑÓN ROIG, la autonomía no es tanto un punto de partida como un punto de llegada, lo que supone reconocer que el individuo concreto tiene limitaciones en el orden del conocimiento teórico y práctico³⁵. En ese sentido, en lo que concierne a las personas con discapacidades intelectuales, es evidente que en muchos casos el ejercicio de la autonomía puede resultar mucho más complicado, pero es en esos casos precisamente donde debe resaltarse el rol del Derecho en cuanto a la garantía de desarrollo pleno del grado de autonomía existente, por mínima que sea.

Una segunda dificultad a la que se enfrenta este valor en el contexto de la discapacidad es que muchas veces la sociedad no se toma en serio la autonomía de las personas con discapacidad que tienen esa “capacidad” absoluta para el ejercicio de dicha libertad moral. Este es el típico caso de las personas con limitaciones físicas o sensoriales. En muchas ocasiones, las elecciones de vida de estas personas no son consideradas tan merecedoras de apoyo social como las de las personas sin discapacidad. Ello, que pareciera partir de la consideración de que la vida de estas personas no goza del mismo valor, ha llevado a que las condiciones materiales que las personas con discapacidad necesitan para tener el control sobre sus vidas hayan sido ignoradas; desatendidas. Así, señalan QUINN & DEGENER que la mayor parte de las sociedades no han hecho lo suficiente para habilitar a las personas con discapacidad que tienen una clara capacidad de libertad moral para el pleno desarrollo como sujetos morales³⁶.

Un discurso coherente con los derechos humanos requiere que la respuesta correcta para aquellas personas que tienen disminuida su autonomía funcional (que no es su autonomía moral) –o para quienes son percibidas con dicha disminución– sea la asistencia para poder llevar una vida independiente, y no la sustitución de su autonomía. Esta afirmación no solo genera contradicciones en el ámbito fáctico, sino también en el teórico (sobre todo en relación con determinados tipos de discapacidades, como la intelectual o mental). Con la entrada en vigor de la CDPD se ha asumido un cambio de paradigma en este sentido, que se entiende tendrá consecuencias muy importantes al respecto³⁷.

Entre otras cuestiones, entonces, lo que exige un discurso coherente con los derechos humanos en el ámbito de la discapacidad es que no se siga confundiendo la res-

²⁵ AÑÓN ROIG, M. J. (1994) *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 267.

³⁶ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002b), *op. cit.*

³⁷ PALACIOS, A., (2008), *op. cit.*



tricción o diferencia física, sensorial, mental o intelectual con la capacidad moral. Simplemente, de eso se trata la vida independiente, del ejercicio de la libertad, al igual que el resto de personas. A través del establecimiento de este principio, se ha dado respuesta a uno de los principales reclamos de las personas con discapacidad, que consiste en la posibilidad de ser parte de la toma de decisiones relativas a sus propias vidas. De este modo, las personas con discapacidad dejan de ser vistas como meros pacientes, o de estar sometidas a políticas paternalistas en las que se las intenta suplir y apartar de la toma de decisiones en aquellas cuestiones que les incumben. El reclamo de las personas con discapacidad –que, como se ha mencionado oportunamente, tuvo asimismo origen en el Movimiento de Vida Independiente– es el de participar y ser artífices en lo que respecta a las decisiones que les atañen. El lema “Nothing about us without us” –Nada sobre nosotros sin nosotros– que surgió con el modelo de vida independiente resume de manera efectiva esta postura.

No obstante, que las personas con discapacidad tengan que seguir luchando por el ejercicio de su libertad demuestra que las personas con discapacidad no tienen la misma protección que el resto en el ejercicio de sus derechos humanos. Y esto nos conecta con el otro valor cimienta:

1.3.3. *La igualdad*

No resulta suficiente afirmar que las personas con discapacidad son personas con dignidad, sino que hace falta destacar que las personas con discapacidad son “igualmente” dignas. Poseen el mismo valor como seres humanos que el resto de personas. Esto, que parece una obviedad, no lo es ni en el ámbito social, ni en el imaginario colectivo, ni en el Derecho en algunas ocasiones³⁸.

Una de las premisas fundamentales del modelo social de discapacidad se basa en que todas las personas poseen –no solo un valor intrínseco inestimable–, sino también que son intrínsecamente iguales en lo que se refiere a su valor, más allá de cualquier diferencia social, física, mental, intelectual o sensorial. Ello no equivale a decir que no existan diferencias entre las personas, sino más bien que una sociedad que respeta auténticamente el principio de igualdad es aquella que adopta un criterio inclusivo respecto de las diferencias humanas, y las tiene en cuenta en forma positiva.

Y, precisamente, uno de los argumentos esenciales esgrimidos por los defensores del modelo social radica en que las personas con discapacidad no son tratadas en res-

³⁸ Las discusiones y decisiones que se asumen en el campo de la bioética resultan un claro ejemplo de esta afirmación. Véase: PALACIOS, A., & ROMANACH, J., (2006), *op. cit.*



peto a dicho criterio, sino que se encuentran socialmente excluidas. Esto significa –entre otras cuestiones–, verse imposibilitadas de participar en una gran cantidad de actividades que sustentan una vida en sociedad, y que las eliminan de la corriente habitual de la vida cotidiana. Ello se debe a que todos los puntos de acceso a las estructuras de la vida diaria –educación, trabajo, familia, interacción social, etc.– se establecen en gran medida en relación con la norma dominante –en este caso el de las personas sin discapacidad–. De este modo, como normalmente no se prevén adaptaciones para las desviaciones o las diferencias respecto de la norma elegida, la diferencia sirve como base para una sutil (y a veces no tan sutil) discriminación.

Un principio/derecho muy vinculado con el ejercicio de la igualdad es el de la accesibilidad universal y el diseño para todos y todas, principios que apuntan a garantizar la vida independiente, y que están evolucionando al ser considerados en la teoría filosófico-jurídica como derechos (no de un proceso de especificación, sino de generalización).

¿Qué se quiere decir con esto? Como se viene explicando, desde el ámbito del Derecho y conforme las nuevas tendencias en la materia, se viene persiguiendo poder garantizar de manera efectiva la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Como asimismo se ha comentado, en dicho camino la accesibilidad universal adquiere un rol protagónico. Ahora bien, dentro de las nuevas tendencias, asimismo, la accesibilidad universal ha ido evolucionando conceptualmente, pudiendo ser considerada en la actualidad un derecho no de titulares específicos sino cuya titularidad la ejercen todas las personas³⁹. El problema que supone, sin embargo, para las personas con discapacidad, es que son ellas uno de los colectivos más perjudicados a la hora del ejercicio de este derecho. Pero el hecho de que las personas con discapacidad se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad en ese sentido no debe conducir a la confusión conceptual que implica considerar que la accesibilidad es un derecho específico de estas personas.

Así, al estudiarse la historia de los derechos humanos suele distinguirse, siguiendo a BOBBIO, cuatro procesos históricos en la evolución de dichos derechos⁴⁰:

El primer proceso se denomina positivación, y se inicia desde la progresiva toma de conciencia de la necesidad de dotar a la idea de los derechos de un estatuto jurídico que permita su aplicación eficaz y la protección real de los titulares de los mismos. A

³⁹ Sobre la configuración jurídica de la accesibilidad, y sus posibles implicancias como un principio, un contenido esencial de los derechos o un derecho per se, *Vid. ASÍS ROIG, R., AIELLO, A. L., BARIFFI, F., CAMPOY, I., & PALACIOS, A., (2007) Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid.

⁴⁰ BOBBIO, N., (1991) *El tiempo de los derechos*, Trad. De R. de Asís, Sistema, Madrid.



partir del S. XIX esa positivación se considera una condición esencial para la existencia de los derechos con eficacia social y no se concibe una implantación de ellos al margen de la positivación. Todos los textos constitucionales pasan a recoger como Derecho positivo a los derechos fundamentales.

El segundo proceso es el de generalización, que consistirá en el progresivo ajuste entre las afirmaciones de que los derechos corresponden a todos los seres humanos, y una práctica restrictiva que circunscribía su disfrute a una clase social: la burguesía. La supuesta generalidad de los destinatarios titulares de los derechos no se correspondía con la realidad. El derecho al sufragio es un ejemplo de ello, del cual no todas las personas eran titulares (sufragio censitario: limitado a algunas categorías de ciudadanos por razones económicas –propietarios– o culturales –hombres y no mujeres–). Este desajuste será la base y la razón que explican el proceso de generalización.

El tercero es la internacionalización. En la actualidad, no cabe duda de que los derechos fundamentales tienen una dimensión internacional. Ello ha sido consecuencia de la existencia de un proceso de internacionalización de los derechos fundamentales, como resultado, entre otras causas, de la influencia de la realidad social, abierta cada vez en mayor medida y superadora de las fronteras nacionales en el ámbito económico, cultural, educativo, de las comunicaciones, etc.

Finalmente, el cuarto proceso se denomina de especificación. La especificación puede darse, tanto en relación con los titulares como en relación con los contenidos de los derechos. En lo que aquí nos interesa, los titulares de los derechos eran los genéricos hombres o ciudadanos, y la especificación es un avance que parte de la idea de considerar a los derechos más vinculados a las personas concretas de sus titulares. Así, se juzgan como relevantes algunas situaciones del genérico hombre o ciudadano, que exigen un tratamiento especial y que no se resuelven desde la norma general. Son circunstancias o situaciones cuya relevancia deriva, entre otras cuestiones, de una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan de una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad.

Ahora bien, la justificación de gran parte de los derechos de las personas con discapacidad alude en la mayoría de los casos al proceso de especificación de los derechos. Y este es un enfoque conceptual erróneo en la mayor parte de las circunstancias. El gran problema de las personas con discapacidad es que todavía no se les ha dado lugar en el proceso de generalización de los derechos⁴¹. Y la accesibilidad universal es

⁴¹ Véase ASÍS ROIG, R. & PALACIOS, A., (2007) *Derechos Humanos y Situaciones de Dependencia*, Dykinson, Madrid.



el ejemplo paradigmático en este sentido. Generalmente, se plantea la necesidad de construir entornos accesibles como una necesidad específica de este grupo de personas, y ello es ciertamente equivocado. La accesibilidad universal es un requisito para el ejercicio de derechos de todas las personas, y es un derecho de todas las personas, solo que al construir el entorno y las comunicaciones pensando en un tipo de persona, se deja afuera a otro grupo de otras personas, creando de este modo las necesidades especiales. De este modo, como se ha mencionado, las necesidades especiales en muchos casos son creaciones sociales y no circunstancias específicas de personas.

Esto último ha quedado claramente reflejado en la CDPD. Como será con mayor detenimiento más adelante, el objeto de la Convención no ha sido crear nuevos derechos, específicos, de las personas con discapacidad, sino “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Por tanto, dicho instrumento ha dejado plasmando que las necesidades de las personas con discapacidad no se satisfacen a partir de la creación de nuevos derechos, sino asegurándoles la aplicación del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades. Evidentemente, a dicho fin se debió identificar, a la hora de regular cada derecho, cuáles eran las necesidades extra que debían garantizarse para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad, pero siempre desde la conciencia de que no se estaban creando nuevos derechos. De este modo, y en aplicación del principio de no discriminación, el objetivo fundamental de la Convención ha sido adaptar las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes al contexto específico de la discapacidad. Ello significa el establecimiento de los mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad, pero de ningún modo implica la consideración de derechos específicos de este grupo de personas.

⁴² Artículo 1 CDPD.

⁴³ PALACIOS, A., & BARIFFI, F., (2007), *op. cit.*

Capítulo II

EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL: DEL MODELO MÉDICO AL MODELO SOCIAL

2.1. Las primeras declaraciones: reflejo del modelo médico asistencialista

Las primeras referencias a la discapacidad en los documentos emanados de los órganos de la ONU se remontan a los años cincuenta, donde la AG y el Consejo Económico y Social (CES) aprobaron varias resoluciones relativas a la prevención y la rehabilitación de personas con discapacidad⁴⁴. Consistente con la perspectiva de prevención y rehabilitación, la acción de la ONU se focalizó principalmente en la discapacidad física a través del apoyo a los gobiernos por medio de misiones de asesoramiento, talleres para la capacitación del personal técnico o el establecimiento de centros de rehabilitación. Estaba claro que la discapacidad debía ser abordada desde una perspectiva asistencialista y en el marco de los servicios sociales, muy alejado de la noción de derechos humanos. Por ello, y como consecuencia de las iniciativas provenientes de las propias comunidades de personas con discapacidad, los años sesenta se caracterizaron por una reevaluación de la política hacia el sector, estableciendo las bases para la participación de las personas con discapacidad en la sociedad⁴⁵.

⁴⁴ Para una revisión exhaustiva de dichos documentos véase SAULLE, M. R., (1981), *The Disabled persons and the international organizations*, International Documentation Ent. Roma; También véase: *Las Naciones Unidas y las personas con discapacidad - Los primeros cincuenta años*, accesible en: <http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/dis50y00.htm>. Véase también CARDONA LLORENS, J., (2007), “La Organización de las Naciones Unidas y las personas con discapacidad”, en *La protección internacional de las personas con discapacidad*, FERNANDEZ LIESA C. (Ed.), Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 47-83.

⁴⁵ Véase: The UN and Persons with Disabilities, United Nations Commitment to Advancement of the Status of Persons with Disabilities. Accesible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/disun.htm>. Véase también FERNÁNDEZ LIESA, C., (2007), “Codificación internacional y desarrollo progresivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad”, en FERNANDEZ LIESA C. (Ed.), *op. cit.*, pp. 85-114.



Hacia principios de los setenta, se adoptaron las primeras declaraciones y resoluciones temáticas sobre discapacidad, que evidencian “los primeros síntomas del paso de un criterio de «atención» a uno basado en derechos”⁴⁶. En primer lugar, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental en 1971⁴⁷ estipula que las personas con retraso mental deben tener los mismos derechos de todos los seres humanos, al igual que deben gozar de derechos específicos a sus necesidades en los ámbitos médico, educativo y social. Asimismo, la declaración hace especial énfasis en la necesidad de proteger a las personas con retraso mental de la explotación y el abuso, para lo cual requiere de procedimientos jurídicos adecuados. Evidentemente esta declaración supuso, en su momento, un avance importante en el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad y basta solo ver en su título la noción de «derechos» como objetivo principal de la misma. No obstante, tanto en relación con la perspectiva de discapacidad recogida en la CDPD, como incluso en relación con la perspectiva más específica de capacidad jurídica estipulada en el artículo 12 de la CDDP, esta declaración posee varios enunciados problemáticos. En primer lugar, el uso del concepto de «retrasado mental» que actualmente resulta simplemente inaceptable. En segundo lugar, a pesar de la perspectiva de derechos, la declaración, en su contenido, se encuentra impregnada de una clara concepción médico rehabilitadora de la discapacidad, como puede evidenciarse en el preámbulo cuando establece “la necesidad de proteger los derechos de los física y mentalmente desfavorecidos y de asegurar su bienestar y su rehabilitación”. Pero en tercer y último lugar, la declaración adopta una perspectiva hacia la protección de las personas con discapacidad mental en el ejercicio de la capacidad jurídica totalmente opuesta a lo establecido en el artículo 12 de la CDPD. En clara, pero entendible consonancia con el modelo de protección sustitutiva en el ejercicio de la capacidad jurídica imperante en dicho momento histórico, la declaración establece en el punto 5 el derecho de las personas con discapacidad mental de contar con “la atención de un tutor calificado cuanto esto resulte indispensable para la protección de su persona y sus bienes”. Más aún, el punto 7 dispone que “si algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso”. A todo ello, hay que sumar la idea subyacente en toda la declaración de que la persona con discapacidad mental debe gozar de sus derechos en igualdad de condiciones, pero solo en la medida

⁴⁶ Véase QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, OACDH HR/PUB/02/1, Naciones Unidas, p. 23.

⁴⁷ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.



de sus posibilidades y supeditado a la gravedad o no del “retraso mental”. Como elemento destacable se puede mencionar que la declaración establece que el procedimiento de limitación de la capacidad jurídica deberá evaluarse por expertos sobre la base de un criterio de «capacidad social» así como establece la obligación de revisar dicha evaluación de forma periódica y con acceso a apelaciones judiciales. El segundo de los documentos aludidos es la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975⁴⁸. La Declaración fomenta la protección de los derechos de las personas con discapacidad tanto a nivel nacional como internacional, al tiempo que reconoce que las personas con discapacidad deben gozar de los mismos derechos políticos y civiles que los demás, incluyendo medidas que les permitan la autonomía personal. Asimismo, la Declaración reafirma los derechos de las personas con discapacidad a la educación, a la atención sanitaria y a servicios de colocación, el derecho a la seguridad económica y social, al empleo, a vivir con sus familias, a participar en acontecimientos sociales y creativos, a recibir protección frente a cualquier tipo de explotación, abuso o trato degradante y a disponer de ayuda legal⁴⁹. Más allá de la importancia de este documento en su contexto histórico y social, es posible detectar evidentes resabios del modelo médico-asistencialista. En primer lugar, la propia definición del término «impedido» que, según la Declaración, “designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”. Esta definición contiene todos los elementos que caracterizan al modelo médico, es decir, el elemento de impedimento o incapacidad personal para realizar actividades individuales y sociales, el elemento de normalidad, y finalmente el elemento que vincula dichas incapacidades a la existencia de una discapacidad. También merece un comentario crítico el punto 9 de la Declaración cuando establece que: “...el impedido tiene derecho a vivir en el seno de su familia o de un hogar que la sustituya y a participar en todas las actividades sociales, creadoras o recreativas. Ningún impedido podrá ser obligado, en materia de residencia, a un trato distinto del que exija su estado o la mejoría que se le podría aportar. Si fuese indispensable la permanencia del impedido en un establecimiento especializado, el medio y las condiciones de vida en él deberán asemejarse lo más posible a los de la vida normal de las personas de su edad”. Aunque no de un modo expreso, la Declaración parece asumir, no sólo como posible, sino inclusive como algo natural, la institucionalización de personas con discapacidad como medio de procurar el acceso a la realización de sus derechos. Esta perspectiva, como se verá más adelante, se encuentra fuertemente cuestionada en la CDPD.

⁴⁸ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

⁴⁹ Véase “Las Naciones Unidas y las personas con discapacidad - Los primeros cincuenta años”, en Historia de la discapacidad y las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/dis50y00.htm>



En definitiva, aunque estas declaraciones marcan el cambio hacia la consideración de las personas con discapacidad como «sujetos» de derechos, lo cierto es que “estos instrumentos tempranos aún reflejan la noción de discapacidad que se encuadra en el modelo médico, en virtud del cual las personas con discapacidad son vistas principalmente como individuos con problemas médicos, dependientes de la ayuda o los beneficios sociales, y con la necesidad de ser segregados en instituciones y en la provisión de servicios”⁵⁰.

2.2. La aparición del modelo de derechos en los años ochenta

Como señalan QUINN & DEGENER “los años ochenta marcaron el paso irreversible del modelo de «atención» al modelo de «derechos»”. Desde una perspectiva normativa dicho cambio se reflejó a través de la designación del año 1981 como el «Año Internacional de los Impedidos»⁵¹, y como consecuencia de ello, en el establecimiento del «Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos».

La designación de Año Internacional de los Impedidos lleva como tema «participación plena» y se propone la realización de una serie de objetivos⁵². Aún en esta resolución, es posible identificar claramente los resabios del modelo médico, no sólo mediante el uso del concepto de «impedido», sino también mediante la utilización de conceptos tales como «integración» o «rehabilitación». No obstante, y a partir de ello, la ONU inicia una intensa agenda de trabajo reflejada en una serie de resoluciones e informes⁵³ que finalizan con la proclama del período 1983-1992 como el «Decenio de las Naciones Unidas sobre los Impedidos» y con la aprobación del «Programa de Acción Mundial para los Impedidos» presentado por el Comité Asesor para el Año Internacional de los Impedidos⁵⁴.

⁵⁰ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002b), *op. cit.*

⁵¹ Resolución de la Asamblea General 31/123 del 16 de diciembre de 1976.

⁵² [...] a. ayudar a los impedidos a su adaptación física y psicológica a la sociedad; b. Promover todos los esfuerzos nacionales e internacionales tendientes a prestar a los impedidos asistencia, atención, capacitación y orientación apropiadas, así como a poner a su disposición oportunidades de trabajo adecuado y asegurar su integración plena en la sociedad; c. Estimular los proyectos de estudio e investigación destinadas a facilitar la participación práctica de los impedidos en la vida cotidiana, por ejemplo, mejorando su acceso a los edificios públicos y a los sistemas de transporte; d. Educar e informar al público sobre el derecho de los impedidos a participar en los diversos aspectos de la vida económica, social y política, y aportar en su contribución; e. Promover medidas efectivas para la prevención de la incapacidad y para la rehabilitación de los impedidos...]

⁵³ A/RES/32/133, 16 de diciembre de 1977, Año Internacional de los Impedidos; A/RES/33/170, 20 de diciembre de 1978, Año Internacional de los Impedidos; A/RES/34/154, 17 de diciembre de 1979, Año Internacional de los Impedidos; A/RES/35/133, 11 de diciembre de 1980, Año Internacional de los Impedidos; A/RES/36/77, 8 de diciembre de 1981, Año Internacional de los Impedidos.

⁵⁴ A/RES/37/52, 3 de diciembre, de 1982 Programa de Acción Mundial para los Impedidos.



El Programa de Acción Mundial queda configurado como una estrategia global para mejorar la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la igualdad de oportunidades, buscando la plena participación de las personas con discapacidad en la vida social y el desarrollo nacional. En sus tres capítulos se analizan las definiciones, los conceptos y los principios relativos a la discapacidad; se examina la situación mundial de las personas con discapacidad; y se formulan recomendaciones para la adopción de medidas a nivel nacional, regional e internacional. En el Programa también se subraya la necesidad de abordar la discapacidad desde una perspectiva de derechos humanos. La «igualdad de oportunidades» es el tema central del Programa y la filosofía en la que se sustenta para alcanzar la plena participación de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social y económica⁵⁵. El programa no escapa de dedicar importantes esfuerzos a la «prevención y rehabilitación» de la discapacidad, al mismo tiempo que asimila las definiciones de deficiencia, discapacidad y minusvalía propuestas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1980⁵⁶. No obstante, el Programa claramente centra sus acciones hacia la consecución de la igualdad real de derechos mediante la identificación de medidas específicas que aseguren la igualdad de oportunidades. Ello marca la inauguración de una nueva era —una era en la que se trataría de definir la discapacidad como la relación entre las personas con discapacidad y su entorno, donde se reconocería más claramente el imperativo de eliminar los obstáculos sociales que impiden la plena participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones⁵⁷. El Plan asimismo establece un mecanismo de revisión y evaluación que ha supuesto la generación de múltiples resoluciones⁵⁸ e informes⁵⁹.

⁵⁵ El Programa define la igualdad de oportunidades como: [...el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad —tal como el medio físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreo— se hace accesible para todos...] cfr. Parra. 12.

⁵⁶ Esta cuestión será analizada en el punto siguiente.

⁵⁷ Al respecto, el Programa establece que: [...Para lograr los objetivos de igualdad y plena participación no bastan las medidas de rehabilitación orientadas hacia el individuo con deficiencias. La experiencia ha demostrado que es, en gran parte, el medio el que determina el efecto de una deficiencia o discapacidad sobre la vida diaria de la persona. Una persona se ve abocada a la minusvalía cuando se le niegan las oportunidades de que dispone en general la comunidad y que son necesarias para los aspectos fundamentales de la vida, incluida la vida familiar, la educación, el empleo, la vivienda, la seguridad económica y personal, la participación en grupos sociales y políticos, las actividades religiosas, las relaciones afectivas y sexuales, el acceso a instalaciones públicas, la libertad de movimientos y el estilo general de la vida diaria...] cfr. Parra 21.

⁵⁸ A/RES/37/53, 3 de diciembre de 1982, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos; A/RES/38/28, 22 de noviembre de 1983, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos; A/RES/39/26, 23 de noviembre de 1984, Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; A/RES/40/31, 29 de noviembre de 1985, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; A/RES/41/106, 4 de diciembre de 1986, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; A/RES/42/58,



Paralelamente, el desarrollo normativo que se comienza a percibir claramente en el marco de la AG y del CES, un órgano especializado⁶⁰ de la ONU como lo es la OMS emite en 1980 un documento que, pese a su carácter no vinculante, supone un enorme impacto en las legislaciones nacionales en materia de derechos de las personas con discapacidad, esto es, la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) también conocida como CIF (Clasificación Internacional del Funcionamiento)⁶¹. La relación entre discapacidad y enfermedad que intenta poner en contexto la OMS a principios de los años 80s no es casual. Por lo contrario, es el reflejo

30 de noviembre de 1987, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; A/RES/43/98, 8 de diciembre de 1988, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; A/RES/44/70, 8 de diciembre de 1989, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; A/RES/45/91, 20 de diciembre de 1990, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; A/RES/46/96, 16 de diciembre de 1991, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; A/RES/47/3, 14 de octubre de 1992, Día Internacional de los Impedidos; A/RES/52/82, 12 de diciembre de 1997, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI; A/RES/54/121, 17 de diciembre de 1999, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI; A/RES/56/115, 19 de diciembre de 2001, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI; A/RES/58/132, 22 de diciembre de 2003, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI; A/RES/60/131, 26 de enero de 2006, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: realización de los objetivos de desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad; A/RES/62/127, 24 de enero de 2008, Aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad: realización de los objetivos de desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad.

⁵⁹ Informes del Secretario General sobre la aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad: 1994, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/49/435; 1997, Examen y evaluación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/52/351; 1999, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/54/388 y add.1; Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: Informe provisional del Secretario General, E/CN.5/1999/5; 2001, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/56/169 y Corr. 1; Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, E/CN.5/2001/7; 2003, Examen y evaluación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/58/61 y E/2003/5; 2005, Informe del Secretario General sobre la Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI, A/RES/60/290; 2007, Informe del Secretario General sobre la Aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad: objetivos de desarrollo del Milenio y sinergias con otros instrumentos de las Naciones Unidas relacionados con la discapacidad, A/RES/62/157; 2008, Quinto examen y evaluación quinquenal del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, A/RES/63/183.

⁶⁰ Los Órganos especializados (actualmente son 15) son entidades que se encuentran vinculadas a las Naciones Unidas por acuerdos especiales y que presentan informes al Consejo Económico y Social y a la Asamblea. No obstante, son autónomos al sistema orgánico establecido por la Carta de la ONU.

⁶¹ Propuesta con carácter experimental por la Organización Mundial de la Salud en Ginebra, 1980. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps (Geneva: World Health Organization, 1980).



del modelo médico de discapacidad que aún se encuentra fuertemente enraizado tanto a nivel internacional como en los derechos domésticos. Por ello, lejos de generar una resistencia, la CIF-1980 es ampliamente asimilada por los Estados que, principalmente por intermedio de sus ministerios de salud o de acción social, toman la clasificación propuesta por la OMS como criterio universal para la determinación de la existencia de una discapacidad, o dicho en otras palabras, para definir legalmente en el ordenamiento interno, quién es y quien no es «persona con discapacidad».

En efecto, a través de la CIF-1980, la OMS intentaba elaborar una clasificación que sirviera como complemento de su Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) de cara a poder establecer un catálogo de las consecuencias de la enfermedad, más allá de la mera recopilación de cuáles son las causas de la misma⁶². Por ello, como se verá a continuación, la CIF-1980 no logra apartar del centro de la cuestión el aspecto médico-individual de la persona.

Según la CIF-1980, por deficiencia se entiende cualquier pérdida o anomalía permanente o transitoria –psicológica, fisiológica o anatómica– de estructura o de función, por discapacidad se entiende una restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para un ser humano, y por minusvalía la incapacidad que se traduce en una desventaja para una persona, en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que se es considerada común para esa persona según la edad, el sexo, y los factores sociales y culturales.

Cabe destacar que esta primera Clasificación Internacional encontró aprobación inmediata entre muchos científicos sociales, pero provocó considerables críticas provenientes de organizaciones de personas con discapacidad, por considerarse que la misma se mantenía cerca de las clasificaciones médicas de la enfermedad-discapacidad-minusvalía. Ello debido a que se conserva la noción de deficiencia como anomalía en una función, discapacidad como la incapacidad de realizar una actividad considerada normal para los seres humanos, y minusvalía como la incapacidad para

⁶² [...] La CIE responde a un modelo lineal, en cuya secuencia sus componentes se especifican por separado y de distintas maneras dentro de la clasificación. De forma gráfica esta secuencia sería: etiología→ patología→ manifestación. Para reflejar las dimensiones de las consecuencias de la enfermedad, la CIDDM adoptó un modelo secuencial derivado del anterior, pero que recogía los tres niveles propuestos en la misma. Así de forma gráfica, el esquema quedaría como sigue: enfermedad→ deficiencia→ discapacidad→ minusvalía. ...] EGEA GARCÍA, C. & SARABIA SÁNCHEZ, A., (2001) *Experiencias de aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, Real Patronato de Discapacidad, Documentos 58/2001, Madrid, p. 18.



desempeñar un rol social normal. El mayor problema que presenta este primer esquema de la OMS es que, si bien admite que la discapacidad tiene dimensiones sociales, no considera que la misma surja como consecuencia de causas sociales; sino que tanto la discapacidad como la minusvalía serían consecuencia directa de la deficiencia⁶³.

Hacia la finalización del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos a fines de los 80s y principios de los 90s, la AG aprobó dos resoluciones específicas que merecen ser brevemente analizadas. La primera de ellas es las «Directrices de Tallin para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos»⁶⁴, que, de conformidad con su apartado 8, establece que "...las personas con impedimentos son agentes de su propio destino y no seres necesitados de protección, y es preciso que los gobiernos y las organizaciones incorporen dicho enfoque en sus políticas y programas, lo que significa que los impedidos, a título personal o como miembros de organizaciones, deben participar en condiciones de igualdad en el proceso de adopción de decisiones...". La segunda de las resoluciones aludidas es los «Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental»⁶⁵ que, hasta la reciente adopción de la CDPD, ha constituido el principal instrumento internacional de referencia en materia de derechos de las personas con discapacidad mental. Estos 25 principios definen los derechos y las libertades fundamentales. Tratan, entre otros aspectos, el derecho a la vida en la comunidad, la determinación de la enfermedad mental, las provisiones para la admisión en un centro de tratamiento y las condiciones que han de reunir los centros de salud mental. Sirven como guía para los Gobiernos, los organismos especializados y las organizaciones regionales e internacionales, pues les facilitan la investigación de los problemas relacionados con el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los enfermos mentales. Sin perjuicio de su gran valor histórico, los Principios recogen proclamas que, desde la perspectiva del modelo social, y más concretamente desde el contenido normativo de la CDPD, pueden resultar inconsistentes o, incluso, frontalmente opuestos. Por ejemplo, el apartado 6 del principio 1 parece avalar que las personas con enfermedad mental carecen de capacidad jurídica, lo que contradice lo

⁶³ Véase CABRA DE LUNA, M. A., (2006), "La protección jurídica de las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales", en *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, ALCARÍN MARTÍNEZ, GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA, MOLINA FERNÁNDEZ, (Coords), Comareas, Granada, p. 85; también PALACIOS, A., (2008), *op. cit.* pp. 228 y ss.

⁶⁴ Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos - A/RES/44/70 - 8 diciembre 1989. - El Anexo incluye las "Directrices de Tallin para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos".

⁶⁵ Resolución de la Asamblea General 46/119, de 17 de diciembre de 1991.



estipulado en el artículo 12.2 de la CDPD. No obstante, los aspectos específicos relativos a la capacidad jurídica recogidos en estos Principios serán abordados en detalle en el capítulo sexto.

2.3. El gran paso hacia la perspectiva de los derechos humanos: las normas uniformes

Seguramente uno de los principales logros del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos fue la aprobación por las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad⁶⁶. A pesar de tratarse de un instrumento jurídicamente no vinculante, las Normas Uniformes representan el firme compromiso moral y político de los gobiernos respecto de la adopción de medidas encaminadas a lograr la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Las Normas Uniformes son 22, y consisten en puntos de vista concernientes a las responsabilidades de los Estados, directrices sobre políticas en materia de discapacidad, y propuestas de acciones concretas⁶⁷.

Las Normas Uniformes se encuentran basadas en el principio de que todos los ciudadanos poseen igual dignidad y, en consecuencia, son titulares de los mismos derechos. Por ello es que recae sobre la sociedad la obligación de garantizar que los recursos sean distribuidos de manera equitativa. Las Normas Uniformes también se basan en lo que se denomina el concepto de discapacidad relacionada con el entorno. Esto implica que una discapacidad puede ser originada por la interacción de las personas con discapacidad y sus entornos. Las causas pueden ser deficiencias del entorno físico, o la brecha existente entre el servicio que ofrece la sociedad y las necesidades reales de las personas con discapacidad. Por lo tanto, no es el individuo el que debe ser adaptado y remodelado para encajar en la sociedad, sino que es la sociedad la que debe ser diseñada de modo tal que todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades⁶⁸.

Las 22 Normas Uniformes se encuentran divididas dentro de tres grupos:

Condiciones Previas. El primer grupo de normas, que aborda las condiciones pre-

⁶⁶ A/RES/48/96, 20 de diciembre de 1993, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

⁶⁷ Véase LINDQVIST, B., (1995), "Standard rules in the disability field—A United Nations instrument", en *Human Rights and Disabled Persons*, DEGENER & KOSTER-DREESE, eds., Dordrecht Kluwer Academic Publishers Group, pp. 63-68.

⁶⁸ Véase Agenda 22, Disability policy planning instructions for local authorities, Swedish Disability Federation, (www.hso.se)



vias para una participación en pie de igualdad, está compuesto por cuatro normas. Comienza resaltando la importancia de una mayor toma de conciencia (Norma 1) en todas las esferas de la sociedad acerca de las necesidades, derechos y posibilidades de las personas con discapacidad. Asimismo, se establece que debe existir una buena atención médica (Norma 2) y buena rehabilitación (Norma 3) suministrada en el momento oportuno. La sociedad ha de poder ofrecer servicios de apoyo (Norma 4) y servicios auxiliares técnicos adecuados para las necesidades de cada individuo.

Objetivos por áreas. El segundo grupo de Normas describe las responsabilidades de la sociedad respecto de los objetivos en ocho áreas fundamentales. En primer lugar, se aborda la cuestión de la accesibilidad (Norma 5). Si la sociedad ha de basarse en la igualdad, debe por lo tanto ser accesible para todos. Esto se aplica al entorno físico, como también al acceso a la información y a la comunicación entre las personas. Todos los niños y jóvenes deben, de acuerdo a sus aptitudes, recibir una educación equivalente (Norma 6). Las personas con discapacidad deben, asimismo, encontrarse en situación de obtener un empleo (Norma 7) en las mismas condiciones que las demás personas. La sociedad debe encargarse de garantizar que las personas con discapacidad tengan un suficiente mantenimiento de los ingresos y seguridad social (Norma 8) aún cuando la naturaleza de su discapacidad limite o excluya las oportunidades de realizar un trabajo remunerado. Todos tienen los mismos derechos a la vida en familia e integridad personal (Norma 9) por lo que las personas con discapacidad no deben ser discriminadas en temas relacionados con las relaciones sexuales, el matrimonio o la procreación. Las personas con discapacidad también han de poder beneficiarse de la cultura (Norma 10) ya sea en calidad de destinatarios, como desde un rol de participación activa. Lo mismo en cuanto a las actividades recreativas y deportivas (Norma 11) tanto de las realizadas a puertas cerradas como las realizadas al aire libre. Las iglesias y asambleas religiosas deben ser accesibles, a fin de que las personas con discapacidad puedan practicar libremente su religión (Norma 12).

Implementación. El último grupo contiene diez normas. A través de la información e investigación (Norma 13) la sociedad ha de ampliar el conocimiento relacionado con las necesidades de las personas con discapacidad, y de este modo desplegar los cimientos de cuestiones normativas y de planificación coherentes (Norma 14) incluyendo aspectos de discapacidad en cada contexto. La Legislación (Norma 15) debe brindar a las personas con discapacidad una base legal de participación e igualdad; y las políticas económicas (Norma 16) deberán ser enmarcadas de modo tal que las cuestiones de discapacidad se encuentren incluidas como parte natural de los presupuestos ordinarios. La coordinación de los trabajos (Norma 17) debe garantizar que los recursos de la sociedad sean utilizados de manera eficiente. La importancia de que la sociedad utilice el conocimiento de las organizaciones de personas con discapacidad (Norma 18) es



un tema primordial de las Normas Uniformes. La Norma 18 define el papel que pueden jugar las organizaciones como consultoras en la planificación, implementación y evaluación de las medidas concernientes a las vidas de las personas con discapacidad. Además, todas las categorías del personal que se encuentren involucradas deben recibir continuamente capacitación (Norma 19) de modo de brindarles conocimiento acerca de las necesidades, derechos y posibilidades de las personas con discapacidad. Debe ser realizada continuamente una supervisión y evaluación de los programas (Norma 20) a fin de que los propósitos de las Normas Uniformes puedan ser gradualmente alcanzados. A través de la cooperación técnica y económica (Norma 21) los miembros de las Naciones Unidas pueden ayudar a mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en los países en desarrollo, y apoyar la tarea de formar organizaciones de personas con discapacidad. Asimismo, los aspectos de la discapacidad deben ser un componente natural de la cooperación internacional (Norma 22).

Aplicación de las Normas Uniformes. Las Normas Uniformes no son legalmente vinculantes, sino que constituyen un compromiso político y moral acordado por los miembros de la comunidad internacional. El término “Estados” al comienzo de cada Norma Uniforme no debe ser interpretado en el sentido de que las Normas se aplican únicamente a nivel gubernamental y nacional de la sociedad. Las Normas Uniformes pueden ser utilizadas como directrices para la adopción de medidas sobre políticas en materia de discapacidad en todos los niveles de la sociedad, tanto nacional como local, pero también en empresas privadas, organizaciones y entidades similares.

No obstante, es preciso mencionar que, al momento de la adopción de las Normas Uniformes, los principales expertos ya reclaman de la comunidad internacional un instrumento vinculante sobre la materia, principalmente sobre la base de los pobres progresos alcanzados en virtud del Programa de Acción Mundial⁶⁹. Para intentar contrarrestar su carácter no vinculante, las Normas Uniformes despliegan un mecanismo de supervisión periódica más propio de un tratado internacional de derechos humanos. Así se prevé el nombramiento de un Relator Especial encargado de supervisar la aplicación de las Normas. El Relator Especial presenta informes anuales a la Comisión de Desarrollo Social. En los informes figuran las conclusiones sobre la promoción y la supervisión de la aplicación de las Normas Uniformes y, en respuesta a la solicitud de la Comisión, se formulan recomendaciones acerca de su ulterior desarrollo. En el desempeño de sus funciones, el Relator Especial promueve el diálogo

⁶⁹ Véase LINDQVIST, B., (1995), *op. cit.* p. 65-67; también: MICHAILAKIS, D., (1999), “The Standard Rules: a Weak Instrument a Strong Commitment”, en *Disability, diversity, and legal change*, JONES & BASSER MARKS (editors), Kluwer Law International, pp. 117-130.



directo con los Estados miembros y con las organizaciones gubernamentales y los expertos locales, y solicita sus opiniones y comentarios sobre cualquier información que se proponga incluir en sus informes⁷⁰.

Con la irrupción del modelo de derechos humanos en el ámbito internacional, se hacía necesaria la revisión de algunos instrumentos desfasados y en aparente colisión con la filosofía de los valores que sustentan a los mismos. Así en el año 2001 la OMS aprueba una revisión a la CIF-1980 a través de Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIFDS) –CIF-2001⁷¹. El principal objetivo de la CIF-2001 es brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados “relacionados con la salud”⁷². En esta nueva Clasificación, el término discapacidad engloba al de “deficiencia”, “limitaciones en la actividad” y “restricciones en la participación”⁷³.

La clasificación revisada define los componentes de la salud y algunos componentes “relacionados con la salud” del “bienestar” (tales como la educación, el trabajo,

⁷⁰ Desde su establecimiento y hasta la actualidad las Normas Uniformes han contado con tres Relatores, a saber: Relator Especial 1994-2002: Bengt Lindqvist; Relator Especial 2003 a 30 de junio de 2009: Sheikha Hessa Khalifa bin Ahmed al-Thani; Relator Especial 2009-al presente: Shuaib Chalklen. Los informes entregados han sido los siguientes: Vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, A/RES/52/56 Informe definitivo del Relator Especial durante su primera misión; Vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, E/CN.5/2000/3 Informe definitivo del Relator Especial durante su segunda misión, 1997–2000 y E/CN.5/2000/3/Corr.1; Vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, E/CN.5/2002/4; Opiniones de los gobiernos sobre las propuestas que figuran en el informe del Relator Especial sobre discapacidad, E/CN.5/2002/4 y en particular sobre la relativa al suplemento de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad E/CN.5/2004/4; Vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, E/CN.5/2005/5 y E/CN.5/2005/5/Corr.1; Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre la supervisión de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - 44º período de sesiones, E/CN.5/2006/4; Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre la supervisión de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - 46º período de sesiones, E/CN.5/2007/4; Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre la supervisión de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - 46º período de sesiones, E/CN.5/2008/3; Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre discapacidad, relativo a la vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - 47º período de sesiones, E/CN.5/2009/6.

⁷¹ International Classification of Functioning, Disability and Health (Geneva: World Health Organization, 2001), aprobada por la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada del 17 al 22 de mayo de 2001.

⁷² La CIF ha sido aceptada como una de las clasificaciones sociales de las Naciones Unidas e incorpora las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad.

⁷³ Véase PALACIOS, A., (2008), *op. cit.*



etc.). El concepto de funcionamiento se puede considerar como un término global que hace referencia a todas las funciones corporales, actividades y participación; de manera similar, la discapacidad engloba las deficiencias, las limitaciones en la actividad o restricciones en la participación. Además, la nueva Clasificación también enumera factores ambientales que interactúan con todos los demás factores.

En términos generales, podría decirse que la estructura de la CIF-2001 es la siguiente:

Parte 1. Funcionamiento y discapacidad: el funcionamiento y la discapacidad de una persona se conciben como una interacción dinámica entre los estados de salud –enfermedades, trastornos, etc.– y los factores contextuales –que incluyen tanto factores personales como ambientales⁷⁴. La misma incluye las funciones y estructuras corporales⁷⁵, actividades y participación⁷⁶.

Parte 2. Factores contextuales: los factores contextuales representan el trasfondo total tanto de la vida de un individuo como de su estilo de vida⁷⁷. Incluye a los factores ambientales⁷⁸ y los factores personales⁷⁹.

⁷⁴ La idea básica de los factores ambientales está constituida por el efecto facilitador o de barrera de las características del mundo físico, social y actitudinal. CIF-2001 p. 2 y ss.

⁷⁵ Las funciones corporales son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales –incluyendo las funciones psicológicas–. Estructuras corporales son las partes anatómicas del cuerpo, tales como los órganos, las extremidades y sus componentes. Deficiencias son problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida. CIF-2001, cit., p. 3.

⁷⁶ Actividad es la realización de una tarea o acción por una persona. Participación es el acto de involucrarse en una situación vital. Limitaciones en la Actividad son dificultades que una persona puede tener en el desempeño/realización de las actividades. En el desempeño/realización se incluyen los Factores Ambientales: todos los factores del mundo físico, social y actitudinal. Restricciones en la Participación son problemas que una persona puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales. Un problema con el desempeño/realización puede deberse directamente al contexto/entorno social, incluso cuando el individuo no presenta ninguna deficiencia. Por ejemplo, una persona que es HIV positiva, aunque no haya desarrollado ni síntomas ni la enfermedad, o una persona con una predisposición genética a padecer determinada enfermedad, puede no presentar ninguna deficiencia o puede tener suficiente capacidad para trabajar aunque no lo haga porque no le permiten acceder a determinados servicios, por estar siendo discriminado o sufrir las consecuencias del estigma. Ídem.

⁷⁷ Incluyen los Factores Ambientales y los Factores Personales que pueden tener un efecto en la persona con una condición de salud y sobre la salud y los estados “relacionados con la salud” de esta persona. Íbidem.

⁷⁸ Los factores ambientales constituyen el ambiente físico, social y actitudinal en el que las personas viven y desarrollan sus vidas. Los factores son externos a los individuos y pueden tener una influencia negativa o positiva en el desempeño/realización del individuo como miembro de la sociedad, en la capacidad del individuo o en sus estructuras y funciones corporales. Los mismos interactúan con los componentes de las



Cabe destacar que desde la CIF-2001 se persigue proporcionar un abordaje, desde una perspectiva múltiple, a la clasificación del funcionamiento y la discapacidad como un proceso interactivo y evolutivo⁸⁰. Existe una interacción dinámica entre todos los elementos, ya que las intervenciones en un elemento tienen el potencial de modificar uno o más de los otros. Así, por ejemplo, según la citada clasificación una persona puede:

–tener deficiencias sin tener limitaciones en la capacidad—sería el caso de una desfiguración como consecuencia de la lepra, que puede no tener efecto en la capacidad de la persona—⁸¹.

–tener problemas de desempeño/realización sin deficiencias o limitaciones en la capacidad—sería el caso de una persona HIV positiva o de una persona que en el pasado hubiera tenido una discapacidad mental, que se enfrentan a la estigmatización o la discriminación en las relaciones interpersonales o el trabajo—⁸².

–experimentar un grado de influencia en dirección contraria—así, la institucionalización puede provocar una pérdida de las habilidades sociales en muchas ocasiones—.

Como puede apreciarse, a diferencia de la primera Clasificación, la CIF-1980 se encuentra basada en la integración de dos perspectivas: la médica o biológica, y la social. Con el fin de conseguir la integración de las diferentes dimensiones del funcionamiento, la clasificación utiliza un enfoque “biopsicosocial” que intenta conseguir una síntesis, y, así, proporcionar una visión coherente de las diferentes dimensiones

“Estructuras y Funciones Corporales” y “Actividades y Participación”. De este modo, la discapacidad es definida como el resultado de una compleja relación entre la condición de salud de una persona y sus factores personales, y los factores externos que representan las circunstancias en las que vive esa persona. A causa de esta relación, los diferentes ambientes pueden tener diferentes efectos en un individuo con una determinada condición de salud. Un entorno con barreras, o sin facilitadores, restringirá el desempeño/realización del individuo; mientras que otros entornos que sean más facilitadores pueden incrementarlo. La sociedad puede dificultar el desempeño/realización de un individuo tanto porque cree barreras (ej. edificios inaccesibles) o porque no proporcione elementos facilitadores (ej. baja disponibilidad de instrumentos de ayuda). *Íbidem*.

⁷⁹ Los factores personales constituyen el trasfondo particular de la vida de un individuo y de su estilo de vida. Están compuestos por características del individuo que no forman parte de una condición o estados de salud. Estos factores pueden incluir el sexo, la raza, la edad, otros estados de salud, la forma física, los estilos de vida, los hábitos, los “estilos de enfrentarse a los problemas y tratar de resolverlos”, el trasfondo social, la educación, la profesión, las experiencias actuales y pasadas, los patrones de comportamiento globales y el tipo de personalidad, los aspectos psicológicos personales y otras características. *Íbidem*.

⁸⁰ *Íbidem*.

⁸¹ *Íbidem*.

⁸² *Íbidem*.



de la salud desde una perspectiva biológica, individual y social. Ello porque la CIF-2001 parte de la idea de que ninguna de las dos perspectivas –ni la biológica ni la social– resuelve por sí sola todas las cuestiones inherentes a esta realidad tan compleja que es la discapacidad. Además, gracias a esta visión integradora– se facilita la diferenciación entre los distintos componentes de la discapacidad, por ejemplo entre las deficiencias, las actividades personales y la participación en la sociedad, lo cual se considera que puede resultar muy útil a los fines de clarificar la naturaleza de las actuaciones que son requeridas y los niveles a los que dichas actuaciones deben estar dirigidas.

Sin perjuicio de ello, la CIF-2001 no logra separarse completamente del modelo médico, lo que ha generado ciertas dudas sobre su utilidad para definir legalmente a la discapacidad, en especial cuando nos encontramos en el ámbito del reconocimiento y goce de derechos humanos de las personas con discapacidad. Como destacan KAYESS & FRENCH, las OPD con el International Disability Caucus a la cabeza, se opusieron vehementemente a incluir cualquier tipo de referencia a la CIF-2001 en el texto de la CDPD. Para las OPD, la CIF-2001 constituía parte del problema que las personas con discapacidad enfrentan en materia de derechos humanos y que la CDPD debía remediar mediante la consolidación del modelo social de discapacidad. Con ello, cualquier intento de utilizar la CIF-2001 para interpretar los límites relativos a las clases de personas protegidas por la CDPD es muy probable que sea extremadamente controvertido. La relación futura entre la CIF-2001 y la CDPD, y quizás, incluso, el futuro de la CIF-2001 en sí misma son, en este punto, interrogantes sin resolver⁸³.

2.4. La protección de los derechos de las personas con discapacidad en los instrumentos internacionales de carácter vinculante

Como se ha podido apreciar, hacia la entrada del nuevo siglo la comunidad internacional había desarrollado una intensa labor normativa en relación con la protección específica de los derechos de las personas con discapacidad, pasando de una perspectiva médico-asistencialista a una perspectiva social y de derechos humanos. No obstante, todos los esfuerzos no habían logrado establecer ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante que resultara de aplicación específica al contexto de la discapacidad⁸⁴. Consecuentemente, procede en este punto analizar la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en la esfera de la discapacidad⁸⁵.

⁸³ KAYESS, R. & FRENCH, P., (2008) “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8(1), p. 25.

⁸⁴ CARDONA LLORÉNS, J., y SANJOSÉ GIL, A., (2005) “Derechos Humanos y personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un cambio de rumbo?” en *Trends in the International Law of Human Rights. Studies in honour of Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade*, FABRIS, S. A., (Ed.) Porto Alegre, pp. 491-550.

⁸⁵ Véase QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.*



Las personas con discapacidad no sólo constituyen la principal minoría mundial, sino que se trata de una minoría presente en prácticamente todos los grupos especialmente protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, esto es, mujeres, niños, minorías étnicas o raciales, indígenas, apátridas, refugiados, asilados, trabajadores, migrantes, población civil con conflictos armados etc. Por ello, al menos en teoría, tanto la Carta Internacional de Derechos Humanos como los tratados específicos resultan aplicables a las personas con discapacidad⁸⁶. Así lo consideró la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (CoDH) al alentar "...a todos los órganos de vigilancia de tratados de derechos humanos que respondan afirmativamente a la invitación de vigilar el cumplimiento por los Estados de los compromisos contraídos en virtud de los oportunos instrumentos de derechos humanos a fin de garantizar el pleno disfrute de esos derechos por parte de las personas discapacitadas..."⁸⁷.

2.4.1. La carta de la ONU

La Carta de la ONU⁸⁸ no recoge menciones específicas hacia los derechos de las

⁸⁶ El debate en torno al porqué el marco internacional de derechos humanos no resultaba idóneo para resguardar los derechos de las personas con discapacidad ha sido abordado por los principales referentes académicos en la materia. [...At various points in the Convention, different rights are simply "reaffirmed," or the Convention obliges states to "recognize" or to "guarantee" them (...). Each of these rights has been recognized for decades in either the Universal Declaration, the International Covenant on Civil and Political Rights, or the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, if not all three (...). Why should this affirmation of previous rights be necessary in the case of persons with disabilities? The simple answer is that it has not always been, and certainly still is not, in many instances, obvious. For a long time, some persons with disabilities were hardly considered human and were, as a result, denied basic rights. Persons with disabilities may have always been theoretically entitled to human rights, but in both law and practice they have often been denied them. Persons with disabilities have been victims of genocide, eugenism, and have suffered from massive discrimination resulting from a denial of their basic rights...] MÉGRET, F., (2008), "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?" *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, pp. 499-500; [...After all, we had an entire edifice of human values enshrined in the two headline United Nations human rights treaties: the International Covenant on Civil & Political Rights and the International Covenant on Economic, Social & Cultural Rights (...). It is a very fair question to ask why these treaties-which purported to be universal did not in fact yield benefit for persons with disabilities? Some will explain the lack of efficacy by saying that there were "demand-side" problems-that persons with disabilities themselves did not look to these treaties for validation of their claims and for just satisfaction. Some will say that there were "supply-side" problems-that the people appointed to the various treaty monitoring bodies were just not attuned to disability as an issue of equality and rights. Both explanations are correct (...). Yet I think there is a deeper reason. The cultural discounting of persons with disabilities was in fact reflected in the intellectual structure of these treaties, especially in the way they were interpreted....] QUINN, G., (2009-2010), "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability", *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, Vol. 15:1, p.38.

⁸⁷ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/RES/1994/27 del 4 de marzo de 1994, sobre los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.

⁸⁸ La Carta de las Naciones Unidas suscrita el 26 de junio de 1945 en San Francisco en ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. Entró en vigor el 24 de octubre del mismo año



personas con discapacidad aunque sienta dos principios fundamentales en los que basa toda la normativa internacional que de allí en más se viene desarrollando. Por un lado, la obligación internacional de todos los Estados Parte de “respetar los derechos humanos” y, por otro lado, la obligación de “no discriminar”. Aunque se trata de una sintética referencia en el apartado (3) del artículo 1 (propósitos de la ONU), estas dos obligaciones jurídicas se han convertido, sin lugar a duda, en parte de los principios generales del derecho internacional y han adquirido el carácter de normas perentorias (*jus cogens*)⁸⁹. En menor medida también la Carta recoge disposiciones que encomiendan a la AG a promover estudio y realizar recomendaciones con el fin de “fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” [(cfr. Artículo 13.1.b)], y también encomienda a la Organización a promover “niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social” y promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades” (cfr. Artículo 55 a y c respectivamente).

En definitiva, la Carta de la ONU no sólo sienta las bases de marco universal de protección de los derechos humanos, sino también permite, y ha permitido, la labor de control internacional de sus órganos especializados en derechos humanos a través de los denominados “procedimientos especiales”⁹⁰.

2.4.2. *La carta internacional de los derechos humanos*

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) concebida como “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” recoge, por primera vez en la historia de la humanidad, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar. A lo largo de los años lo establecido en la DUDH ha sido ampliamente aceptado como las normas

⁸⁹ El profesor Mariño se refiere al “núcleo de normas generales imperativas que constituyen el orden público de la comunidad internacional”: Véase MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005), *Derecho Internacional Público: Parte General*, 4ª edición, Trotta, Madrid, p.84 y ss; Véase también: SALMON, E. S. (2005), “El Orden Público Internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Themis*, revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 51, pp. 151-157.

⁹⁰ La expresión “procedimientos especiales” se refiere a los mecanismos establecidos por la Comisión de Derechos Humanos y asumidos por el Consejo de Derechos Humanos para hacer frente, o bien a situaciones concretas en los países, o a cuestiones temáticas en todo el mundo. Para más información: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm>



fundamentales de derechos humanos que todos deben respetar y proteger. La DUDH, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sus dos protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), forman la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”⁹¹.

2.4.2.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos

La DUDH⁹², pese a su carácter no vinculante, es considerada hoy día como uno de los pilares básicos en la codificación de los derechos humanos⁹³. Se podría decir que la DUDH tiene valor de norma internacional vinculante respecto de la cual todos los miembros de la Comunidad Internacional tienen obligación de cumplir⁹⁴. Esta afirmación encuentra respaldo en dos principales argumentos. En primer lugar, por la posterior adopción de los dos Pactos (PIDCP y PIDESC) en 1966, que no hacen más que codificar en instrumentos jurídicamente vinculantes las disposiciones contenidas en la DUDH. En segundo lugar, por el carácter de derecho consuetudinario que prácticamente todas sus disposiciones han adquirido⁹⁵.

En relación con la protección de los derechos de las personas con discapacidad, la DUDH recoge una serie de disposiciones de especial relevancia. El artículo 1 establece

⁹¹ Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org>

⁹² Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁹³ Véase VILLÁN DURÁN, C., (2001), “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la Práctica de las Naciones Unidas”, en *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal*, BLANC ALTEMIR, A. (Editor), Tecnos, Madrid, pp. 51-61.

⁹⁴ Por ejemplo, la Constitución Nacional de Argentina en su artículo 75 inciso 22 otorga rango constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos entre los que incluye a la DUDH, lo que parece equipararla en cuanto a su valor vinculante con el resto de los tratados internacionales de derechos humanos. Véase JIMÉNEZ, E. P., (2007), “El tratamiento de las personas con discapacidad en el sistema constitucional argentino”, en CAMPOY CERVERA, I. & PALACIOS, A. (Ed.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas n°8, Dykinson, Madrid, pp. 209-242. También la Constitución española en su artículo 10(2) establece que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por un análisis de esta disposición constitucional en el marco de los derechos de las personas con discapacidad en España véase: CUENCA GÓMEZ, P., (2012) *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Núm. 7, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, capítulo II.

⁹⁵ Véase MERON, T., (1989), *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford University Press, pp. 79 y ss.



que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, mientras que el artículo 2 amplía considerablemente el alcance del principio de no discriminación reconocido en la Carta de la ONU al establecer que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” y al reconocer el derecho a tutela del derecho a la no discriminación (Artículo 7). El artículo 6 reconoce el derecho a la personalidad jurídica (se verá más adelante que la noción de personalidad jurídica tiene directa relación con la noción de capacidad jurídica), mientras que el artículo 23 reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado y “el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

2.4.2.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El PIDCP⁹⁶ ampara una serie de derechos civiles y políticos y tiene por objeto defender la libertad de la persona y garantizarle la posibilidad de influir en la vida política de la comunidad. En este sentido, siempre ha habido una concepción errónea de que los derechos de las personas con discapacidad debían encontrar respuesta exclusivamente en el marco de los llamados «derechos económicos, sociales y culturales». Una vez más, esta concepción seguramente encuentre su razón de ser en el modelo de discapacidad del cual se parte. Mientras el modelo médico-asistencialista claramente se proyecta hacia los derechos sociales, principalmente en clave de derechos a prestaciones sociales de carácter económico y de servicios de salud y rehabilitación, el modelo social se proyecta hacia una concepción necesariamente integradora de los derechos civiles y los derechos sociales⁹⁷. Como destaca QUINN, “después de todo, la búsqueda por una mayor igualdad e inclusión generalmente se aborda desde el lenguaje de los derechos civiles”⁹⁸.

Más aún, el objeto del presente trabajo, esto es, el derecho de las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica, parte y se sustenta principalmente desde

⁹⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

⁹⁷ Como señala Dhanda, [...the Convention has given birth to hybrid rights. Hybrid rights are those rights which have components of both civil and political rights, by one side, and social and economic rights, by the other. The creation of these rights has strengthened the indivisibility of rights discourse in human rights jurisprudence...] DHANDA, A., (2008), “Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, SUR – International Journal on Human Rights, Vol. 8, p. 55.

⁹⁸ QUINN G. (1995), “The International Covenant on Civil and Political Rights and Disability: A conceptual Framework” en Human Rights and Disabled Persons, DEGENER & KOSTER-DREESE, eds., op.cit., p. 70.



la base de los derechos civiles y políticos. Por ello, corresponde analizar el modo en el cual el marco del PIDCP ha sido aplicado al contexto de la discapacidad. A dichos efectos, en primer lugar, se realizará un análisis teórico de la potencial aplicación de los derechos amparados en el PIDCP al contexto de la discapacidad, y en segundo lugar, se realizará un análisis de la práctica internacional en la aplicación de dichos derechos al contexto de la discapacidad, para el cual se tomará como referencia la actuación del Comité de Derechos Humanos (CteDH)⁹⁹.

El PIDCP se estructura en 53 artículos divididos en cinco partes, de las cuales las tres primeras recogen derechos sustantivos, y las dos restantes aspectos de supervisión y entrada en vigor del tratado. Siguiendo el informe de QUINN & DEGENER, “los diversos derechos civiles y políticos contenidos en el Pacto pueden dividirse en cuatro grupos: a) derechos relativos a la existencia humana; b) derechos relacionados con la libertad; c) derechos de asociación; y d) derechos políticos. Todas las categorías tienen pertinencia para las personas con discapacidad”¹⁰⁰.

No obstante, antes de abordar los derechos amparados por el PIDCP es preciso recordar la cláusula general de no discriminación que, como hemos visto, constituye uno de los pilares básicos en los que se sustenta el derecho internacional de los derechos humanos. El PIDCP recoge disposiciones de no discriminación en los artículos 2, 3 y 26. La formulación del PIDCP parece más bien ajustarse al modelo clásico de garantía de igualdad formal¹⁰¹, aunque el propio CteDH ha dicho al respecto que: “el término «discriminación», tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y

⁹⁹ El Comité de Derechos Humanos (establecido en virtud del artículo 28 del PIDCP) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del tratado por sus Estados Partes.

¹⁰⁰ QUINN G. & DEGENER T. (2002a), *op. cit.* p. 42.

¹⁰¹ [...] Artículo 2.1 Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. ... Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. ...] PIDCP.



libertades fundamentales de todas las personas”¹⁰². Pero también el CteDH ha aclarado una cuestión que resulta de vital importancia para abordar los derechos humanos de carácter civil y político de las personas con discapacidad, esto es; que “el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación”¹⁰³.

Con ello, la lectura de los derechos reconocidos el PIDCP al momento de aplicarlos al contexto de la discapacidad deberá necesariamente hacerse desde la perspectiva de la no discriminación, o, dicho de otra manera, pensando en las medidas que resulten necesarias para que las personas con discapacidad puedan gozar y ejercer los derechos reconocidos en el PIDCP «en igualdad de condiciones» con las demás personas. Un claro ejemplo de ello lo podemos encontrar en lo que se refiere al derecho al voto, respecto del cual los Estados no sólo deben garantizar un acceso de jure a todos los ciudadanos en condiciones de hacerlo, sino que además deberá garantizar de facto el acceso al voto por parte de personas con discapacidad en igualdad de condiciones, a través de medidas activas y promocionales que aseguren la accesibilidad física, comunicacional, y en la información de los procedimientos electorales.

a) Derechos relativos a la existencia humana.

En este grupo de derecho encontramos el derecho a la vida (artículo 6), la protección de la integridad física y psíquica (artículo 7), la protección contra la esclavitud y los trabajos forzosos (artículo 8), y el derecho a la personalidad jurídica (artículo 16). No cabe duda que nos encontramos ante un núcleo de derechos de los más elementales para la existencia humana, y sin embargo, su vulneración en relación con personas con discapacidad es de lo más habitual. ¿Serían contrarias al artículo 6 prácticas tales como: la despenalización del aborto únicamente en casos de que el feto pueda tener una discapacidad, la negación de trasplantes de órganos o de técnicas de reanimación por tratarse de una persona con discapacidad, o el denegar a un recién nacido una tratamiento que le salve la vida porque tiene una discapacidad?, ¿Serían contrarias al artículo 7 prácticas tales como: el internamiento forzado de personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, la administración de drogas o tratamientos médicos a personas

¹⁰² Cfr. Observación general N° 18 sobre “No Discriminación” del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 37° período de sesiones (1989), párrafo 7. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).

¹⁰³ Ídem, párrafo 10.



con discapacidad sin consentimiento libre e informado, o la realización de pruebas o experimentaciones médicas en personas con discapacidad? ¿Serían contrarias al artículo 8 prácticas tales como la utilización de personas con discapacidad para mendigar, el uso de personas con discapacidad para divertimento o burla popular, el empleo de personas con discapacidad con salarios ridículos? ¿Serían contrarias al artículo 16 prácticas que denieguen a las personas con discapacidad el acceso al nombre, a la nacionalidad, al patrimonio, o a la herencia?

Pareciera que los interrogantes planteados se responden claramente en sentido afirmativo con lo cual la pregunta obligada es: ¿por qué el marco del PIDCP ha sido completamente incapaz de generar un cambio en las prácticas mencionadas que suponen un claro menoscabo de los derechos humanos de las personas con discapacidad? Más aún, ni tan sólo el PIDCP ha sido capaz, en la mayoría de los casos, de generar un cambio en la legislación o en los estándares éticos sociales que sustentan las mencionadas prácticas discriminatorias. La posible, o para algunos la evidente, razón de ello radica en que las personas con discapacidad no han sido percibidas históricamente como verdaderos sujetos de derecho, curiosamente de esos derechos civiles y políticos que en última instancia tienen como objeto resguardar lo más básico y lo más elemental de la humanidad.

b) Derechos relacionados con la libertad

En este grupo de derecho encontramos, entre los más importantes, el artículo 9, sobre el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, el artículo 10, que establece las garantías mínimas sobre las condiciones de la privación de la libertad, el artículo 12, que recoge del derecho a la libertad de movimiento y de elección de residencia, el artículo 14, que regula los derechos del debido proceso, y el artículo 17, que establece la protección de la intimidad y la vida privada.

La libertad en todas las formas o dimensiones contempladas por los artículos señalados anteriormente constituye uno de los valores más preciados de la humanidad y es lo que permite el desarrollo de la personalidad y del plan de vida de cualquier individuo. Luego de la existencia, seguramente el segundo peldaño de lo más esencial para el desarrollo humano sea el de la libertad. Sin ella es imposible pensar en derechos humanos. Sin embargo, cuando trasladamos la aplicación de los derechos señalados relacionados con la libertad al contexto de la discapacidad, la realidad nos muestra, una vez más, una situación de desprotección o vulneración constante o habitual.

¿No sería contrario al artículo 9 el ingreso de personas con discapacidad mental o intelectual en instituciones médicas o psiquiátricas sin su consentimiento? ¿Es compatible con dicha norma que un dictamen médico ordene y autorice una privación de



libertad de un enfermo mental? A su vez, el artículo 10 nos lleva a reflexionar sobre las condiciones de privación de libertad de las personas con discapacidad ¿Se encuentran las cárceles adaptadas para alojar personas con discapacidad? ¿No constituiría una violación del artículo 10 la falta de ajustes mínimos de las condiciones de privación de libertad hacia una persona con discapacidad? En relación con el artículo 12 ¿no serían contrarios a dicha disposición los centros o instituciones destinados exclusivamente como residencias para personas con discapacidad? ¿Incumpliría el Estado el artículo 12 cuando no garantiza un acceso real y efectivo al transporte público que permita la libertad de movimiento? ¿No serían incompatibles con el artículo 12 las disposiciones que impiden la entrada o salida de un Estado a personas que tengan ciertos tipos de discapacidades? En relación con el artículo 14 ¿no sería contraria a sus cláusulas la declaración de inimputabilidad de un acusado que tiene una discapacidad mental o intelectual? ¿Garantizan las normas procesales el acceso a la comunicación de personas con discapacidades sensoriales como la lengua de señas o la escritura Braille? Por último y en relación con el artículo 17 ¿se garantiza la protección de la vida privada de las personas con discapacidad cuando se encuentran en instituciones médicas, o en residencias colectivas? ¿Es posible garantizar la vida privada y la intimidad en los contextos de institucionalización?

Mientras el derecho internacional de los derechos humanos ha puesto mucho énfasis en controlar y velar porque el Estado no restrinja con su accionar la libertad de las personas sin causa justificada, siendo dicha justificación la existencia de un «debido proceso», no parece que dichos estándares se apliquen de igual modo, o con el mismo rigor, cuando nos encontramos frente a personas con discapacidad. Esto tiene una explicación histórica e ideológica que puede resumirse en la asunción del modelo médico de discapacidad. Mientras que para todas las personas el garante de la libertad debe ser siempre el juez y el respeto absoluto a las garantías del debido proceso, para las personas con discapacidad la libertad parece ser un «bien jurídico» accesorio o marginal que se debe supeditar a lo que médicamente resulte más aconsejable para su atención o rehabilitación. Pensemos por un instante en el régimen que impera en un contexto de institucionalización (sea un hospital psiquiátrico, un centro de rehabilitación física, o en una residencia para personas con discapacidad), y luego analicemos dicho régimen desde la perspectiva del derecho a la libertad. No es difícil ver cómo el mismo se ve trastocado hasta el punto de desvanecerse.

c) Derechos de asociación

Los derechos de asociación, o si se quiere en un sentido más general, los derechos de cooperación social, son derechos que tienen como objetivo garantizar la interacción humana y la vida social. Están relacionados con la visión del ser humano con un grupo



social y que vive en comunidad. Entre los principales derechos amparados por el PIDCP encontramos el derecho de reunión pacífica (artículo 21), el derecho a la libertad de asociación (artículo 22), el derecho a la protección de la familia (artículo 23) o el derecho del menor (artículo 24).

Ahora bien, difícilmente podamos analizar el plano social, entendido como la vida en comunidad, sin contar previamente con la garantía del derecho a la libertad. Quizás ello explique por qué estos derechos quedan sistemáticamente fuera del goce y ejercicio de la gran mayoría de las personas con discapacidad.

Difícilmente, los derechos amparados por los artículos 21 y 22 encuentren restricciones a su ejercicio por parte de personas con discapacidad en disposiciones legales vigentes. Sin embargo, cuando los analizamos desde la perspectiva de la no discriminación, es fácil evidenciar que la falta de accesibilidad del entorno sumado a la usual institucionalización o marginación social de las personas con discapacidad genera, de facto, una imposibilidad real de ejercicio. En relación con los derechos amparados por los artículos 23 y 24, la vulneración hacia personas con discapacidad es mucho más evidente, o si se quiere, flagrante. Como se verá más adelante en el presente trabajo, la gran mayoría de las legislaciones nacionales vigentes, sustentadas a su vez por prácticas sociales muy arraigadas, contemplan graves restricciones al ejercicio de los derechos de familia cuando se trata de personas con discapacidad. Pensemos, por ejemplo, en las restricciones generalizadas hacia personas con discapacidad intelectual o mental para contraer matrimonio, para ejercer la patria potestad, para adoptar o para ejercer sus derechos reproductivos.

d) Derechos de participación política

Un segundo punto neurálgico del Pacto tiene que ver con la garantía de los derechos de participación política. Mientras los derechos civiles pueden verse en clave de libertades frente al poder del Estado, los derechos políticos tienen como principal objetivo garantizar a las personas la representatividad y pluralidad de las decisiones y del rumbo político de un Estado. Entre los principales derechos amparados por el PIDCP encontramos el derecho a la libertad de pensamiento (artículo 18), el derecho a la libertad de opinión (artículo 19), y el derecho de participación en la dirección de los asuntos políticos (artículo 25).

Aunque el derecho a la libertad de opinión y de pensamiento es generalmente visto desde una perspectiva de rol pasivo por parte del Estado, es decir, como una libertad de no interferencia, o proscripción de la posición política o ideológica de la persona tanto frente al Estado como a otras personas, dicho derecho también tiene un compo-



nente activo, tan o más importante que el anterior, pero que indubitadamente se constituye como un prerrequisito del mismo. Vale decir, para garantizar el derecho a la libertad de opinión y pensamiento, es preciso previamente garantizar el derecho de acceso a la información pública, y en un sentido más general, a la educación. Es aquí donde radica el principal foco de discriminación y vulneración de los derechos de las personas con discapacidad. ¿Cómo garantizamos el derecho de opinión o pensamiento de la población sorda o ciega cuando no se garantiza el acceso a datos en formatos accesibles? Prácticamente lo mismo puede decirse con respecto al derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos. ¿Cómo es posible que el colectivo de personas usuarias de la lengua de señas pueda participar políticamente en un parlamento si no existe traducción simultánea? ¿Cómo puede acceder una persona con discapacidad física a ocupar una función pública si el entorno es inaccesible? Una mención especial merece el ejercicio del derecho al voto. ¿Por qué las personas ciegas, o con discapacidad intelectual o mental se ven generalmente privadas de ejercer el derecho al voto? ¿Son las instalaciones donde se concurre a emitir el voto accesibles para personas con discapacidad física o sensorial?

Si pensamos en la realidad de nuestros días podemos apreciar sin mucho esfuerzo que los derechos políticos son un privilegio que las personas con discapacidad raramente pueden acceder.

Ahora bien, es cierto que el análisis teórico previo de la aplicación de los derechos amparados por el PIDCP al contexto de la discapacidad responde a una percepción y a una toma de posición particular de quien escribe. Por ello, a continuación se propone un análisis de la práctica internacional en la aplicación de dichos derechos tomando como punto de referencia la actuación del CteDH a través de sus diferentes ámbitos de competencia (Observaciones Generales, análisis de Informes de Estado, y Reclamaciones Individuales)

Como era de esperar, las referencias hacia los derechos de las personas con discapacidad en la práctica del CteDH son verdaderamente escasas, o al menos ese ha sido el caso con anterioridad a la entrada en vigor de la CDPD¹⁰⁴.

Observaciones Generales del CteDH

En materia de observaciones generales, el CteDH solo ha hecho referencias indirectas hacia los derechos de las personas con discapacidad. Por ejemplo, en la Observación General nº 8, el CteDH establece que la garantía del artículo 9.1 (derecho a la

¹⁰⁴ El informe preparado por Quinn y Degener para el ACNUDH resulta ilustrativo de lo señalado. Véase QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.*



libertad y la seguridad personal) “es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales”¹⁰⁵. En la Observación General n° 19, el CteDH al referirse al derecho de familia establece que en “los informes de los Estados Partes debería indicarse si existen restricciones o impedimentos al ejercicio del derecho a contraer matrimonio sobre la base de factores especiales como el grado de parentesco o la incapacidad mental”¹⁰⁶. En la observación general n° 20, al abordar el derecho relativo a la prohibición de tortura, el CteDH expresa que “el artículo 7 prohíbe expresamente los experimentos médicos o científicos realizados sin el libre consentimiento de la persona interesada” y agrega que “se necesita una protección especial en relación con esos experimentos en el caso de las personas que no están en condiciones de dar un consentimiento válido, en particular de las sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Estas personas no deben ser objeto de experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud”¹⁰⁷. Finalmente, la Observación n° 25 sobre el derecho al voto y a participar en los asuntos públicos es la única que hace referencia específica a las personas con discapacidad. En primer lugar el CteDH declara que “El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público”, una interpretación que probablemente requiera ser revisada a la luz de la CDPD. Más adelante el CteDH establece que “No es razonable restringir el derecho de voto por motivos de discapacidad física ni imponer requisitos o restricciones relacionados con la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción o la situación económica”. Finalmente el CteDH dispone que “Los Estados deben adoptar medidas eficaces para asegurar que todas las personas que tengan derecho a votar puedan ejercerlo (...) Deberán adoptarse medidas positivas para superar toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación, que impidan a las personas con derecho de

¹⁰⁵ Cfr. Observación general N° 8 sobre “Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)” del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 16° período de sesiones (1982), párrafo 1. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).

¹⁰⁶ Cfr. Observación general N° 19 sobre “La familia (artículo 23)” del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 39° período de sesiones (1990), párrafo 4. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)). Más aún el CteDH agrega que “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias” párrafo 5.

¹⁰⁷ Cfr. Observación general N° 20 sobre “Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)” del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 44° período de sesiones (1992), párrafos 2 y 7 respectivamente. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).



voto ejercer sus derechos en forma efectiva (...) La asistencia que se preste a los discapacitados, los ciegos o los analfabetos deberá tener carácter independiente”¹⁰⁸.

Cabe destacar que las Observaciones Generales n° 32 (2007), n° 33 (2008), y ° 34 (2010), y que son posteriores a la adaptación de la CDPD, no hacen referencia o tratamiento específico a la discapacidad, pese a que abordan derechos sustantivos contemplados en la propia CDPD como “el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, el derecho a “libertad de opinión y libertad de expresión”.

Análisis de informes de Estados del CteDH

En el informe elaborado por QUINN & DEGENER para el ACNUDH se evaluó el modo en el cual el CteDH y los Estados Partes habían tratado la discapacidad como cuestión de derechos humanos en relación con el PIDCP desde 1993 hasta 2002 tomando como referencia los informes periódicos presentados por los Estados, así como las listas de cuestiones y las observaciones finales emitidas por el CteDH¹⁰⁹.

Según el citado informe, “el examen de 114 informes de Estados Partes al Comité muestra que la mayoría de los Estados (63%) aún tiende a plantearse los derechos humanos de las personas con discapacidad en relación con el Pacto desde un ángulo médico o de asistencia social. Una minoría de los informes (38 %) adopta un criterio basado más bien en los derechos civiles y políticos”¹¹⁰. En relación con las observaciones finales del CteDH el informe refleja que de “153 documentos examinados, solo 10 (7%) mencionan los derechos humanos de las personas con discapacidad”¹¹¹, con el cual el informe concluye que “mientras que el número de informes que mencionan a las personas discapacitadas es mayor de lo previsto, un examen más atento revela que las referencias suelen ser marginales. La mayoría de ellas contienen información sobre prestaciones sociales para las familias con niños discapacitados y otras cuestiones de asistencia social. Así, el planteamiento médico y de bienestar social en relación con la discapacidad suele prevalecer incluso en el contexto de un tratado relativo a los derechos civiles y políticos”¹¹².

¹⁰⁸ Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).

¹⁰⁹ Véase QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.* pp. 49-53.

¹¹⁰ Ídem, p.51.

¹¹¹ Ídem, p. 53.

¹¹² Ídem, p. 56.



En este sentido, se puede observar un ligero cambio del CteDH en relación con las observaciones finales emitidas por posterioridad a la adopción de la CDPD. De forma muy positiva el CteDH parece reconocer definitivamente como cuestión de derechos humanos, la privación absoluta de la capacidad jurídica y la falta de acceso a la justicia en los internamientos forzosos¹¹³. En sus recientes recomendaciones a la República Dominicana, el CteDH ha manifestado su preocupación por los problemas de acceso de las personas con discapacidad a la educación, salud, trabajo y cultura, relacionándolo con la vulneración de los artículos 2 y 26 del Pacto, es decir, desde una perspectiva de igualdad y no discriminación. Frente a ello el CteDH observa al Estado su deber de implementar las disposiciones de la CDPD¹¹⁴.

Procedimiento de denuncias individuales ante el CteDH

En relación con el procedimiento de denuncias individuales establecido en virtud del primer Protocolo Facultativo al PIDCP, el informe de QUINN & DEGENER demuestra que de un total de 344 denuncias, solo 8 de ellas (2%), abordaron cuestiones relativas a la discapacidad, y de esas 8, solo 2 fueron declaradas admisibles¹¹⁵.

En *Hamilton v. Jamaica* por primera vez el CteDH demuestra su intención de aplicar la noción de igualdad más allá de lo puramente formal adoptando una postura interesante respecto de la aplicación del artículo 10 del Pacto, relacionada con el trato humanitario de las personas con discapacidad detenidas¹¹⁶.

El caso se refería al trato y las condiciones de reclusión de un preso con discapacidad en espera de ser ejecutado. La persona tenía una parálisis en ambas piernas y por ende grandes dificultades para moverse, entre las que se destacan las tendientes a entrar y salir de la celda y subir a la cama. De este modo, el denunciante sólo podía

¹¹³ Por ejemplo véase: Observaciones Finales al Estado Belga, CCPR/C/BEL/CO/5, 18 de noviembre de 2010, párrafo 19; Observaciones Finales al Estado Argentino, CCPR/C/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010 párrafo 24; Observaciones Finales al Estado Noruego, CCPR/C/NOR/CO/6, 18 de noviembre de 2011, párrafo 10; Observaciones Finales al Estado Ruso, CCPR/C/RUS/CO/6, 24 de noviembre de 2009, párrafo 19; Observaciones Finales al Estado Croata CCPR/C/HRV/CO/2, 4 de noviembre de 2009, párrafo 12.

¹¹⁴ [...]9.The Committee regrets the continuing serious constraints on the access of persons with disabilities to education, cultural, health and labour services and on their integration and participation in society (arts. 2 and 26). The State party should increase its efforts to ensure the full integration and participation in society of persons with disabilities. In that connection, the State party should implement the provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities...] Observaciones Finales al Informe del Estado de la República Dominicana, CCPR/C/DOM/CO/5, 19 April 2012.

¹¹⁵ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.* p. 54.

¹¹⁶ Comunicación Nro. 616/1995, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 28 de julio de 1999 (CCPR/C/66/D/616/1995).



salir de la celda en brazos de otros internos, y no podía vaciar el contenido de su cubo sanitario –viéndose obligado a pagar a otros internos para hacerlo. El Dictamen del Comité sostuvo que las condiciones a las que había sido sometido el Sr. Hamilton significaban una violación directa de su dignidad¹¹⁷.

El Dictamen del CteDH resalta la importancia de que –a la hora de aplicar una norma del Pacto- se tenga presente la necesaria especificación que supone la discapacidad. Las autoridades penitenciarias –al no tomar los recaudos necesarios para que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos al igual que el resto de reclusos–, estaban violando su derecho a la igualdad y su dignidad. En este sentido, sostiene la doctrina que los argumentos esgrimidos por el CteDH en este caso tienen importantes repercusiones para la aplicación del Pacto a las personas con discapacidad. En primer lugar, el caso deja en evidencia que los derechos humanos de las personas con discapacidad no solo se ven afectados en el contexto de la asistencia social y la salud, sino que, de igual manera que el resto de las personas, las personas con discapacidad ven vulnerados sus derechos humanos en los diversos papeles que asumen: como reclusos, como votantes, como empleados, como miembros de una familia, etc. En segundo lugar, el mensaje de los dictámenes del CteDH radica en que los derechos consagrados en el PIDCP son aplicables a todas las personas, lo que evidentemente incluye a las personas con discapacidad. En tercer lugar, el criterio del dictamen del CteDH expone de forma implícita un concepto muy importante, que es el de “ajuste razonable”. De ello se desprende que los Estados Partes deben reconocer que existen presos con distintas necesidades y que por lo tanto el sistema debe ser adaptado para encontrarse acondicionado a las mismas¹¹⁸.

El análisis de las comunicaciones emitidas por el CteDH con posterioridad a la adopción de la CDPD esencialmente sigue la misma dinámica de lo señalado en el informe QUINN & DEGENER, es decir, numerosas referencias a la discapacidad, principalmente discapacidad mental, pero sin un verdadero tratamiento en base de derechos.

¹¹⁷ Dictamen, párrafo 16: “... las condiciones descritas... equivalen a una violación del derecho del actor a ser tratado humanamente y con respeto a la dignidad inherente al ser humano y contravienen, por tanto, lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 10...”.

¹¹⁸ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.*.p.65; LAWSON, A., (2006-2007), “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, pp. 578-579.



2.4.2.3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

El PIDESC¹¹⁹ es, sin duda alguna, el instrumento universal y vinculante que mayor atención ha prestado a la situación particular de los derechos de las personas con discapacidad, ello a pesar de no existir referencia específica alguna a este colectivo a lo largo del texto del tratado.

Los derechos sustantivos del Pacto se encuentran recogidos entre los artículos 6 y 15: derecho al trabajo en "condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias" y derecho a fundar y afiliarse a los sindicatos (Artículos 6, 7 y 8); derecho a la seguridad social, incluso al seguro social (Artículo 9); derecho a la vida familiar, incluida la licencia parental remunerada y la protección de los niños (Artículo 10); derecho a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda, y la "mejora continua de las condiciones de existencia" (Artículo 11); derecho a la salud, específicamente al "más alto nivel posible de salud física y mental" (Artículo 12); derecho a la educación, incluida la enseñanza primaria universal y gratuita, disponible en general, la enseñanza secundaria, e igualmente accesible la educación superior (Artículo 13); derecho a la educación gratuita (Artículo 14); y derecho a la participación en la vida cultural (Artículo 15)¹²⁰.

Asimismo, el cuerpo sustantivo de los derechos reconocidos en el PIDESC debe ser implementado de una perspectiva de no discriminación (Artículo 2) e igualdad entre hombres y mujeres (Artículo 3).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CteDESC), ha aclarado recientemente algunos aspectos fundamentales sobre la aplicación del principio de no discriminación en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales¹²¹.

El CteDESC comienza por reafirmar que "la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto", la cual define del mismo modo que el CteDH en relación con los derechos civiles y políticos, es decir como "toda distinción,

¹¹⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

¹²⁰ ANSUATEGUI ROIG, F. J., (2010) "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en *Los Derechos Sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el Derechos y la justicia*, RIBOTTA, S. & ROSSETTI, A., (eds.), Madrid, Dykinson.

¹²¹ Observación General n°20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.



exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso¹²².

Pero el CteDESC profundiza el análisis de la noción de no discriminación estableciendo que para que los Estados Partes puedan "garantizar" el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo. En relación con la discriminación sustantiva, el CteDESC señala que "en el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto"¹²³.

Asimismo el CteDESC establece que tanto las formas directas como las formas indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto, así como las formas de discriminación sistémica y en la esfera privada¹²⁴.

Finalmente el CteDESC reafirma la inclusión de la discapacidad como un motivo de discriminación implícito en la mención a "otra condición social" del artículo 2.2 del PIDESC, remitiendo a lo señalado en la Observación General n° 5 en cuanto al concepto de discriminación contra las personas con discapacidad, aunque destaca que "otros posibles motivos prohibidos de discriminación podrían ser la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria, o una intersección de dos causas prohibidas de discriminación, como en el caso que se deniega un servicio social a alguien por ser mujer y tener una discapacidad"¹²⁵.

Ahora bien, y sin perjuicio de que la obligación de no discriminar en el PIDESC es de aplicación inmediata, los derechos incluidos en el Pacto se encuentran de algún

¹²² Ídem, párrafo 7.

¹²³ Ídem, párrafo 8.

¹²⁴ Ídem, párrafos 10-12.

¹²⁵ Ídem, párrafos 27-28.



modo afectados por lo estipulado en el artículo 2(1) que establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En este sentido el CteDESC ha señalado en su Observación General n°3 que mientras que la obligación de realizar el pleno disfrute de los derechos amparados en el Pacto es progresiva y está condicionada por los recursos disponibles, la obligación de garantizar que cada derecho es disfrutado por toda persona sin discriminación y de adoptar medidas para la realización de los derechos es inmediata. Estas medidas, señala el CteDESC, deben “ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”, y deben adoptarse “dentro de un plazo razonablemente breve” después de la entrada en vigor del Pacto en un Estado dado¹²⁶.

En cuanto a la aplicación de los derechos sustantivos del PIDESC al ámbito de la discapacidad, el CteDESC formuló en 1994 una Observación General n° 5 denominada “las personas con discapacidad”¹²⁷ donde, en efecto, el Comité analiza de forma pormenorizada la perspectiva de la discapacidad en relación con cada uno de los derechos recogidos en el Pacto.

En primer lugar, el CteDESC traza un puente directo hacia las Normas Uniformes al señalar que estas “son de gran importancia y constituyen una guía de referencia particularmente valiosa para identificar con mayor precisión las obligaciones que recaen en los Estados Partes en virtud del Pacto”¹²⁸. Téngase en cuenta que las Normas Uniformes eran, al momento de adoptarse la Observación, el instrumento universal más importante y basado en una perspectiva de derechos humanos, con lo cual hoy día esta valiosa interpretación del CteDESC se encuentra mucho más reforzada por la entrada en vigor de la CDPD¹²⁹.

¹²⁶ Observación general N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1990, párrafos 1-9. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).

¹²⁷ Observación General Nro. 5, las personas con discapacidad, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1994. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).

¹²⁸ Ídem, párrafo 7.

¹²⁹ Por ejemplo la última Observación General adoptada por el CteDESC sobre participación cultural, al abordar este derecho en el ámbito de la discapacidad, además de referirse a las Normas Uniformes, también lo hace respecto del artículo 30 de la CDPD. Observación general N° 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de mayo de 2010, párrafos 30-31.



En segundo lugar, el CteDESC amplía el significado de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del Pacto en el contexto de la discapacidad al establecer que los Estados también deben velar por que el disfrute de los derechos por parte de las personas con discapacidad no se vea obstaculizado por terceras partes en la esfera privada. Específicamente, establece que las entidades no públicas, incluidos “el empleador privado y el proveedor de artículos y servicios privado quedan sometidos a las mismas normas de no discriminación e igualdad en relación con las personas con discapacidad”¹³⁰. Por otro lado, insta a que los Estados adopten medidas de trato preferente o especial para reducir las desventajas estructurales y conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para las personas con discapacidad¹³¹.

En tercer lugar, el CteDESC establece que a “los efectos del Pacto, la “discriminación fundada en la discapacidad” puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable (sic) sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales”. En su momento esta definición de discriminación fundada en discapacidad supuso un avance importante en la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito de la discapacidad, al considerar como discriminación “la denegación de ajustes razonables”¹³². No obstante, denegación de ajustes razonables es sólo una parte de los tipos de discriminaciones que pueden sufrir las personas con discapacidad, con lo cual esta definición resulta excesivamente acotada. De todos modos, como se ha señalado anteriormente, la adopción de un criterio amplio de discriminación por parte del CteDESC en su Observación General n° 20 permite complementar el criterio adoptado por la Observación General n° 5, equiparado el concepto de discriminación fundado en discapacidad con el concepto de “discriminación por motivo de discapacidad” adoptado por la CDPD en su Artículo 2.

El derecho humano a la educación

El PIDESC recoge en los artículos 13 y 14 las obligaciones generales respecto de los Estados Partes en materia del derecho humano a la educación. En un sentido general se podría decir que las obligaciones internacionales en relación con este derecho tienen las siguientes características básicas:

¹³⁰ Observación General Nro. 5, párrafo 11.

¹³¹ Ídem, párrafo 9.

¹³² La traducción oficial de la Observación General n° 5 habla de “alojamiento razonable” aunque se trata de una acepción no utilizada en castellano. A la luz de la CDPD, el correcto término es el de “ajustes razonables”.



- Los Estados Partes deben implementar un sistema educativo de nivel primario “obligatorio y asequible a todos gratuitamente”;
- Los Estados Partes deben implementar un sistema educativo de nivel secundario “generalizado y accesible” con el objetivo de implementar su gratuidad progresivamente;
- Los Estados Partes deben implementar un sistema educativo de nivel superior “generalizado y accesible” con el objetivo de implementar su gratuidad progresivamente;
- Los Estados Partes deben adoptar medidas progresivas para fomentar la educación de quienes no han logrado acceder a la educación básica, así como para implantar un sistema de becas y mejoramiento de las condiciones materiales del cuerpo docente.

En un sentido general el CteDESC ha señalado en su Observación General n° 13 que el derecho a la educación abarca los siguientes elementos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Se afirma además que la accesibilidad tiene tres dimensiones que coinciden parcialmente: a) no discriminación, b) accesibilidad material; y c) accesibilidad económica¹³³. Adicionalmente, el CteDESC reafirma que “la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”¹³⁴.

En el ámbito específico de la discapacidad, la Observación General n° 5 remite a lo estipulado en las Normas Uniformes y reafirma que “los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados” y que “para llevar a la práctica ese principio, los Estados deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas”.

El CteDESC adopta claramente una postura hacia la “educación inclusiva” aunque deja abierto el debate al afirmar en la Observación General n° 13 que “en algunas circunstancias, se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para los grupos definidos por las categorías a que se refiere el párrafo 2 del

¹³³ Observación general N° 13, El derecho a la educación (artículo 13), aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1999, (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).

¹³⁴ Ídem, párrafo 31.



artículo 2 no constituye una violación del Pacto¹³⁵. En su informe al ACNUDH QUINN & DEGENER proponen zanjar este debate mediante referencia al artículo 6 de las Normas Uniformes según el cual cabría analizar la posibilidad de establecer la enseñanza especial, pero con el objetivo de preparar a los estudiantes para que se educaran en el sistema de enseñanza general¹³⁶. La entrada en vigor de la CDPD, y en especial del artículo 23, aporta sólidos fundamentos a la postura señalada.

El derecho humano a la salud

El PIDESC recoge en su artículo 12 el derecho humano a la salud, aunque lo caracteriza como el derecho de “toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Y esto resulta lógico puesto que el Estado no puede garantizar que todas las personas estén sanas, sino más bien, que el nivel de salud sea lo más alto posible. Es en esencia una obligación de medios, y no de resultados.

El CteDESC ha interpretado por intermedio de la Observación General n° 12 el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, “como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva¹³⁷.”

Asimismo, el CteDESC ha señalado que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y libertades fundamentales. Entre los derechos el CteDESC menciona “el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación¹³⁸”. Entre las libertades “el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales¹³⁹”.

¹³⁵ Observación general N° 13, El derecho a la educación (artículo 13), párrafo 33.

¹³⁶ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.* p. 67.

¹³⁷ Observación general N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrafo 11.

¹³⁸ Ídem, párrafo 3.

¹³⁹ Ídem, párrafo 8.



Por otro lado, el CteDESC ha expresado que el derecho a la salud en todas sus formas y en todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: a) Disponibilidad; b) Accesibilidad (que presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación, ii) Accesibilidad física, iii) Accesibilidad económica –asequibilidad–, y iv) Acceso a la información), c) Aceptabilidad; y d) Calidad¹⁴⁰.

Finalmente el CteDESC ha reafirmado que los Estados Partes “tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12”¹⁴¹.

En relación con el ámbito específico de la discapacidad, la Observación General n° 12 identifica a las personas con discapacidad dentro de los “grupos vulnerables a la discriminación en el ámbito del derecho a la salud”, aunque remite al respecto a lo señalado previamente en la Observación General n° 5¹⁴².

En este sentido, y aunque la Observación General n° 5 no hace más que reproducir lo señalado en las Normas Uniformes y otros instrumentos internacionales, es importante destacar la relación que traza entre el derecho a la salud y la autonomía e integración de las personas con discapacidad¹⁴³. Esto es de vital importancia para evidenciar el cambio desde una perspectiva médica a una perspectiva social. Finalmente el CteDESC establece que “los Estados deben velar por que las personas con discapacidad, en particular lactantes y niños, reciban atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad”¹⁴⁴.

Derecho humano al trabajo

El PIDESC recoge en los artículos 6, 7 y 8 diferentes aspectos centrales del derecho al trabajo (derecho al acceso, condiciones laborales y derechos sindicales). El Estado Parte no se compromete a asegurar que todas las personas tengan efectivamente un trabajo, sino más bien a tomar medidas adecuadas para garantizar el “derecho de toda

¹⁴⁰ Ídem, párrafo 12.

¹⁴¹ Ídem, párrafo 30.

¹⁴² Ídem, párrafo 26.

¹⁴³ [...El derecho a la salud física y mental implica también el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales incluidos los aparatos ortopédicos y a beneficiarse de dichos servicios, para que las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social...] Observación General Nro. 5, párrafo 34

¹⁴⁴ Ídem, párrafo 34.



persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. Asimismo, el Pacto establece obligaciones a los Estados Partes de garantizar el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta, así como a garantizar condiciones de trabajo “dignas” (lo que incluye tanto condiciones económicas o remunerativas como condiciones físicas o sanitarias).

Por intermedio de su Observación General n° 18 el CteDESC ha señalado que el ejercicio laboral en todas sus formas y a todos los niveles supone la existencia de los siguientes elementos interdependientes y esenciales, cuya aplicación dependerá de las condiciones existentes en cada Estado Parte: a) Disponibilidad; b) Accesibilidad (que reviste tres dimensiones: i) no discriminación, ii) accesibilidad física y iii) accesibilidad a la información), y c) Aceptabilidad y calidad¹⁴⁵. Asimismo, el CteDESC ha reafirmado que “los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas en relación con el derecho al trabajo, como la obligación de “garantizar” que ese derecho sea ejercido “sin discriminación alguna” (párrafo 2 del artículo 2) y la de “adoptar medidas” (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 6”¹⁴⁶.

En relación con el ámbito específico de la discapacidad, la Observación General n° 18 identifica a las personas con discapacidad dentro de los “grupos vulnerables a la discriminación en el ámbito del derecho al trabajo”, aunque remite al respecto a lo señalado previamente en la Observación General n° 5¹⁴⁷.

La Observación General n° 5 comienza por reconocer que la esfera del empleo es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente, donde las tasas de desempleo de personas con discapacidad triplican, en el mejor de los casos, las tasas generales, y donde las personas con discapacidad, cuando logran acceder a un trabajo, se les ofrece puestos de escasa remuneración con poca seguridad social y legal y a menudo aislados de la corriente principal del mercado del trabajo¹⁴⁸.

Mediante referencia a las Normas Uniformes y a la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el CteDESC señala que las personas con discapacidad, tanto si viven en zonas rurales como si viven en zonas urbanas, han de tener las mismas oportunidades de empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo. Para ello,

¹⁴⁵ Observación general N° 18, derecho al trabajo, (Artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párrafo 12.

¹⁴⁶ Ídem, párrafo 19.

¹⁴⁷ Ídem, párrafo 17.

¹⁴⁸ Observación General Nro. 5, párrafo 20.



destaca que es particularmente importante que se eliminen todos los obstáculos artificiales a la integración en general y al empleo en particular, como la inaccesibilidad edilicia o del transporte público¹⁴⁹.

Aunque efectivamente se puede inferir de lo señalado en la Observación General n° 5, no surge expresamente de la misma la obligación del Estado Parte de garantizar “ajustes razonables” en el empleo. No obstante, si tenemos en cuenta el concepto de discriminación fundada en discapacidad que recoge la propia Observación, y a ello le sumamos lo estipulado por el artículo 27(1)(i) de la CDPD, esta obligación resulta esencial para interpretar adecuadamente el derecho al trabajo recogido en el PIDESC.

Derecho humano a la seguridad social

El derecho humano a la seguridad social se encuentra recogido en el artículo 9 del PIDESC el cual de forma muy sucinta establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Al respecto el CteDESC ha señalado a través de la Observación General n° 19 que el derecho amparado por el artículo 9 “incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”¹⁵⁰.

En mayor o menor medida la inmensa mayoría de los miembros de la Comunidad Internacional contemplan algún tipo de sistema de seguridad social. En esencia, la noción de seguridad social surge bajo la necesidad de dotar a las personas de ciertos recursos mínimos para hacer frente a necesidades sociales básicas en momentos en los cuales dichas necesidades no se pueden afrontar desde ingresos generados por el trabajo. La lógica de este sistema permite a los Estados retener porcentuales de los ingresos de la población laboralmente activa para luego redistribuirlos entre la parte de la población inactiva. Ello ha llevado tradicionalmente a condicionar el goce del derecho a la seguridad social al grado de aportes que cada individuo ha realizado a lo largo de su vida laboral activa.

¹⁴⁹ Ídem, párrafos 22-23.

¹⁵⁰ Observación General No. 19. El derecho a la seguridad social, Comité DESC, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrafo 2.



El modelo médico de discapacidad fue probablemente el principal promotor de la necesidad de contemplar a la discapacidad dentro de las condiciones que justifican la inclusión de dichas personas en el marco de protección del sistema de seguridad social, aunque dicha justificación se ha basado históricamente en la consideración de la discapacidad como una “enfermedad” o “invalidez”. Frente a ello, el modelo social de discapacidad se opone a esta perspectiva, considerando más adecuado justificar el marco de protección de la seguridad social en relación con las personas con discapacidad a la luz del derecho a la promoción de la autonomía personal como herramienta imprescindible para lograr la igualdad de condiciones con los demás.

El CteDESC por intermedio de la Observación General n° 19 reitera su jurisprudencia consolidada respecto de que la obligación de los Estados de garantizar que el derecho a la seguridad social se ejerza sin discriminación es de carácter inmediato, al mismo tiempo que reconoce que los “Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho”, entre los que incluye a las personas con discapacidad. Asimismo, reconoce a la discapacidad como una de las nueve ramas principales de la seguridad social, bajo lo que denomina como “riesgos e imprevistos sociales”. No obstante, en el apartado relativo a la discapacidad, el CteDESC remite a la Observación General n° 5¹⁵¹.

La Observación General n°5, a su vez, remite a las Normas Uniformes y reconoce que los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo. Adicionalmente, el CteDESC amplía este marco de protección a las personas que se ocupan de cuidar a las personas con discapacidad. Finalmente, el CteDESC establece que “El ingreso de las personas con discapacidad en instituciones, de no ser necesario por otras razones, no debe ser considerado como sustitutivo adecuado de los derechos a la seguridad social y al mantenimiento del ingreso de dichas personas”¹⁵². Esta última observación por parte del Comité es de suma importancia puesto que en muchos Estados, la falta de ingresos económicos de personas con discapacidad, o el estado de vulnerabilidad social, suele ser el motivo principal de ingreso de dichas personas a instituciones Estatales, incluido las instituciones psiquiátricas. La segregación de personas con discapacidad como mecanismo o política de protección social no parece una opción válida a la luz de la protección del PIDESC.

¹⁵¹ Idem, párrafo 20.

¹⁵² Observación General Nro. 5, párrafos 28 y 29.



En resumidas cuentas, el PIDESC garantiza protección especial hacia las personas con discapacidad en el marco del derecho a la seguridad social. No obstante, dicho marco no logra apartarse de una visión restringida o acotada de la seguridad social que se inspira más bien una visión compensatoria, en lugar de un reconocimiento integral del derecho a la autonomía personal y a la vida independiente.

El derecho a la protección de la familia

La familia es uno de los pocos bienes jurídicos protegidos tanto desde el PIDCP como del PIDESC. Mientras el primero protege a la familia desde sus elementos constitutivos (matrimonio, filiación, derechos reproductivos), el segundo se centra más bien en los aspectos sociales en torno a la familia, principalmente enfatizando en la situación de las mujeres y niñas.

Este derecho se encuentra entre los pocos derechos recogidos en el PIDESC que no han sido desarrollados por el CteDESC por medio de sus observaciones generales. No obstante, el Comité sí ha aclarado la perspectiva de la discapacidad en relación con el artículo 10 por intermedio de la Observación General n° 5.

Una vez más mediante referencia a las Normas Uniformes, la Observación General n° 5 establece que en “el caso de las personas con discapacidad, el requisito del Pacto de que se preste ‘protección y asistencia’ a la familia significa que hay que hacer todo lo que se pueda a fin de conseguir que dichas personas vivan con sus familias, si así lo desean. El artículo 10 implica también, con arreglo a los principios generales del derecho internacional en materia de derechos humanos, que las personas con discapacidad tienen derecho a casarse y a fundar su propia familia. A menudo se ignoran o se niegan esos derechos, especialmente en el caso de las personas con discapacidad mental”¹⁵³. Asimismo, reitera que las “mujeres con discapacidad tienen derecho también a protección y apoyo en relación con la maternidad y el embarazo” y reafirma explícitamente que en “el caso de las mujeres con discapacidad, una operación de esterilización o de aborto sin haber obtenido previamente su consentimiento, dado con conocimiento de causa, constituirá una grave violación del párrafo 2 del artículo 10”¹⁵⁴. Finalmente, el Comité observa que los “niños con discapacidad son especialmente vulnerables a la explotación, los malos tratos y la falta de cuidado y tienen derecho a una protección especial, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 10 del Pacto (reforzado por las disposiciones correspondientes de la Convención sobre los Derechos del Niño)”¹⁵⁵.

¹⁵³ Observación General Nro. 5, párrafo 30.

¹⁵⁴ Ídem, párrafo 31.

¹⁵⁵ Ídem, párrafo 32.



El derecho a un nivel de vida adecuado

El artículo 11 del PIDESC recoge el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado. La norma recoge en su primer párrafo una obligación general hacia los Estados Partes de reconocer a “toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. En el segundo párrafo el artículo 11 se centra en quizás el aspecto más fundamental sobre condiciones básicas de vida digna de toda persona, esto es, el acceso a la alimentación, a través de una doble perspectiva. Por un lado enfatizando en la necesidad de promover y mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, y, por otro lado, imponiendo un deber general a la Comunidad Internacional respecto de la distribución mundial de alimentos.

Aunque se podría afirmar que el derecho humano a un nivel de vida adecuado es un derecho autónomo, el CteDEC ha desarrollado sus aspectos principales de forma individualizada –vivienda, alimentación, acceso al agua.

En relación con el derecho a una vivienda adecuada el Comité, por medio de su Observación General nº 4, ha identificado una serie de aspectos fundamentales como: a) Seguridad jurídica de la tenencia; b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) Gastos soportables; d) Habitabilidad; e) Asequibilidad; f) Lugar adecuado; y g) Adecuación cultural.¹⁵⁶ Aunque la Observación no menciona expresamente la perspectiva de la discapacidad, señala que los “Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial”¹⁵⁷. Por su parte, la Observación General nº 5 refiere a lo señalado por el Comité en la Observación General nº 4 al aclarar que “el derecho a una vivienda adecuada incluye el derecho a una vivienda que sea accesible, en el caso de las personas con discapacidad”¹⁵⁸.

En lo que respecta a la alimentación, el CteDESC ha señalado en su Observación General nº 12 que “el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos”¹⁵⁹. Asimismo, ha señalado que “el contenido básico del derecho a la alimentación

¹⁵⁶ Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), (Sexto período de sesiones, 1991), U.N. Doc. E/1991/23 (1991), párrafo 8.

¹⁵⁷ Ídem, párrafo 11.

¹⁵⁸ Observación General Nro. 5, párrafo 33.

¹⁵⁹ Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), (20º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999), párrafo 4.



adecuada comprende lo siguiente: –la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; – la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos”. En relación con el aspecto de accesibilidad, la propia Observación General n° 12 ha aclarado que en lo relativo a la accesibilidad física “implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes, tales como los enfermos mentales”¹⁶⁰.

Finalmente, y en relación con el derecho al agua, el CteDESC ha destacado en su Observación General n° 15 que, pese a no ser mencionado de forma expresa por el artículo 11 del Pacto, el “derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”, y por ello lo define como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹⁶¹.

Más adelante, la Observación General n° 15 reconoce que “aunque el derecho al agua potable es aplicable a todos, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho (...) en particular los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que: (...) se suministre agua salubre suficiente a los grupos que tienen dificultades físicas para acceder al agua, como las personas de edad, los discapacitados, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas propensas a desastres y las que viven en zonas áridas y semiáridas o en pequeñas islas”¹⁶².

Sin perjuicio de lo señalado por el CteDESC en general sobre vivienda, alimentación y agua, la Observación General n° 5 añade que “además de la necesidad de conseguir que las personas con discapacidad tengan acceso a una alimentación adecuada, una vivienda accesible y otras necesidades materiales básicas, es indispensable también lograr que haya “servicios de apoyo... incluidos los recursos auxiliares”, para su utilización por las personas con discapacidad, “a fin de ayudarles a aumentar su nivel de autonomía en su vida cotidiana y a ejercer sus derechos”¹⁶³.

¹⁶⁰ Ídem, párrafo 13.

¹⁶¹ Observación general 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002), párrafos 2 y 3.

¹⁶² Ídem, párrafo 16.

¹⁶³ Observación General Nro. 5, párrafo 33.



El derecho a la participación en la vida cultural

El artículo 15 del PIDESC recoge los diferentes aspectos del derecho humano a la cultura, esto es, una dimensión activa (derecho a la expresión cultural y a la protección de los intereses morales y materiales por producción cultural), y una dimensión pasiva (derecho a la participación de la vida cultural). Todo ello, tanto desde una perspectiva de derecho individual como de derecho colectivo.

En la Observación General nº 17 el CteDESC ha señalado que el “derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora es un derecho humano, que deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona”. Sin embargo, el Comité ha aclarado que este derecho humano debe distinguirse de los derechos de propiedad intelectual. “Los primeros son derechos fundamentales, inalienables y universales del individuo y, en ciertas circunstancias, de grupos de individuos y de comunidades. Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto”¹⁶⁴. Aunque el Comité reconoce expresamente que los autores con discapacidad deben tener accesibilidad física a los tribunales u organismos nacionales encargados de proteger los intereses morales y materiales que correspondan a los autores por razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas, guarda silencio sobre la posible colisión entre este derecho y el derecho de las personas con discapacidad a disponer de formatos accesibles que eliminen las barreras comunicacionales. En este sentido, la Observación General nº 5 aclara en este punto que “el derecho a la plena participación en la vida cultural y recreativa para las personas con discapacidad requiere también que se supriman en todo lo posible las barreras que se oponen a las comunicaciones. Las medidas de utilidad a este respecto podrían incluir el uso de libros sonoros, textos escritos en un idioma sencillo y con un formato claro y a colores para las personas con retardo mental, televisión y teatro adaptados para los sordos”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Observación General nº 17, Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto), E/C.12/GC/17, 12 de enero de 2006, párrafo 1.

¹⁶⁵ Observación General Nro. 5, párrafo 37.



En la Observación General n° 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, el CteDESC ha destacado que para la realización de este derecho, “es necesario que el Estado Parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos), por la otra”¹⁶⁶. Desde este punto de vista, el Comité ha entendido que “la cultura es un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana”, y que la “expresión ‘vida cultural’ hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro”¹⁶⁷. Adicionalmente, el Comité ha considerado que la cultura a los efectos del Pacto “comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas”¹⁶⁸.

En relación con las personas con discapacidad, la Observación General n° 21 reconoce expresamente el derecho de accesibilidad universal a la participación en la vida cultural de las mismas¹⁶⁹, y además, enumera al colectivo de las personas con discapacidad como personas y comunidades que requieren de protección especial. Mediante referencia a las Normas Uniformes y al artículo 30 de la CDPD, el CteDESC reitera que “a fin de facilitar la participación de las personas con discapacidad en la vida cultural, los Estados Partes deben, entre otras cosas, reconocer su derecho a disponer de material cultural, programas de televisión, películas, teatro y otras actividades culturales en formatos accesibles; a tener acceso a lugares en que se realicen actos culturales o se presten servicios culturales, tales como teatros, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos y, en la medida de lo posible, a monumentos y lugares de importancia cultural nacional; al reconocimiento de su identidad cultural y lingüística específica, incluidos el lenguaje de señas y la cultura de los sordos; y a que se aliente y promueva

¹⁶⁶ Observación general N° 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de mayo de 2010, párrafo 6.

¹⁶⁷ Ídem, párrafo 11.

¹⁶⁸ Ídem, párrafo 13.

¹⁶⁹ Ídem, párrafo 16.b).



su participación, en la medida de lo posible, en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas¹⁷⁰.

La discapacidad en el seguimiento del PIDESC por parte del CteDESC

Ante la carencia de un sistema de reclamaciones individuales o de mecanismo de visitas in situ, el CteDESC solo cuenta con el procedimiento de análisis de informes de los Estados Partes para llevar a cabo su labor de seguimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto¹⁷¹.

En el informe elaborado por QUINN & DEGENER para el ACNUDH en 2002 se destaca un tratamiento relativamente frecuente de la discapacidad en los informes de los Estados y en las observaciones finales del Comité, aunque la cobertura de las personas con discapacidad tiende a ser fragmentada. Señala este informe que podría hacerse mucho más para hacer efectivas las posibilidades del PIDESC en el contexto de la discapacidad, para lo cual recomienda invitar más “activamente a los Estados Partes a que aplicasen la letra y el espíritu de la Observación general N.º 5 cuando preparen sus informes periódicos”¹⁷².

Las nuevas Directrices sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptadas por el CteDESC en su 49ª sesión (41º período de sesiones), el 18 de noviembre de 2008, requieren a los Estados Partes informar de forma específica sobre la perspectiva de la discapacidad en relación con los artículos 6, 9, 10, 11, 12 y 15¹⁷³.

El estudio de los informes de los Estados Partes y de las Observaciones Finales del CteDESC desde 2009 al 2012 evidencia un incremento en las referencias hacia los derechos de las personas con discapacidad en el marco del PIDESC, aunque dichas referencias parecen ser más bien cuantitativas que cualitativas. Los Estados Partes, así como el propio Comité, siguen centrando sus esfuerzos de forma fragmentada hacia

¹⁷⁰ Ídem, párrafo 31.

¹⁷¹ Véase MARIÑO MENÉNDEZ, F., (1998) “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas”, en *Derechos y Libertades*, n° 6, Febrero, pp. 85-95.

¹⁷² QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.* pp. 90-91.

¹⁷³ Directrices sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2008/2, 24 de marzo de 2009.



los ámbitos del empleo, la seguridad social y la discriminación, en este orden de prioridad¹⁷⁴. Algunos Estados de forma excepcional informan sobre educación, salud y vivienda¹⁷⁵.

En resumidas cuentas, el ámbito del PIDESC parece haber sido el más permeable a la perspectiva de la discapacidad y, más concretamente, al abordaje de la misma desde una perspectiva de derechos humanos. Aunque la Observación General n°5 antecede a la CDPD en más de una década y, algunos de sus apartados pueden entrar en conflicto con lo señalado en el tratado específico, lo cierto es que la observación conserva una perspectiva de derechos humanos y, por lo tanto, puede seguir considerándose como un instrumento autoritativo y complementario de la CDPD en relación con la interpretación de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad.

2.4.3. Los tratados temáticos de derechos humanos

El proceso de especificación de los derechos humanos ha generado, con posterioridad a la adopción de los Pactos (PIDCP y PIDESC), una serie de tratados temáticos de derechos humanos, cuyos objetivos han sido especificar en relación a un colectivo o grupo particular, o en relación con la protección de ciertos derechos básicos, un grado de protección especial en el sistema universal de derechos humanos.

En sentido amplio se podría incluir entre los tratados específicos sobre grupos particulares a las mujeres, a los niños, a las minorías raciales, a los trabajadores migrantes, a las personas con discapacidad, a los apátridas, a los asilados o refugiados, y a la población civil en situaciones de conflictos armados. En relación con la protección de derechos básicos se podría incluir el derecho a la integridad (tortura, esclavitud), el derecho a la vida (genocidio, desaparición forzada), el derecho a la libertad (Apartheid), el derecho al trabajo (OIT), y los derechos culturales (UNESCO).

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, Informe de España (HRI/CORE/ESP/2010, 21 de febrero de 2011) y Observaciones Finales del Comité (E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012), Informe de Perú (E/C.12/PER/2-4, 20 de enero de 2011) y Observaciones Finales del Comité (E/C.12/PER/CO/2-4; 30 de mayo de 2012); Informe de Brasil (E/C.12/BRA/2, 28 de enero de 2008) y Observaciones Finales del Comité (E/C.12/BRA/CO/2, 12 de junio de 2009).

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, Informe de Nueva Zelanda (E/C.12/NZL/3, 17 de enero de 2011) y Observaciones Finales del Comité (E/C.12/NZL/CO/3, 31 de mayo de 2012); Informe de Argentina (E/C.12/ARG/3, 26 de enero de 2011) y Observaciones Finales del Comité (E/C.12/ARG/CO/3); Informe de Reino Unido (E/C.12/GBR/5, 31 de enero de 2008) y Observaciones Finales del Comité (E/C.12/GBR/CO/5, 12 de junio de 2009).



Teniendo en cuenta el objeto del presente trabajo, se propone a continuación seleccionar y analizar aquellos tratados que, se considera, suponen un mayor impacto o incidencia para los derechos humanos de las personas con discapacidad. Consecuentemente, a continuación se propone abordar los tratados temáticos sobre género, niñez, condición racial, y protección contra la tortura. El tratado relativo a las personas con discapacidad será abordado de forma específica en el capítulo siguiente.

2.4.3.1. Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes

La CCT¹⁷⁶, es un tratado internacional que tiene como objetivo principal erradicar la práctica de la tortura reafirmando con carácter universal una prohibición que ya se encontraba contemplada en la DUDH, el PIDCP, así como en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (DIH)¹⁷⁷. La prohibición de la tortura no solo tiene consolidadas bases convencionales, sino que también es considerada una norma de derecho consuetudinario con carácter de *jus cogens*¹⁷⁸.

Una violación grave a la integridad personal puede suponer, dependiendo de las circunstancias del propio acto, o del marco jurídico internacional aplicable al Estado en cuestión, que dicho acto sea calificado como: a) violación del artículo 10 del PIDCP; b) violación del artículo 7 del PIDCP; c) crimen de tortura en virtud del Artículo 1(1) de la CCT, d) tratos crueles, inhumanos o degradantes en virtud del Artículo 16 de la CCT, o e) crimen de lesa humanidad, o crimen de guerra en virtud de los Artículos 7(1).(f) u 8(2)(ii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

A lo anterior habría que añadir las cláusulas de prohibición de tortura insertas en algunos tratados que protegen grupos específicos, tales como el Artículo 37(a) de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes (CDTM), o el Artículo 15 de la CDPD¹⁷⁹. No obstante, estas disposiciones en realidad complementan el marco jurídico interna-

¹⁷⁶ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987. Véase MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2009), "The Convention Against Torture and its Optional Protocol", en *International Human Rights Law in a Global Context*, GOMEZ ISA, F. & FEYTER K., (Eds.), University of Deusto, Bilbao.

¹⁷⁷ Véase VAN DER VYVER, J. D., (2003-2004) "Torture as a Crime Under International Law", *Albany Law Review*, Vol. 67, pp. 427-463.

¹⁷⁸ Véase BASSIOUNI, C. M., (1996) "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59.4, pp. 63-74.

¹⁷⁹ La relación entre el marco jurídico internacional relativo a la prohibición contra la tortura y el artículo 15 de la CDPD será abordado específicamente en el capítulo 5 del presente trabajo.



cional relativo a la prohibición contra la tortura, generando obligaciones específicas a los Estados Partes en relación con los grupos especialmente protegidos.

Con ello, se podría decir que el valor principal de la CCT es, en realidad, incorporar a la prohibición existente de tortura una serie de aspectos normativos adicionales, entre los que se pueden destacar la definición del término “tortura” –en clave de tipificación penal– (Artículo 1(1)), la consideración de prohibición absoluta (Artículo 2), la prohibición de expulsión, devolución o extradición ante riesgo de tortura (Artículo 3), la obligación de tipificar y criminalizar a nivel nacional (Artículo 4), o la obligación de juzgar o extraditar (Artículo 5).

La CCT adopta un doble enfoque en cuanto al tipo o modalidad de actos o prácticas prohibidas, esto es, actos o prácticas de tortura por un lado, y actos o prácticas de tratos crueles, inhumanos o degradantes por el otro. En relación con lo primero, la CCT es el único tratado universal, que define lo que se entiende por tortura¹⁸⁰, el señalar en su Artículo 1(1) que “se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de cas-

¹⁸⁰ Ello sin perjuicio de lo señalado en el ámbito regional, o en los denominados elementos del crimen de la Corte Penal Internacional: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 09/12/1985. Series de Tratados de la OEA, Vol. 67: [... Artículo 2 Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica...] La Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000): [... Artículo 7 1) f): Crimen de lesa humanidad de tortura. Elementos: 1. Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales; 2. Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control; 3. Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas; 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo...] [... Artículo 8 2) a) ii)–Crimen de guerra de tortura. Elementos: 1. Que el autor haya causado grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas; 2. Que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo; 3. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949; 4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección; 5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él; 6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado...]



tigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. En relación con lo segundo, la CCT estipula en su Artículo 16 que todo “Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.

Tanto la tortura, como el trato inhumano, cruel o degradante suponen ante su acreditación en el territorio bajo jurisdicción del Estado Parte, responsabilidad internacional del mismo por violación de la obligación general de prevenir y sancionar. Pero la CCT establece una diferencia sustancial según nos encontremos ante tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en relación con a las obligaciones adicionales que el propio instrumento impone al Estado Parte. Mientras ante casos de tortura el Estado Parte se encuentra obligado por la totalidad de las disposiciones comprendidas entre los Artículos 2 a 15, ante casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la obligación se restringe a lo estipulado en los Artículos 10 a 13.

En relación con la delimitación conceptual entre tortura y otros tratos cueles, inhumanos o degradantes, el propio Artículo 16 adopta un criterio residual al incluir entre los últimos todo aquello que no cumpla con los requisitos de la primera señalados en el Artículo 1(1). Adicionalmente, el Comité Contra la Tortura (CteCT) por intermedio de la Observación General n° 2, ha señalado que “el Comité reconoce que la mayoría de los Estados Partes tipifican o definen en sus códigos penales ciertas conductas como malos tratos. En comparación con la tortura, los malos tratos difieren en la gravedad del dolor y el sufrimiento y no requieren la prueba de fines inaceptables”¹⁸¹.

En cuanto a la aplicación de la CCT al ámbito de la discapacidad, el CteCT se ha limitado a observar que “la no discriminación se incluye en la propia definición de la tortura en el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, que prohíbe expresamente los

¹⁸¹ Observación General n° 2. Aplicación del Artículo 2 por los Estados Partes, Comité contra la Tortura, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrafo. 10.



actos especificados cuando se cometen por "cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación...", y, consecuentemente, que "el uso discriminatorio de la violencia o el maltrato mental o físico es un factor importante para determinar si un acto constituye tortura"¹⁸². Lamentablemente, el CteCT no desarrolla esta importante afirmación en el ámbito de la discapacidad, y en su lugar se limita simplemente a señalar un "deber de especial protección" a ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas, donde explícitamente menciona, entre otras razones, la "discapacidad mental o de otro tipo"¹⁸³.

En relación con el proceso de control internacional que el CteCT lleva adelante en virtud de los Artículos 19 y 20 de la CCT, bien sea en lo que respecta a los informes periódicos que los Estados presentan ante el Comité, o bien sea en lo que respecta a las observaciones finales que dicho órgano emite respecto de dichos informes, el informe presentado por QUINN & DEGENER ante el ACNUDH en 2002 evidencia la poca o nula referencia a la temática de la discapacidad en el uso de este mecanismo¹⁸⁴. La investigación de los informes presentados con posterioridad a la adopción de la CDPD, evidencia un ligero cambio en la práctica del CteCT en el abordaje o tratamiento de la discapacidad, ello a pesar de que el Comité reiteradamente celebra, o recomienda, la ratificación de la CDPD y su Protocolo Facultativo de forma generalizada en todas sus observaciones finales a los Estados analizados.

Consecuentemente, es posible identificar algunas referencias directas hacia la discapacidad en observaciones recientes pero que básicamente se podrían sintetizar en tres. 1) Observaciones sobre las condiciones de acceso y atención a la salud mental de personas institucionalizadas¹⁸⁵; 2) Observaciones sobre las condiciones generales de vida en instituciones psiquiátricas¹⁸⁶; y 3) Observaciones sobre el uso de restricciones físicas y aislamiento en instituciones psiquiátricas¹⁸⁷. En relación con esto último es interesante la observación que el CteCT realiza al Estado Serbia¹⁸⁸, la cual se reproduce:

¹⁸² Ídem, párrafo 20.

¹⁸³ Ídem, párrafo 21.

¹⁸⁴ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), op. cit. pp.105-111.

¹⁸⁵ Observaciones Finales al Estado de Colombia, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2009-2010, párrafo 21, en página 24; Observaciones Finales al Estado de Bosnia y Herzegovina, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2010-2011, párrafo 20, en página 17.

¹⁸⁶ Véase, por ejemplo, Observaciones Finales al Estado de Estonia, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2007-2008, párrafo 24, en página 15; Observaciones Finales al Estado de Azerbaiyán, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2009-2010, párrafo 16, en página 15.

¹⁸⁷ Véase, por ejemplo, Observaciones Finales al Estado de Letonia, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2007-2008, párrafo 15, en página 30. Observaciones Finales al Estado de Eslovaquia, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2009-2010, párrafo 20, en página 54.

¹⁸⁸ Observaciones Finales al Estado Serbia, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2008-2009, párrafo 16, en página 75.



[...Tortura y discapacidad. 16) El Comité toma nota de que el Estado Parte reconoce que el trato de los reclusos es deficiente e inadecuado en algunas instituciones y sigue preocupado por las denuncias formuladas en relación con el trato de los niños y adultos con discapacidades mentales o psíquicas, especialmente en los casos de internamiento forzoso y de limitación de movimientos a largo plazo que se utilizan en ciertas instituciones, lo que equivale a tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en las instituciones de protección social para personas con discapacidad mental y los hospitales psiquiátricos. Preocupa al Comité que no parezca haberse realizado ninguna investigación en relación con el trato dispensado a las personas con discapacidad internadas en instituciones que constituya tortura o tratos inhumanos o degradantes (arts. 2, 12, 13 y 16).

El Estado Parte debe:

a) Poner en marcha reformas sociales y sistemas alternativos de apoyo de base comunitaria en paralelo al proceso en curso de poner fin al internamiento de personas discapacitadas, así como reforzar la formación profesional en las instituciones de protección social para personas con discapacidades mentales y en los hospitales psiquiátricos; y b) Investigar las denuncias de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de personas con discapacidad internadas en instituciones...]

En relación con el proceso de análisis de comunicaciones individuales que el CteCT lleva adelante en virtud del Artículo 22, el informe presentado por QUINN & DEGENER ante el ACNUDH en 2002 evidencia que en un solo caso se abordaba la temática de la discapacidad, pero que el mismo había sido declarado inadmisibile¹⁸⁹. La investigación de las comunicaciones analizadas por el CteCT en sus informes anuales desde 2007 al 2011 evidencia que la dinámica de este organismo en este ámbito no ha cambiado con posterioridad a la adopción de la CDPD.

El Subcomité para la Prevención de la Tortura

Por otro lado, y aunque no se trata de un tratado que establezca derechos u obligaciones en materia de prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, resulta relevante mencionar el Protocolo Facultativo a la CCT que se adoptó el 18 de diciembre de 2002, y que crea un nuevo órgano internacional de control de-

¹⁸⁹ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.* pp. 111-112.



nominado el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁹⁰.

El Subcomité articula con otros mecanismos nacionales independientes un sistema de visitas periódicas a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 1). Conforme lo estipula el Artículo 11, el mandato del Subcomité para la Prevención consiste en: a) Visitar los lugares mencionados en el artículo 4 y hacer recomendaciones a los Estados Partes en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En lo que respecta a los mecanismos nacionales de prevención el mandato consiste en: i) Asesorar y ayudar a los Estados Partes, cuando sea necesario, a establecerlos; ii) Mantener contacto directo, de ser necesario confidencial, con los mecanismos nacionales de prevención y ofrecerles formación y asistencia técnica con miras a aumentar su capacidad; iii) Ayudar y asesorar a los mecanismos nacionales de prevención en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a fortalecer la protección de personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; iv) Hacer recomendaciones y observaciones a los Estados Partes con miras a reforzar la capacidad y el mandato de los mecanismos nacionales para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

De los informes públicos emitidos por el Subcomité sobre sus visitas a países no surge que exista una clara perspectiva de la discapacidad en el contexto de privaciones de libertad¹⁹¹. No obstante, la principal alianza mundial de personas con discapacidad se encuentra trabajando estrechamente con este organismo¹⁹².

Relator Especial de la ONU sobre la cuestión de la Tortura

Aunque en rigor no forma parte del marco convencional de control y seguimiento establecido por la CCT, es importante destacar en este punto la labor llevada a cabo por la Relatoría Especial de la ONU sobre la cuestión de la tortura. Instaurada mediante resolución 1985/33 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (actualmente

¹⁹⁰ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 77/199, de 18 de diciembre de 2002. Entrada en vigor: 22 de junio, 2006.

¹⁹¹ Los informes pueden ser públicos o confidenciales y pueden consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/spt_visits.htm.

¹⁹² Véase International Disability Alliance: <http://www.internationaldisabilityalliance.org/es/subcomit%C3%A9-para-la-prevenci%C3%B3n-de-la-tortura-spt-0>.



bajo la órbita del Consejo de Derechos Humanos de la ONU), la relatoría tiene como mandato examinar cuestiones relativas a la tortura sobre la base de todo el marco universal de protección de los derechos humanos. Debido a que el mandato de la Comisión (ahora Consejo) deriva de la propia Carta de la ONU, el mandato del Relator Especial abarca todos los países independientemente de que el Estado haya ratificado la CCT¹⁹³.

En 2008, el entonces Relator Especial (Manfred Nowak) presentó un informe provisional a la AG en el cual dedica gran parte de su trabajo a analizar el marco jurídico para la protección de las personas con discapacidad contra la tortura¹⁹⁴, el cual merece ser comentado en sus aspectos principales.

En primer lugar el Relator Especial observa que “en relación con las personas con discapacidad, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad complementa otros instrumentos de derechos humanos respecto de la prohibición de la tortura y los malos tratos proporcionando orientaciones autorizadas adicionales” y que “la aceptación de tratamiento involuntario y el encierro involuntario va en contra de lo dispuesto en la Convención”¹⁹⁵.

En segundo lugar, el Relator Especial propone encuadrar la prohibición de tortura recogida en el artículo 15 de la CDPD con los cuatro elementos esenciales del tipo penal de tortura recogido en el Artículo 1 de la CCT. En relación con el primer requisito de “dolores o sufrimientos graves”, el Relator Especial observa que “mientras un tratamiento médico plenamente justificado puede provocar dolores o sufrimientos graves, los tratamientos médicos de carácter alterador e irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica o traten de corregir o aliviar una discapacidad, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente”¹⁹⁶. En relación con el requisito de intencionalidad, el Relator recuerda que el mismo puede acreditarse cuando se inflige a una persona “sufrimientos físicos o mentales por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”, lo que considera sucede cuando se discrimina a una persona por motivo de su discapacidad¹⁹⁷. En relación con el requisito de propósito, el Relator señala que las personas con discapacidad suelen encontrarse bajo el control absoluto de otra persona, por ejemplo

¹⁹³ Desde su creación en 1985 hasta la actualidad, han sido designados como Relatores Especiales en la cuestión de la tortura las siguientes personas: Sr. Peter Kooijmans, (Netherlands), 1985-1993; Sir. Nigel S. Rodley, (United Kingdom), 1993-2001; Mr. Theo van Boven, (Netherlands), 2001 - 2004; Mr. Manfred Nowak, (Austria), 2004 - 31 October 2010; Mr. Juan Méndez, (Argentina), 1 November 2010-present.

¹⁹⁴ Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/63/175, 28 de julio de 2008.

¹⁹⁵ *Ibidem*, párrafo 44.

¹⁹⁶ *Ibidem*, párrafo 47.

¹⁹⁷ *Ibidem*, párrafos 48-49.



“cuando se les priva de su libertad en las cárceles u otros lugares, o cuando están bajo el control de su cuidador o tutor legal”¹⁹⁸. Finalmente, en relación con el requisito de participación Estatal, el Relator observa “que la prohibición de la tortura se aplica no solo a los funcionarios públicos, como por ejemplo, los encargados de hacer cumplir la ley en el sentido más estricto, sino que también puede aplicarse a los médicos, los profesionales de la salud y los trabajadores sociales, incluidos los que trabajan en hospitales privados, otras instituciones y centros de detención”¹⁹⁹.

En tercer lugar, el Relator Especial hace una aproximación general hacia aquellas prácticas que pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, las que divide en cuatro ámbitos²⁰⁰:

a) Condiciones de detención precarias:

- Las condiciones precarias de las instituciones se deben a menudo a que los Estados no cumplen su obligación de proporcionar a las personas bajo su custodia alimentos, agua, atención médica y vestimenta adecuados, y pueden constituir tortura y malos tratos;
- La denegación o la falta de ajustes razonables para las personas con discapacidad pueden crear condiciones de detención y de vida que constituyan malos tratos y tortura.

b) Uso de formas de inmovilización y reclusión:

- La inmovilización prolongada no es justificable desde un punto de vista terapéutico y que constituir tortura o malos tratos;
- La reclusión en régimen de aislamiento y el confinamiento prolongados pueden constituir tortura o malos tratos;

c) Contexto médico

- Los experimentos médicos o científicos en personas con discapacidad, incluidas las pruebas de medicamentos, solo son permisibles cuando la persona interesada da libremente su consentimiento, y cuando la índole misma del experimento no puede considerarse tortura o trato cruel, inhumano o degradante;
- Cuanto más invasivo e irreversible sea el tratamiento, mayor será la obligación de los Estados de garantizar que los profesionales de la salud admi-

¹⁹⁸ *Ibidem*, párrafo 50.

¹⁹⁹ *Ibidem*, párrafo 51.

²⁰⁰ *Ibidem*, párrafos 52-69.



nistren cuidados a las personas con discapacidad solo si estas han dado su consentimiento libre e informado. En todos los demás casos, el Relator Especial señala que estos tratamientos pueden constituir tortura, o trato cruel, inhumano o degradante;

- Las esterilizaciones y abortos forzados practicados contra mujeres y niñas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado puede suponer tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes;

- La terapia electroconvulsiva no modificada no puede considerarse una práctica médica aceptable y puede constituir tortura y malos tratos;

- En las instituciones, y en el contexto del tratamiento forzado a pacientes externos, la medicación psiquiátrica, incluidos los neurolépticos y otros medicamentos psicotrópicos, pueden administrarse a personas con discapacidad mental sin su consentimiento libre e informado o en contra de su voluntad, de forma coercitiva, o a modo de castigo. Según las circunstancias de cada caso, el sufrimiento infligido y los efectos en la salud del paciente pueden constituir una forma de tortura o malos tratos;

- En algunos casos, la privación arbitraria o ilegal de libertad basada en la existencia de una discapacidad podría infligir una pena o un sufrimiento graves a la persona, con lo que entraría en el ámbito de aplicación de la Convención contra la Tortura.

d) Violencia contra las personas con discapacidad, incluida la violencia sexual:

- Dentro de las instituciones, las personas con discapacidad pueden verse expuestas a la violencia ejercida por otros pacientes o internos, así como por el personal de la institución, lo que puede vulnerar la prohibición de tortura y malos tratos;

- La violación bajo custodia constituye tortura cuando es infligida por funcionarios públicos, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, incluidos los funcionarios que trabajan en los hospitales, las instituciones de atención sanitaria y otras instituciones semejantes.

2.4.3.2. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEFDM)²⁰¹ significó el reconocimiento universal de los derechos de la mujer

²⁰¹ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).



luego de un largo proceso de trabajo de más de treinta años de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Estatus de la Mujer²⁰². El propio preámbulo de la CEFDM reconoce que pese a la existencia de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que resultan aplicables a las mujeres, las mismas siguen siendo objeto de importantes discriminaciones²⁰³.

Probablemente debido al momento o contexto histórico de su adopción, la CEFDM no recoge menciones expresas hacia las mujeres con discapacidad, aunque debido a que los derechos en ella amparados se extienden a todas las mujeres, las mujeres con discapacidad están implícitamente protegidas²⁰⁴.

Las mujeres con discapacidad sufren muy a menudo una doble discriminación por motivo de su género y por motivo de su discapacidad²⁰⁵. La perspectiva de género en la discapacidad es particularmente importante puesto que incluso dentro del colectivo de mujeres, aquellas con discapacidad se suelen encontrar en una situación de vulnerabilidad mucho mayor que las mujeres providentes de otros sub-colectivos como podría ser las mujeres mayores, las mujeres de minorías étnicas o raciales, las mujeres homosexuales etc.

La perspectiva de género es particularmente importante para la discapacidad no sólo por el simple hecho de que las mujeres con discapacidad son, cuanto menos, la mitad de la población mundial de personas con discapacidad²⁰⁶, sino porque del propio

²⁰² En julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó ONU Mujeres, la Entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer. Para un acceso completo a los documentos y materiales de la ONU en materia de derechos de las mujeres puede consultarse: <http://www.unwomen.org/>

²⁰³ Véase SALMON, E. S. (2009), “La protección de los derechos de la mujer en el Sistema Universal de Derechos Humanos”, en *Entre la Teoría y la Práctica: Nuevas Perspectivas sobre los Derechos Humanos de la Mujer*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 25-64.

²⁰⁴ Véase PELÁEZ NARVÁEZ, A. (2012a) “La no discriminación de mujeres y niñas con discapacidad en la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad” en la Obra Colectiva 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, PÉREZ BUENO, L. C., (Dir.) CERMI, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, pp. 244-271.

²⁰⁵ Véase CERMI (2012), *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad. Manual Volumen I*, Ediciones Cinca, Madrid.

²⁰⁶ [...] Se estima que existen en el mundo alrededor de 1.000 millones de personas con algún tipo de discapacidad, de las cuales hay más mujeres que hombres, y en algunos países de ingresos bajos y medios, aquellas constituyen hasta las tres cuartas partes del total de personas con discapacidad. Entre un 65% y un 70% de estas mujeres viven en zonas rurales. ...] Ídem, Capítulo I “Igualdad y No Discriminación”, p. 32; En el España el último censo nacional determinó una población total de personas con discapacidad de 3.847.900 de los cuales 2.300.200 son mujeres. Datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) obtenido en: <http://www.ine.es> (Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia 2008).



movimiento feminista surgen los principales argumentos del modelo social de la discapacidad. Autoras como MORRIS o WENDELL demuestran las conexiones entre el discurso feminista y el modelo social de discapacidad²⁰⁷.

El objetivo de la CEFDM es la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, lo cual define en su artículo 1 como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Los seis primeros artículos de la CEFDM son de carácter global, en el sentido de que dan lugar a obligaciones generales. Comenzando por una definición de la discriminación contra la mujer en el artículo 1, estipulan las obligaciones generales de los Estados Partes en la eliminación de la discriminación contra la mujer (artículo 2), les exigen garantizar a ésta el ejercicio pleno de todos los derechos humanos en igualdad de condiciones con el hombre (artículo 3), permiten introducir medidas especiales temporales en favor de la mujer (artículo 4), imponen la obligación de combatir los estereotipos y los prejuicios y de fomentar la debida comprensión de la maternidad (artículo 5), y exigen a los Estados Partes que supriman abusos notorios, como la trata de mujeres y la explotación de la prostitución (artículo 6)²⁰⁸.

Los capítulos II a IV están dedicados a recoger de forma específica los principales derechos humanos civiles y políticos, y económicos sociales y culturales, aunque adaptados a las circunstancias de la discriminación contra la mujer. Vida política y pública (Artículo 7), Representación internacional (Artículo 8), Nacionalidad (Artículo 9), Educación (Artículo 10), Empleo (Artículo 11), Salud (Artículo 12), Prestaciones económicas y sociales (Artículo 13), La mujer rural (Artículo 14), Igualdad ante la ley (Artículo 15), y Matrimonio y familia (Artículo 16).

Como se ha señalado ya, la CEFDM no menciona en ningún momento a las mujeres con discapacidad, lo cual, sin perjuicio de su inclusión implícita, ha propiciado una escasa atención de la perspectiva de la discapacidad por parte del Comité para la Eli-

²⁰⁷ Véase por ejemplo: MORRIS, J. (ed.) (1996), *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad*, Narcea, Madrid; MORRIS, J., (1991), *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women's Press Ltd., London; WENDELL, S., (1996), *The Rejected Body. Feminist Philosophical Reflections on Disability*, Routledge, New York, (en especial capítulo 6: “Disability and Feminist Ethics”).

²⁰⁸ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.* p. 116.



minación de la Discriminación contra la Mujer (CteEDM)²⁰⁹. Se podría decir que el CteEDM ha intentado visibilizar a las mujeres con discapacidad en el marco de la CEFDM, pero no ha logrado incorporar una verdadera perspectiva de la discapacidad. Como bien lo señalan los estudios en la materia, género y discapacidad no es simplemente género + discapacidad, sino la incorporación del modelo social de discapacidad a la perspectiva de género, lo que supone la inclusión de la discapacidad como parte de la diversidad femenina. En ocasiones esto puede llevar a tensiones entre la perspectiva de género, y la perspectiva de la discapacidad (por ejemplo en materia de interrupción voluntaria del embarazo).

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 21 de la CEFDM, el CteEDM puede hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. A diferencia de otros Comités de seguimiento convencionales, el CteEDM ha centrado sus recomendaciones generales más bien en sugerencias para la presentación de informes por parte de los Estados que en interpretar el contenido jurídico de las disposiciones del tratado. No obstante, es preciso señalar que las últimas recomendaciones generales del CteEDM se han encaminado más hacia una verdadera labor de interpretación jurídica de las disposiciones de la CEFDM.

La primera mención expresa hacia las mujeres con discapacidad por parte del CteEDM data de 1991 mediante la Recomendación General nº 18 denominada “mujeres discapacitadas”. Bajo el amparo del artículo 3, y preocupado por la escasa información provista por los Estados Partes sobre la situación de las mujeres con discapacidad, y reconociendo la doble discriminación que sufren las mujeres con discapacidad, el CteEDM recomienda *“que los Estados Partes incluyan en sus informes periódicos información sobre las mujeres discapacitadas y sobre las medidas adoptadas para hacer frente a su situación particular, incluidas las medidas especiales para que gocen de igualdad de oportunidades en materia de educación y de empleo, servicios de salud y seguridad social y asegurar que puedan participar en todos los aspectos de la vida social y cultural”*²¹⁰.

²⁰⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, creado en virtud del artículo 17 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de sus disposiciones.

²¹⁰ Recomendación general Nº 18, Las mujeres discapacitadas. Décimo período de sesiones (1991), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos. Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004, p. 280.



En relación con el derecho a la salud, el CteEDM mediante la Recomendación General n° 24, reconoce que “debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental”. La misma recomendación más adelante destaca que “algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad²¹¹”. La mutilación genital de la mujer ha sido objeto de tratamiento específico por el CteEDM, incluso mediante una Recomendación General al respecto (n° 14). No obstante, aquí el Comité guarda silencio sobre la práctica de esterilización forzada de mujeres con discapacidad, que supone una afectación igual de grave y habitual de la integridad personal de las mujeres con discapacidad y de sus derechos sexuales y reproductivos.

Finalmente, la Recomendación General n° 24 observa que con “frecuencia, las mujeres con discapacidad de todas las edades tienen dificultades para tener acceso físico a los servicios de salud. Las mujeres con deficiencias mentales son especialmente vulnerables, y en general se conoce poco la amplia gama de riesgos que corre desproporcionadamente la salud mental de las mujeres por efecto de la discriminación por motivo de género, la violencia, la pobreza, los conflictos armados, los desplazamientos y otras formas de privaciones sociales. Los Estados Partes deberían adoptar las medidas apropiadas para garantizar que los servicios de salud atiendan las necesidades de las mujeres con discapacidades y respeten su dignidad y sus derechos humanos²¹²”.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la CDPD, el CteEDM ha emitido dos Recomendaciones Generales en las cuales visibiliza a las mujeres con discapacidad. En la Recomendación General n° 27 sobre las mujeres de edad, el CteEDM enfatiza sobre la situación de las mujeres de edad que tienen una discapacidad en lo relativo a la discriminación multidimensional (párrafo 13); los estereotipos (párrafos 16 y 36), en el empleo y la seguridad social (párrafos 19 y 20), en recopilación de datos y estadísticas (párrafo 32), en el acceso a la justicia (párrafo 33), en violencia de género (párrafo 37), y en salud (párrafos 45 y 46)²¹³. Por su parte, en la Recomendación Ge-

²¹¹ Recomendación general N° 24, Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud. 20° período de sesiones (1999), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos. Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004, párrafo 5.

²¹² Ídem, párrafo 25.

²¹³ Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010.



neral n° 28 sobre el artículo 2 de la CEFDM, el CteEDM señala que “algunos grupos de mujeres, en especial las mujeres privadas de libertad, las refugiadas, las solicitantes de asilo, las migrantes, las apátridas, las lesbianas, las que tienen una discapacidad, las víctimas de la trata, las viudas y las mujeres de edad, son particularmente vulnerables a la discriminación en las leyes y normas civiles y penales y las normas y prácticas consuetudinarias”²¹⁴.

La discapacidad en el seguimiento de la CEFDM por parte del CteEDM

La tarea de seguimiento por parte del CteEDM en el marco del la CEFDM consta de tres procedimientos diferenciados. En primer lugar, al igual que el resto de los tratados de derechos humanos, la CEFDM contempla la posibilidad del CteEDM de controlar la aplicación nacional del tratado por conducto de los informes de los Estados Partes (cfr. Artículo 18). Adicionalmente, y respecto de aquellos Estados que hayan ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²¹⁵, el CteEDM tiene competencia para analizar comunicaciones individuales (cfr. Artículo 1), o para llevar a cabo investigaciones de violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención (cfr. Artículo 8).

En relación con los informes de los Estados Partes, el trabajo presentado por QUINN & DEGENER ante el ACNUDH en 2002 destaca que los informes analizados hasta dicha fecha no alcanzan a reflejar los niveles de información acerca de las mujeres con discapacidad que establecen la Recomendación general N.º 18 sobre las mujeres discapacitadas y las directrices relativas a la presentación de informes²¹⁶.

El estudio de los informes de los Estados Partes y de las Observaciones Finales del CteEDM desde 2009 al 2012 sigue evidenciando un abordaje dispar en cuanto al tratamiento de los derechos de las mujeres con discapacidad en el marco del CEFDM. En algunos Estados la información es prácticamente nula y las observaciones del CteEDM no parecen denunciar dicho silencio²¹⁷. En otros, las referencias son más fre-

²¹⁴ Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párrafo 31.

²¹⁵ Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptado por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

²¹⁶ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), op. cit. pp. 129-130.

²¹⁷ Por ejemplo el Informe de Paraguay (CEDAW/C/PAR/6, 12 de agosto de 2010) y las Observaciones Finales del Comité (CEDAW/C/PRY/CO/6, 8 de noviembre de 2011); Informe de Argentina (CEDAW/C/ARG/6,8 de septiembre de 2008) y las Observaciones Finales del Comité (CEDAW/C/ARG/CO/6, 16 de agosto de 2010).



cuentas, aunque centradas en los ámbitos de empleo, seguridad social, discriminación y, excepcionalmente, en educación²¹⁸. Otros Estados incluyen información más detallada y transversal, aunque sin llegar al nivel señalado por la Recomendación General n° 18²¹⁹.

Por su parte la jurisprudencia del CteEDM en materia de comunicaciones individuales no registra casos destacables donde se aborde los derechos de las mujeres con discapacidad, aunque es preciso señalar que la cantidad de casos resueltos por el Comité hasta la fecha no conforman una base jurisprudencial amplia que permita determinar una falta de tratamiento adecuado de los derechos de las mujeres con discapacidad por parte de los miembros del Comité²²⁰. Sin perjuicio de ello, en la Comunicación No. 2/2003, Sra. A. T. contra Hungría, la parte actora alegó como elemento integrante de las causas de violación del Estado Húngaro a sus derechos amparados por los artículos 2, 5 y 16 de la CEFDM, la inexistencia de un centro de acogida equipado para acogerla en compañía de su hijo con discapacidad. Aunque el Comité condena al Estado Húngaro por violación de la CEFDM, no desarrolla la circunstancia relativa a la discapacidad del hijo de la actora desde una perspectiva de los derechos de las personas con discapacidad²²¹.

En la Comunicación No. 17/2008, M. L. S. P. contra Brasil, aunque el CteEDM no se refiere concretamente a las mujeres con discapacidad, desarrolla y aplica su doctrina sobre discriminaciones múltiples al encontrar al Estado Brasileño responsable de violar la CEFDM al constarse la existencia de discriminación, no solo por ser la víctima mujer, sino también por ser de ascendencia africana y por su condición socioeconómica²²².

Finalmente, en la Comunicación No 27/2010, Z. M. contra Italia, el CtEDM declaró inadmisibile un caso que podría haber tenido una lectura interesante desde la perspectiva

²¹⁸ Por ejemplo, informe de México (CEDAW/C/MEX/7-8, 17 de mayo de 2011), y las Observaciones Finales del Comité (CEDAW/C/MEX/CO/7-8, 27 de Julio de 2012); Informe de Rusia (CEDAW/C/USR/7, 22 de mayo de 2009) y las Observaciones Finales del Comité (CEDAW/C/USR/CO/7, 16 de agosto de 2010).

²¹⁹ Por ejemplo, informe de Nueva Zelanda (CEDAW/C/NZL/7, 7 de enero de 2011) y las Observaciones Finales del Comité (CEDAW/C/NZL/CO/7, 27 July 2012), Informe de España (CEDAW/C/ESP/6, 28 de abril de 2008) y las Observaciones Finales del Comité (CEDAW/C/ESP/CO/6, 7 de agosto de 2009), Informe de Montenegro (CEDAW/C/MNE/1, 12 de agosto de 2010) y las Observaciones Finales del Comité (CEDAW/C/MNE/CO/1, 4 de noviembre de 2011).

²²⁰ Para los efectos del presente trabajo se han analizado las comunicaciones listadas por el CtEDM en su página web: <http://www2.ohchr.org/english/law/jurisprudence.htm>.

²²¹ Comunicación No. 2/2003, Sra. A. T. contra Hungría a (dictamen adoptado el 26 de enero de 2005, 32° período de sesiones).

²²² Comunicación No. 17/2008, M. L. S. P. contra Brasil, 49° período de sesiones, CEDAW/C/49/D/17/2008, 27 de septiembre de 2011, párrafo 7.7.



de los derechos de las mujeres con discapacidad. En dicho caso la actora alegaba violación de sus derechos de familia (Artículo 16) por haber sido retirada de la custodia de su hijo debido al deterioro de su estado mental y su incapacidad para mantener al niño²²³.

En cuanto al procedimiento de investigaciones de violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención, el CteEDM solo ha llevado a cabo un único informe en relación con la situación particular de los asesinatos masivos de mujeres en México, conocido como los feminicidios de Ciudad Juárez²²⁴. Debido a las particularidades del caso, el informe no refleja una perspectiva de discapacidad que merezca ser desarrollada.

2.4.3.3. La Convención sobre los derechos del niño

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN)²²⁵, es el principal instrumento internacional que reconoce con carácter universal los derechos básicos de los niños y niñas. A diferencia del resto de los tratados temáticos de derechos humanos, la CDN es un tratado que reconoce derechos específicos de los sujetos protegidos. La CDN es el tratado universal de derechos humanos con mayor número de ratificaciones²²⁶. Asimismo, la CDN cuenta con dos Protocolos Facultativos que abordan dos grandes flagelos que afectan a la niñez (la venta, prostitución y pornografía infantil, así como la utilización de niños y niñas en conflictos armados)²²⁷.

La CDN intenta avanzar hacia un nuevo territorio y modo de concebir la niñez y los derechos que la amparan, moviendo el foco de un discurso de “protección” de derechos hacia uno de “elección” de derechos, es decir, la promoción de la autonomía del niño basada más bien en las elecciones que las necesidades del mismo.

²²³ Comunicación No 27/2010, Z. M. contra Italia, Dictamen aprobado por el Comité en su 51º período de sesiones, 13 de febrero a 2 de marzo de 2012, CEDAW/C/51/D/19/2008, 27 de abril de 2012.

²²⁴ Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 enero 2005.

²²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

²²⁶ Solo Estados Unidos y Somalia no han ratificado la CDN. Véase: Situación de ratificación, Reservas y declaraciones: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

²²⁷ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 de enero de 2002; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 12 de febrero de 2002.



La CDN cuenta con 54 artículos siendo la Parte I (Arts. 1 a 41) la que recoge los derechos sustantivos. En términos generales la CDN define los derechos humanos básicos que disfrutaban los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

La CDN contiene una disposición (artículo 23) que se ocupa específicamente de los derechos de los niños y niñas con discapacidad aunque adicionalmente, es preciso señalar, que el artículo 2 prohíbe todo tipo de discriminación basada en la discapacidad respecto del disfrute de los derechos amparados por la Convención.

El citado Artículo 23 establece:

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.



4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Aunque se debe destacar y celebrar la inclusión y la visibilización de la discapacidad dentro del marco regulatorio de los derechos del niño, lo cierto es que el Artículo 23, y pese a su extensión, no logra sentar obligaciones claras o concretas respecto de los Estados Partes en el tratado. Como señalan QUINN & DEGENER, el inciso 1 “no reconoce o pretende garantizar lo mismo para los niños con discapacidad como cuestión de derecho ni impone a los Estados Partes obligación alguna de adoptar medidas con ese fin”, el inciso 2 que reconoce el derecho de los niños y niñas con discapacidad a atención especial, “no llega a especificar cómo debe garantizarse ese derecho”, el inciso 3 que establece que la asistencia prestada al niño o niña deba ser destinada a promover su inclusión social, tampoco “establece un derecho claro y basado en la necesidad a tener acceso o beneficiarse de esos servicios”. Adicionalmente, el artículo 23 “también está cargado de condicionantes y limitaciones en relación con los recursos” (ejemplo el párrafo 2 alienta la prestación de asistencia a los niños con discapacidad, pero lo somete “a los recursos disponibles”; el párrafo 3 repite el condicionante de los recursos estipulando que la asistencia que se preste en virtud del párrafo 2 sea gratuita “siempre que sea posible” y “habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño”)²²⁸.

Ahora bien, como se ha señalado ya, probablemente el principal potencial de la CDN en relación con los niños y niñas con discapacidad se encuentre en el Artículo 2, que establece una obligación general de los Estados Partes de respetar los derechos enunciados en el tratado sin discriminación, donde especifica el motivo de “discapacidad”. En realidad, la versión en español de la Convención habla de “impedido físico”. Resulta curioso que la traducción al español utilice el concepto de “impedido físico” mientras que la versión inglesa hable únicamente de “disability” y la francesa de “incapacité”. No solo se trata de una diferencia conceptual criticable en cuanto al uso peyorativo e inadecuado al término “impedido” en español, sino que además se incluye como elemento adicional al impedimento “físico”. Esto podría suponer que mientras

²²⁸ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.* p. 132.



para la versión en español el Artículo 2 protege por discriminación a los niños y niñas con discapacidad física, la versión en inglés o francés lo hace respecto de todas las discapacidades. Aunque el Artículo 54 establece que la versión en español es igualmente auténtica, claramente debe interpretarse de forma sistemática y concluir que el texto en español se proyecta igualmente respecto de todos los niños y niñas con discapacidad.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño (CteDN) ha intentado aclarar algunas de las cuestiones señaladas sobre el marco de protección de niños y niñas con discapacidad a la luz de la CDN, por medio de la Observación n° 9, denominada “los derechos de los niños con discapacidad”²²⁹.

En primer lugar, el CteDN recoge y adopta como definición de persona con discapacidad lo establecido (por el entonces Proyecto ahora Convención) sobre los derechos de las personas con discapacidad en su Artículo 1, con lo cual cualquier duda que pudiera plantearse sobre el alcance de la referencia al niño impedido físico en el Artículo 2 de la CDN queda claramente disipada.

Adicionalmente, el CteDN señala que el Artículo 2 de la CDN “exige que los Estados Partes adopten las medidas apropiadas para impedir todas las formas de discriminación, en particular por motivo de la discapacidad” entre las que menciona expresamente: “a) Incluir explícitamente la discapacidad como motivo prohibido de discriminación en las disposiciones constitucionales sobre la no discriminación y/o incluir una prohibición específica de la discriminación por motivos de discapacidad en las leyes o las disposiciones jurídicas especiales contrarias a la discriminación; b) Prever recursos eficaces en caso de violaciones de los derechos de los niños con discapacidad, y garantizar que esos recursos sean fácilmente accesibles a los niños con discapacidad y a sus padres y/o a otras personas que se ocupan del niño; y c) Organizar campañas de concienciación y de educación dirigidas al público en general y a grupos concretos de profesionales con el fin de impedir y eliminar la discriminación de hecho de los niños con discapacidad”²³⁰.

En cuanto al Artículo 23, el CteDN observa que el inciso 1 “debe considerarse el principio rector para la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad: el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dig-

²²⁹ Observación General n° 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.

²³⁰ Ídem, párrafos 8 y 9.



nidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”. En cuanto a los aspectos concretos de los incisos 2 y 3 del artículo 23, el CteDN hace las siguientes observaciones: “a) La prestación de atención y asistencia especiales depende de los recursos disponibles y son gratuitos siempre que sea posible. El Comité insta a los Estados Partes a que conviertan en una cuestión de alta prioridad la atención y la asistencia especiales a los niños con discapacidad y a que inviertan el máximo posible de recursos disponibles en la eliminación de la discriminación contra los niños con discapacidad para su máxima inclusión en la sociedad. b) La atención y la asistencia deben estar concebidas para asegurar que los niños con discapacidad tengan acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios de salud, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento”²³¹.

En relación con las otras medidas generales de aplicación de la CDN, el CteDN recomienda en virtud de los Artículos 4, 42 y 44.6, que “los Estados Partes realicen una revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar que todas las disposiciones de la Convención sean aplicables a todos los niños, incluidos los niños con discapacidad, que deberían mencionarse explícitamente cuando proceda”. En especial el CteDN llama a los Estados Partes a que incluyan medidas específicas sobre niños y niñas con discapacidad en los planes nacionales de acción sobre infancia y adolescencia con recursos y resultados cuantificables; a que los datos y estadísticas nacionales reflejen la situación real de los niños con discapacidad; a destinar recursos presupuestarios suficientes y adecuados; a establecer mecanismos de coordinación entre todas las instituciones gubernamentales y no gubernamentales que prestan atención y servicios a los niños y niñas con discapacidad; a intensificar la cooperación internacional y la asistencia técnica; a alentar el establecimiento de un sistema apropiado de supervisión independiente en la promoción y protección de los derechos del niño; a apoyar e incluir a la sociedad civil en el cumplimiento de las disposiciones y principios de la CDN; y a la concientización y formación de profesionales con el objeto de fomentar actitudes positivas hacia los niños con discapacidad²³².

En materia de derechos y libertades civiles (Artículos 7, 8 13 a 17 y 37.a), el CteDN reafirma que los mismos “deben respetarse, protegerse y promoverse para todos, incluidos los niños con discapacidad” y que deben “prestar atención especial en este caso a los ámbitos donde es más probable que se violen los derechos de los niños con dis-

²³¹ Ídem, párrafos 11 a 14.

²³² Ídem, párrafos 17 a 27.



capacidad o donde se requieren programas especiales para su protección”. En dichos ámbitos, el CteDN menciona el derecho al registro de nacimiento, el acceso a la información y a los medios de comunicación, en particular las tecnologías y los sistemas de la información y de las comunicaciones, y la accesibilidad al transporte y las instalaciones públicas²³³.

En relación con el entorno familiar y otro tipo de tutela (Artículos 5, 9 a 11, 18.1 y 18.2, 19 al 21, 27.4 y 39), el CteDN reconoce que “la mejor forma de cuidar y atender a los niños con discapacidad es dentro de su propio entorno familiar, siempre y cuando la familia tenga medios suficientes en todos los sentidos”. A falta de entorno familiar, el CteDN alienta a que los Estados Partes utilicen los sistemas de guarda familiar, los cuales “deben ofrecer la formación y el aliento necesarios a las familias adecuadas y prestar el apoyo que permita al hogar de guarda atender de forma apropiada al niño con discapacidad”. En cuanto a colocación de niños y niñas con discapacidad en instituciones, el CteDN insta a que los Estados Partes “utilicen estos únicamente como último recurso, cuando sea absolutamente necesario y responda al interés superior del niño”, enfatizando en la necesidad de “que se efectúe una revisión periódica del tratamiento que se ofrece al niño y de todas las circunstancias relacionadas con su colocación con objeto de supervisar su bienestar”. En materia de abusos, el CteDN destaca que “los niños con discapacidad son más vulnerables a todos los tipos de abuso, sea mental, físico o sexual en todos los entornos, incluidos la familia, las escuelas, las instituciones privadas y públicas, entre otras cosas, otros tipos de cuidados, el entorno laboral y la comunidad en general”, y a dichos fines insta a “los Estados Partes a que, al hacer frente a la cuestión de la violencia y los abusos, adopten todas las medidas necesarias para la prevención del abuso y de la violencia contra los niños con discapacidad”, enunciando una serie de medidas a modo de ejemplo²³⁴.

En materia de salud básica y bienestar (Artículos 6, 18.3, 23, 24, 26 y 27.1 a 3), el CteDN señala que los niños con discapacidad muchas veces se ven denegados del acceso a la salud “debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de la salud”, al tiempo que insiste en que “los servicios de salud deben proporcionarse dentro del mismo sistema de salud pública que atiende a los niños que no tienen discapacidad”. Asimismo el Comité destaca la necesidad de mejorar los sistemas de prevención y detección pre-

²³³ Ídem, párrafos 34 a 40.

²³⁴ Ídem, párrafos 41 a 50.



coz de las discapacidades en niños y niñas, y reitera su preocupación “por la práctica prevaliente de esterilización forzada de los niños con discapacidad, en particular las niñas”²³⁵.

En relación con la educación y el ocio (Artículos 28, 29 y 31), el CteDN reafirma que “la educación inclusiva debe ser el objetivo de la educación de los niños con discapacidad” y que con dicho fin “el acceso efectivo de los niños con discapacidad a la enseñanza debe garantizarse para promover el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”. Asimismo, el CteDN observa que “hay que ofrecer a los niños con discapacidad oportunidades iguales de participar en diversas actividades culturales y artísticas, así como en los deportes”²³⁶.

Finalmente, el CteDH también aborda y desarrolla la aplicación de los denominados principios generales sobre los que se basa conceptualmente todo el andamiaje jurídico de los derechos humanos de los niños y niñas, esto es, el principio de no discriminación, el interés superior del menor, el derecho a la vida, y el derecho al respeto de la opinión del niño²³⁷. En especial en lo que respecta al derecho al respeto de la opinión del niño, el CteDN, por intermedio de la Observación General n° 12, ha señalado que “los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones”, y que en materia del derecho a la salud “se les debe suministrar información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados, en particular de manera apropiada y accesible para los niños con discapacidades”²³⁸.

La discapacidad en el seguimiento de la CDN por parte del CteDN

El CteDN lleva a cabo su labor de control y seguimiento a través del procedimiento de examen de los informes de los Estados en virtud de lo establecido por el Artículo 44 de la CDN. Actualmente, se encuentra en proceso de adopción un tercer protocolo

²³⁵ Ídem, párrafos 51 a 61.

²³⁶ Ídem, párrafos 66 a 72.

²³⁷ Ídem, párrafos 28 a 33.

²³⁸ Observación General n° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, Comité de los Derechos del Niño El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafos 21 y 100 respectivamente.



facultativo a la CDN, cuyo principal objetivo es la de asignar competencia al Comité para analizar reclamaciones individuales²³⁹.

En relación con la presentación de informes, el CteDN ha señalado que los Estados Partes al momento de informar sobre el artículo 23 deberán “especificar el número y el porcentaje de niños con discapacidad, desglosados (...) y con arreglo a la naturaleza de la discapacidad: a) Cuyos padres reciben asistencia especial material o de otra índole; b) Que viven en instituciones, incluidas las instituciones para enfermos mentales, o fuera de sus familias, por ejemplo acogidos en hogares de guarda; c) Que asisten a las escuelas ordinarias; d) Que asisten a escuelas especiales; e) Que no asisten a escuelas o establecimientos similares”, y que en relación con la salud y el bienestar, “se pide a los Estados Partes que proporcionen información pertinente y actualizada acerca de los niños con discapacidad y las medidas adoptadas para garantizar su dignidad, autonomía y participación activa en la comunidad mediante el acceso a todo tipo de servicios, transporte e instituciones, en particular a las actividades educativas y culturales”²⁴⁰.

En relación con los informes de los Estados Partes, el trabajo presentado por QUINN & DEGENER ante el ACNUDH en 2002 destaca que el tratamiento de la situación de niñas y niños con discapacidad resulta insuficiente por al menos dos motivos. En primer lugar, porque los informes adolecen de datos estadísticos específicos sobre niños y niñas con discapacidad, y brindan poco detalle acerca de la medida en que disfrutan de sus derechos en la práctica. En segundo lugar, porque los Estados tienden a informar sobre la discapacidad casi exclusivamente en relación con el artículo 23 y no de forma transversal respecto de todos los derechos reconocidos por la CDN²⁴¹.

El estudio de los informes de los Estados Partes y de las Observaciones Finales del CteDN a partir de la entrada en vigor de la CDPD muestra un cambio visible en cuanto al abordaje de la discapacidad en relación con los derechos de los niños y niñas, aunque sin llegar al nivel de transversalidad propuesto por la CDPD.

Por ejemplo, el último informe presentado por Canadá ante el CteDN evidencia un incremento notable de las referencias hacia niños y niñas con discapacidad incluso

²³⁹ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, A/HRC/17/L.8, 9 de junio de 2011.

²⁴⁰ Comité de los Derechos del Niño, Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, Aprobadas por el Comité en su 55º período de sesiones (13 de septiembre 1º de octubre de 2010), CRC/C/58/Rev.2, 23 de noviembre de 2010, párrafos 16 y 33 respectivamente.

²⁴¹ QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *op. cit.* pp. 142-154.



fuera de los ámbitos usuales de salud y bienestar, como es el caso de la vivienda, la educación, la maternidad, la formación y la reducción de la pobreza. No obstante, la mayoría de las referencias suelen girar en torno a aspectos de tipo asistenciales (prestaciones sociales, beneficios impositivos, subvenciones etc.)²⁴². En forma similar, el informe de Austria también destaca el incremento de prestaciones sociales y ayudas estatales para afrontar los derechos de niños y niñas con discapacidad, al tiempo que también aborda la discapacidad desde la perspectiva de la no discriminación y la educación²⁴³. Por su parte, el informe de Italia recoge un modelo mucho más clásico en el cual las referencias a la discapacidad se ciñen prácticamente de forma exclusiva a los aspectos asistencialistas y al área educativa²⁴⁴. En sentido similar, el informe de Bolivia recoge reiteradas referencias hacia la discapacidad, aunque parece centrarse principalmente en aspectos de tipo asistenciales y de rehabilitación, todo ello desde una perspectiva de política pública y no desde una visión de derechos humanos²⁴⁵.

Desde el abordaje del propio CteDN, las Observaciones Finales a los informes de los Estados Partes muestran un incremento notable de las referencias hacia la discapacidad y una mayor visibilidad de la misma, toda vez que el CteDN parece haber adoptado la metodología de incluir todo un apartado reservado a “Discapacidad, salud básica y bienestar”. No obstante, el análisis detallado de la labor del CteDN demuestra que la mayor visibilidad en las referencias hacia la discapacidad siguen siendo focales y circunscriptas al área de salud, educación y bienestar²⁴⁶.

²⁴² Informe de Canadá (CRC/C/CAN/3-4, 4 de enero de 2012).

²⁴³ Informe de Austria (CRC/C/AUT/3-4, 16 de noviembre de 2011).

²⁴⁴ Informe de Italia (CRC/C/ITA/3-4, 5 de julio de 2010).

²⁴⁵ Informe de Bolivia (CRC/C/BOL/4, 25 de marzo de 2009).

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, las Observaciones finales a los informes de Estados señalados anteriormente: Observaciones Finales del Comité a Canadá (CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 de diciembre de 2012); Observaciones Finales del Comité a Austria (CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 de diciembre de 2012); Observaciones Finales del Comité a Italia (CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 de octubre de 2011); Observaciones Finales del Comité a Bolivia (CRC/C/BOL/CO/4, 16 de octubre de 2009).

Capítulo III

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. Introducción

La CDPD se adoptó por parte de la AG el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008²⁴⁷. Con ello se constituyó en el primer instrumento universal de carácter vinculante que aborda de forma específica los derechos de las personas con discapacidad²⁴⁸. El proceso de negociación se inició con la adopción de la resolución de la AG 56/168 de 2001 en la que decidió “establecer un comité especial abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas para que examine propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social”²⁴⁹. Con el establecimiento del Comité Especial se llevaron a cabo ocho reu-

²⁴⁷ Para un análisis exhaustivo de la CDPD véase: PALACIOS A & BARIFFI F, (2007), *op. cit.*; PALACIOS A, & WALLS M, (2007) “Changing the Paradigm – the Potential impact of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Irish Yearbook of International Law* Vol. 1; LAWSON, A., (2006-2007), *op. cit.*; MCKAY D, (2006-2007) “The United Nations Convention of the Rights of Persons with Disabilities”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, pp. 323-331; KAYESS, R. & FRENCH, P., (2008) *op. cit.*, pp. 1-34.

²⁴⁸ En el ámbito de la OEA se encuentra vigente la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, adoptada en Guatemala el 7 de junio de 1999, y que entró en vigor el 14 de septiembre de 2001.

²⁴⁹ Para un repaso del proceso de negociación y de la participación de España véase: CABRA DE LUNA, M.A., BARIFFI, F., & PALACIOS, A., (2007), *op. cit.*



niones a lo largo de cinco años. Los diferentes informes aprobados por el Comité Especial pueden ilustrar este proceso de negociación relativamente corto si tomamos en cuenta el promedio de negociación de tratados internacionales multilaterales de derechos humanos²⁵⁰.

3.2. La participación de las propias personas con discapacidad: “nada para nosotros sin nosotros”

Probablemente, el hecho más significativo e importante de la adopción de la CDPD tiene que ver con la intervención activa de la sociedad civil en las instancias de negociación del tratado, en especial de las OPD²⁵¹. La participación de las personas con discapacidad organizadas en sólidas alianzas de instituciones representativas constituyó un hito histórico, ya que se trató de una modalidad totalmente inusual en un foro que generalmente se encuentra reservado exclusivamente a los representantes de los Estados²⁵².

Por primera vez, la negociación de un tratado de derechos humanos que intentaba abordar los derechos de un colectivo específico se vio “invadido” por sus protagonistas. Las personas con discapacidad dijeron presente, y rápidamente tomaron su lugar en el recinto de las Naciones Unidas. Se organizaron, se propusieron objetivos, se relacionaron con los representantes de los Estados y se hicieron escuchar.

²⁵⁰ Primer período de sesiones, del 29 de julio al 9 de agosto de 2002, UN Doc A/57/357; Segundo período de sesiones, del 16 al 27 de junio de 2003, UN Doc, A/58/118 & Corr.1, 3 July 2003, Grupo de trabajo sobre la convención, del 5 al 16 de enero de 2004, UN Doc A/AC.265/2004/WG/1; Tercer período de sesiones, del 24 de mayo al 4 de junio de 2004, UN Doc, A/AC.265/2004/5, 9 June 2004; Cuarto período de sesiones, del 23 de agosto al 3 de septiembre de 2004, UN Doc A/59/360, 14 September 2004; Quinto período de sesiones, del 24 de enero al 3 de febrero de 2005, UN Doc A/AC.265/2005/2, 23 February 2005; Sexto período de sesiones, del 1º al 12 de agosto de 2005, UN Doc A/60/266, 17 August 2005; Séptimo período de sesiones, del 16 de enero a 3 de febrero de 2006, UN Doc. A/AC.265/2006/2, 13 February 2006; Octavo período de sesiones, del 14 al 25 de agosto y 5 de diciembre de 2006, UN Doc A/AC.265/2006/4, 1 September 2006) y Final report of the Ad Hoc Committee UN Doc A/61/611, 6 December 2006

²⁵¹ Si bien el proceso involucró todo tipo de organizaciones de la sociedad civil, como organizaciones de derechos humanos, de padres de personas con discapacidad, de asociaciones y fundaciones, fueron las OPD (Organizaciones de Personas con Discapacidad) quienes claramente lideraron el proceso desde el lado de la sociedad civil. Los OPD se han consolidados como verdaderos representantes de las voces de las reivindicaciones de las personas con discapacidad. Al respecto véase: DRIEDGER, D (1989) *The Last Civil Rights Movement: Disabled Peoples' International*, C Hurst & Co Publishers, London.

²⁵² La principal alianza estratégica que se constituyó para la negociación del tratado fue el Foro Internacional de la Discapacidad (International Disability Caucus) promovido desde la Alianza Internacional de la Discapacidad (International Disability Alliance IDA) Para mayor información: <http://www.internationaldisabilityalliance.org>



Pero la participación de las propias personas con discapacidad en la negociación de la CDPD no constituyó solamente un hecho simbólico hacia el empoderamiento de las personas con discapacidad, sino que demostró, contrario a lo que se suele pensar, que las personas con discapacidad son las verdaderas “expertas” en relación con sus derechos y sus necesidades. El propio presidente del Comité Especial que negoció el tratado, el neozelandés DON MCKAY, expresó, al adoptar el texto final, que la CDPD era fruto en un 70% del trabajo y los aportes de las propias personas con discapacidad.

La modalidad de participación se desarrolló del siguiente modo: al finalizar cada ronda de participación de los representantes de los Estados en relación con cada artículo o aspecto bajo discusión, el presidente daba la palabra a las organizaciones representativas. Rápidamente las mismas comprendieron que se trataba de una oportunidad “única” pero que entonces, se debía “aprovechar” al máximo organizando previamente las posiciones encontradas entre los diferentes sectores, e intentando dar una imagen de unidad y solidez en los reclamos planteados. De este modo, la sociedad civil no sólo tuvo intervenciones destacables²⁵³, sino que además llevó a cabo una tarea precisa y constante de cabildeo con aquellos Estados más reacios a adoptar sus propuestas.

Por ello, se considera que la CDPD representa la máxima aspiración de derechos humanos de las personas con discapacidad, no solo por el modelo filosófico que la inspira, sino por el simple hecho de que sus cláusulas responden, casi en su totalidad, a los reclamos y reivindicaciones de las propias personas con discapacidad. La CDPD debe ser vista como una guía, o como una hoja de ruta de pasos a seguir y de principios a aplicar para respetar, proteger y realizar los derechos humanos de las personas con discapacidad. O dicho de otro modo: “la CDPD refleja la palabra de las propias personas con discapacidad”

De este modo, el desembarco de las personas con discapacidad en las Naciones Unidas se produjo bajo la pancarta del “nada para nosotros sin nosotros”²⁵⁴. Esta proclama, que se afianzó en el ámbito de la discapacidad hacia los 90, se ha constituido como un pilar fundamental del movimiento reivindicativo de los derechos de las personas con discapacidad. Ahora bien, la CDPD también marca un cambio fundamental en relación con “el nada para nosotros sin nosotros” ya que ahora el mismo ha pasado

²⁵³ Las mismas se pueden consultar en la web de la ONU: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1423>

²⁵⁴ CHARLTON J. I., (1998), *Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment*, University of California Press.



a ser una obligación jurídicamente vinculante para los Estados que ratifiquen el texto. En otras palabras, ahora la participación activa de las personas con discapacidad, y en especial de sus organizaciones representativas, en el diseño e implementación de leyes y políticas públicas que directa o indirectamente puedan afectar al sector de la discapacidad es una obligación jurídica y ya no sólo un imperativo moral.

La CDPD comienza por reconocer en su preámbulo que “las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente”. Pero el artículo 4 que se titula “Obligaciones generales” establece expresamente en su inciso 4 que “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”. Es decir, la participación de las personas con discapacidad con la adopción de la CDPD pasa a ser un imperativo legal²⁵⁵.

3.3. El concepto de discapacidad y de persona con discapacidad: la consolidación del modelo social

Como señala LAWSON, “hasta la penúltima sesión del Comité Especial, la cuestión sobre si la Convención debía contener una definición de “discapacidad” estaba aún sin resolver”²⁵⁶. La preocupación principal de algunas delegaciones, incluida la propia Unión Europea, radicaba en el riesgo de excluir ciertos grupos de forma no intencional. El propio presidente del Comité manifestaba, al finalizar la séptima y última reunión, sus dudas respecto de este tema²⁵⁷. Del lado de enfrente, las organizaciones

²⁵⁵ Como señala el profesor Quinn, [...the Convention provides a tool to force acknowledgment of a contradiction. But in creating a new political opening for persons with disabilities to interact with government, it also enables change to happen...], QUINN, G., (2009-2010), *op. cit.*, p.39.

²⁵⁶ LAWSON A., (2007), *op. cit.* p.593.

²⁵⁷ [...The Chair stated that there were several options if a consensus could not be reached on the definition of disability, including referencing elements of a definition in the preamble as suggested by Serbia and Montenegro, or mentioning the issue in the final report adopting the convention. He noted also that the definitions used in the Inter-American Convention, as well as those proposed by Kenya and Australia, are relatively brief, and stated that a definition of disability would optimally combine both the medical and the social approach. Although he considered the Inter-American approach to be medical, he acknowledged that as Brazil had pointed out, it did incorporate some elements from the social approach. He also acknowledged that other international conventions, such as CRC, CEDAW, and the CERD, do not explicitly define children, women, or race, respectively; however, he also recognized the complexity and nuance inherent in a definition of either disability or persons with disabilities...] UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee, Daily summary of discussion at the seventh session, 31 January 2006. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum31jan.htm>



representativas de las personas con discapacidad, lideradas por el International Disability Caucus, sostenían la necesidad de incluir una definición de “personas con discapacidad” aunque rechazaban la inclusión de una definición de “discapacidad”, alegando el riesgo de que algunos Estados interpretasen el concepto de discapacidad de un modo tan restringido que en la práctica generase la inaplicabilidad de la Convención²⁵⁸. A esta altura es posible afirmar que, una vez más, las personas con discapacidad estaban en lo cierto. En especial, las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (Artículo 12) serían mucho más débiles si no estuvieran basadas en el concepto de “personas con discapacidad” que finalmente la CDPD recoge en su Artículo 1.

El primer elemento que claramente apunta hacia la asunción de un concepto de discapacidad basado en el modelo social lo encontramos en el preámbulo de la CDPD, más precisamente en el inciso e), cuando sostiene que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Como destacan KEYESS & FRENCH, el párrafo e) evidencia una de las mayores discontinuidades entre la CDPD y el trabajo previo de la ONU en el área de la discapacidad y los derechos humanos²⁵⁹.

El hecho de que el concepto de discapacidad no aparezca en el texto del tratado no es casual. Los defensores del modelo social entendían que el énfasis del tratado debía centrarse en la persona con discapacidad y no en la discapacidad en sí misma²⁶⁰. Sin perjuicio de ello, la formulación del inciso e) del preámbulo deja claro un aspecto que preocupaba a quienes se oponían a la inclusión de un concepto legal de discapacidad, esto es, que la discapacidad como fenómeno primordialmente social “evoluciona” de la mano de los cambios sociales, y tecnológicos.

²⁵⁸ [IDC (...) opposed a definition of “disability” as such, as over time it could not effectively describe all kinds of disabilities. It hoped to move away from a medical approach and towards a definition focused on the relationship between disability and the social environment. It therefore supported a definition of “person with a disability,” as reflected in its written proposal...] Idem.

²⁵⁹ KAYESS, R. & FRENCH, P., (2008), *op. cit.* p. 24.

²⁶⁰ A diferencia de la CDPD, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad establece que “el término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Aunque algunas delegaciones, principalmente del ámbito americano, propusieron la incorporación de un concepto similar al vigente en la OEA, esta iniciativa fue rechazada por la mayoría de Estados, y por prácticamente la totalidad de las OPD. Véase al respecto UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee, Daily summary of discussion at the seventh session, 31 January 2006. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum31jan.htm>



Frente a ello, la CDPD recoge una definición de “persona con discapacidad” en el artículo 1(2), que establece: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Aunque sutil, no debe restarse importancia al hecho de que la CDPD haya incorporado la definición de “persona con discapacidad” en el artículo 1 sobre “propósito” y no en el artículo 2, reservado exclusivamente a definir una serie de conceptos claves. En rigor la CDPD no define lo que debe interpretarse por “persona con discapacidad” sino que “afirma” que esa expresión incluye a las personas en las circunstancias allí señaladas²⁶¹. Con ello, se entiende que este artículo debe interpretarse como un piso, a partir del cual cualquier otra interpretación que beneficie o amplíe su marco protector será bienvenida y deberá ser aplicada.

No obstante, como señala LAWSON, la formulación del artículo 1(2) no estuvo exenta de críticas por parte de las OPD, lideradas en torno al International Disability Caucus. En primer lugar, en relación con la referencia a deficiencias “mentales e intelectuales”, dado que para al IDC debía hacerse referencia a deficiencias “mentales, psicosociales, neurológicas, o neuro-diversas”. En segundo lugar, en relación con el término “deficiencia”, el cual era considerado como estigmatizante y podía ser reemplazado por el de “condición”²⁶². En último lugar, en relación con la referencia a “largo plazo”, la cual debía ser reemplazada por “condiciones que pueden ser permanentes, temporales, intermitentes o atribuidas”²⁶³.

De lo señalado en el preámbulo inciso e) y en el artículo 1(2), y en línea con el modelo social, podemos identificar que la discapacidad en la CDPD está constituida por la interacción de dos elementos: I) la deficiencia (caracterizado en la CDPD como deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales), el cual es parte de la diver-

²⁶¹ Como señalan Keyess y French, esto puede acarrear ciertos riesgos [... Additionally, while reference to all persons with disabilities (emphasis added) in paragraph 1 certainly has rhetorical power, it ultimately produces an element of circularity. Apart from the impairment categories listed, it is not self-evident what other impairment groups fall within the boundaries of the category. The treaty body will no doubt ultimately develop jurisprudence in this area, but, in the meantime, the boundaries of the category of persons to benefit from the CRPD will be determined domestically, potentially depriving some impairment groups of human rights protection...] KAYESS, R. & FRENCH, P., (2008), *op. cit.* pp. 23-24.

²⁶² Palacios y Romañach también critican el efecto estigmatizante de los términos “deficiencia” y “discapacidad”, para lo cual proponen el uso de, concepto de diversidad funcional. Véase PALACIOS, A., & ROMAÑACH, J., (2006), *op. cit.*

²⁶³ LAWSON, A., (2006-2007), *op. cit.* p.594.



sidad humana, pero no es lo que determina la discapacidad; y, particularmente, II) el concepto de barrera, que impide o limita el goce de los derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás. Así, el modelo social integra una dimensión social al reconocer la existencia de barreras en la sociedad que limitan o impiden el ejercicio de derechos, a diferencia del modelo médico, que considera a la persona con discapacidad como “anormal”, por lo cual debe rehabilitarse o quedar excluida²⁶⁴.

Desde un riguroso análisis teórico, tal como destacan KEYESS & FRENCH, lo señalado en el preámbulo inciso e) y en el artículo 1(2) de la CDPD seguramente perpetúe, y quizás irrevocablemente incremente, la confusión conceptual entre la deficiencia y la discapacidad. La CDPD generalmente utiliza el término “personas con discapacidad” cuando conceptualmente parece estar refiriéndose a “personas con deficiencias”, lo que dificulta interpretar la CDPD estrictamente de conformidad con el modelo social. Según la CDPD, su marco protector no se dispara por la existencia de una deficiencia, sino por una discapacidad, y esta última, en realidad, sería la barrera social. Desde este marco lógico, el artículo 14 cuando dice que “la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”, entonces lo que habría que analizar, ante un potencial caso de discriminación, sería si la persona enfrenta barreras que le impiden ejercer sus derechos. Claramente, aquí la CDPD lo que intenta proteger es a las personas con deficiencias, independientemente de que dichas deficiencias “al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad”, o no²⁶⁵.

Más allá del debate teórico señalado, lo cierto es que el concepto de “persona con discapacidad” de la CDPD está llamado a convertirse en un elemento crucial, y si se

²⁶⁴ [...no serían las limitaciones individuales las raíces de la “discapacidad”, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Esto significa entender que una cuestión es la diversidad funcional de la persona (esto es, una diferencia física, mental, sensorial o intelectual respecto de la media), y otra la desventaja que se presenta cuando dicha persona quiere interactuar en sociedad. Esta desventaja sería la consecuencia del diseño de un tipo de sociedad pensada para una persona “estándar”, que dejaría afuera las necesidades de las personas con diversidad funcional...] PALACIOS, A., (2008), *op. cit.*, p. 314-330.

²⁶⁵ [...In part this conceptual problem arose because the Ad Hoc Committee sought to distinguish between impairment (which they conceptualised as 'disability') and a characteristic of impairment (such as an inability to control impulse, mood or maintain accurate perception that poses a risk of harm to others), which they incorrectly conceptualised as external to impairment and disability. They sought to prevent interference with the individual on the basis of impairment, while preserving the right of the State to intervene, if necessary, in relation to conduct perceived to be external to impairment. However correctly understood, such conduct is often the manifestation of impairment, or of the disability the person with impairment experiences in interacting with the social environment. For example, a person with brain injury may engage in violence towards others due to an inability to control impulse in the context of environmental factors that cause severe stress and frustration...] KAYESS, R. & FRENCH, P., (2008), *op. cit.* pp. 21-22.



quiere controversial, en la incorporación de la misma en el derecho interno. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque la mayoría de los Estados contemplan en su derecho interno definiciones de “discapacidad” que en realidad lo que intentan regular, o lo que abordan, es la deficiencia²⁶⁶. En segundo lugar, porque la mayoría de dichas definiciones, se materializan en la práctica mediante un procedimiento administrativo que determina, y en algunos casos gradúa, la deficiencia, y generalmente sobre la base de la CIF-2001²⁶⁷. En tercer lugar, porque la mayoría de dichos Estados, definen “discapacidad/deficiencia” con el objeto de proporcionar un marco regulatorio de tipo asistencialista (acceso a pensiones, tratamientos de rehabilitación, beneficios fiscales, beneficios para el transporte público etc.). En último lugar, y como consecuencia del carácter asistencialista de los marcos regulatorios, porque la mayoría de dichos Estados abordan algunos aspectos relacionados con los derechos civiles y políticos de las personas con discapacidad en marcos jurídicos independientes, lo que supone la adopción explícita o implícita de otro concepto de discapacidad/deficiencia diferente (por ejemplo la regulación de la capacidad jurídica se aborda en el código civil bajo el concepto o noción de incapaz o demente, o la regulación de los internamientos forzosos se aborda en leyes especiales de salud mental bajo el concepto o noción de enfermos mentales)²⁶⁸.

El caso de España es particularmente ilustrativo de lo señalado en el párrafo anterior, lo cual puede apreciarse por medio del proceso de evolución normativa en materia de derechos de las personas con discapacidad. Hasta fines de 2013 España basaba toda la regulación de los derechos de las personas con discapacidad por medio de dos leyes

²⁶⁶ Véase por ejemplo: Definition of disability in selected national legislation, Background Documents to the Eight Session, en donde puede observarse que, de las definiciones internas presentadas por treinta y seis países, solo tres incluyen factores sociales a la hora de definir la discapacidad. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8docs/ahc8bkdoc5.doc>

²⁶⁷ [...] From the IDC's point of view, the ICF was part of the human rights problem faced by persons with disability that the CRPD was to overcome through its exposition of the social model of disability. Consequently, any attempt to use the ICF to interpret the boundaries of the class of persons protected by the CRPD is likely to be extremely controversial, at least within the civil society movement of disabled persons. The future relationship between the ICF and the CRPD, and indeed the future of the ICF itself, are at this stage crucial unanswered questions...] KAYESS, R. & FRENCH, P., (2008), *op. cit.* p. 25.

²⁶⁸ BARIFFI, F. y PALACIOS A. (2008), (Comps.) Capacidad Jurídica y Discapacidad, Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cuaderno de trabajo nº 1 / Argentina; Cuaderno de trabajo nº 2 / Brasil; Cuaderno de trabajo nº 3 / Portugal; Cuaderno de trabajo nº 4 / Chile; Cuaderno de trabajo nº 5 / Colombia; Cuaderno de trabajo nº 6 / Italia; Cuaderno de trabajo nº 7 / España; Tomo 1: Derecho Común; Cuaderno de trabajo nº 7 / España; Tomo 2: Derecho Foral; Cuaderno de trabajo nº 8 / Costa Rica; Cuaderno de trabajo nº 9 / Canadá; Cuaderno de trabajo nº 10 / USA; Cuaderno de trabajo nº 11 / Suecia; Cuaderno de trabajo nº 12 / Méjico; Cuaderno de trabajo nº 13 / Reino Unido., Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprobada, Cáceres, accesible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new.html



de cabecera, esto es, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (conocida como LISMI)²⁶⁹, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (conocida como LIONDAU)²⁷⁰. Mientras la LISMI se trataba de una ley de tipo asistencialista, la LIONDAU pretendía ser una verdadera norma antidiscriminatoria con sólidas bases en el modelo social²⁷¹. A pesar de tratarse de una ley inserta en la filosofía del modelo social, la LIONDAU, hasta la entrada en vigor en España de la CDPD, recogía un concepto de persona con discapacidad mediante referencia al concepto adoptado por la LISMI, el cual requería para considerar a una persona con discapacidad “aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento” (Cfr. Artículo 1.2). Ello fue intensamente criticado por la doctrina²⁷² y por el movimiento asociativo español encabezado por el CERMI²⁷³, al entender que el concepto de persona con discapacidad de la LIONDAU se basaba en el modelo médico, generando, por otro lado, la exclusión injustificada de todas aquellas personas que no llegasen al 33% legal pero que podrían ser objeto de discriminación²⁷⁴.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quiso remediar la crítica

²⁶⁹ Publicado en: Boletín Oficial del Estado, núm. 103 de 30 de abril de 1982, páginas 11106 a 11112.

²⁷⁰ Publicado en: Boletín Oficial del Estado, núm. 289 de 03 de diciembre de 2003, páginas 43187 a 43195.

²⁷¹ Véase: PALACIOS, A., (2007) “¿Modelo rehabilitador o modelo social?: la persona con discapacidad en el Derecho español” en CAMPOY CERVERA, I. y PALACIOS, A., (coords.), *Igualdad No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, pp. 243-305; COURTIS, C., (2004) *op. cit.*, pp. 7-14.

²⁷² Véase por ejemplo ASÍS, R. DE, AIELLO, A. L., BARIFFI, F., CAMPOY, I., & PALACIOS, A., (2007) *op. cit.*; DE LORENZO GARCÍA, R., & CABRA DE LUNA, M.A., (2007) “Análisis de la nueva legislación española en materia de sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal” en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C. *Tratado sobre discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, pp. 651-697; DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., (2007) “Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección constitucional” en LA ORDEN, J., (dir.), *Los derechos de las personas con discapacidad*. Vol I. Aspectos jurídicos, CGPJ, Madrid, pp. 4-123.

²⁷³ Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad. [...Existente una incompatibilidad con la Convención en el ámbito de protección de la discriminación por discapacidad. Como ya se denunció en los informes de derechos humanos precedentes, 2008 y 2009, es necesario ampliar el ámbito de protección contra la discriminación por discapacidad que contiene la LIONDAU a todas las situaciones que de hecho supongan una violación del principio de igualdad de oportunidades por razón de discapacidad. Para ello debería adoptarse el concepto social de la discapacidad de acuerdo a lo establecido en la Convención, a los efectos de todas las leyes que contengan acciones de protección contra la discriminación por razón de discapacidad...] *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2010*, Elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU, p. 4. Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es>

²⁷⁴ La valoración de la minusvalía se rige por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, el cual explícitamente estipula que estos baremos establecen normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías de la OMS.



señalada y compatibilizar el concepto de persona con discapacidad en España con lo estipulado en la CDPD, para lo cual propone la modificación del Artículo 1(2) de la LIONDAU²⁷⁵.

No obstante, como señala CUENCA GÓMEZ, esta redacción resulta sumamente confusa, y, además, “si bien supone una mejora de la situación anterior, debe considerarse insuficiente en tanto las personas con discapacidad que no tengan un reconocimiento administrativo de un grado de discapacidad del 33% parecen no ser beneficiarias de las medidas contra la discriminación”, al igual que no aclara el panorama sobre “si las personas que no son ellas mismas personas con discapacidad, pero que sufren una discriminación por motivos de discapacidad quedan amparadas por sus disposiciones”²⁷⁶. Estas cuestiones han sido advertidas por el Comité de la CDPD al gobierno Español, por lo que queda claro que la fórmula utilizada por el Estado Parte no se presentaba adecuada para la implementación del tratado en el derecho interno²⁷⁷.

²⁷⁵ [...] “Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad, no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional...]. Publicado en: Boletín Oficial del Estado, núm. 184 de 02 de agosto de 2011, páginas 87478 a 87494.

²⁷⁶ CUENCA GÓMEZ, P., (2012), *op. cit.* p. 148.

²⁷⁷ Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Español en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, [...]. 11. El Comité toma nota de la aprobación de la Ley Nº 26/2011, que introduce el concepto de las personas con discapacidad, definido en la Convención, y amplía la protección de esas personas. Sin embargo, le preocupa que no todas las personas con discapacidad estén protegidas por la ley. 12. El Comité insta al Estado Parte a que vele por que todas las personas con discapacidad gocen de protección contra la discriminación y tengan igualdad de oportunidades independientemente de su nivel de discapacidad. (...) 19. El Comité acoge con satisfacción las modificaciones introducidas por la Ley Nº 26/2011, por las que se suprime la necesidad de disponer de un certificado de discapacidad para presentar a un órgano judicial una denuncia de discriminación por discapacidad. Sin embargo, lamenta la falta de información sobre los casos de discriminación, y le inquieta que las personas con discapacidad sigan estando marginadas. El Comité expresa su preocupación por la falta de información sobre un ajuste razonable. También le preocupa que, en la práctica, la discapacidad afecte a la patria potestad de los padres sobre sus hijos o a la guarda de los hijos por sus padres, y que su protección jurídica contra la discriminación por motivos de discapacidad no sea jurídicamente exigible en casos de discriminación por razón de discapacidad percibida o de asociación con una persona con una discapacidad. 20. El Comité insta al Estado Parte a que amplíe la protección de la discriminación por motivos de discapa-



A raíz de ello, hacia fines de 2013 el gobierno español sanciona una nueva norma con el objetivo de unificar y actualizar la normativa de cabecera en materia de discapacidad por medio del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social en el Consejo de Ministros²⁷⁸. El artículo 4 se aboca a regular jurídicamente el concepto de “persona con discapacidad” y lo hace por medio de una doble perspectiva. En primer lugar, por medio de un concepto amplio y flexible que prácticamente reproduce la definición de persona con discapacidad de la CDPD²⁷⁹. Pero, en segundo lugar, vuelve a reafirmar el criterio del 33% o más de minusvalía²⁸⁰ aunque, en esta ocasión, la norma española parece aclarar (no en términos suficientemente claros) que dicha consideración se aplica exclusivamente respecto de prestaciones sociales o de medidas de acción positiva.

Esta doble perspectiva parece inevitable en tanto que los Estados Partes pueden alegar con cierta razonabilidad que el acceso a prestaciones o a medidas de acción positiva requiere de una tipificación jurídica restrictiva, mientras que el acceso a las medidas antidiscriminatorias requiere de una tipificación amplia y que cubra, como se ha señalado anteriormente, cualquier discriminación “por motivo” de discapacidad. Sin embargo dicha diferenciación se torna en la práctica altamente compleja y puede dar lugar a injusticias. Como destaca ASIS ROIG, frente a la perspectiva adoptada por la normativa española “se puede alegar la necesidad de establecer criterios para el acceso a unas prestaciones y que de eso se trata cuando se plantea el 33 por ciento. Sin embargo, si es así no hay razón para incluirlo en la definición de persona con discapacidad (debiéndose llevar en todo caso al ámbito de las prestaciones concretas) y, además, como criterio para las prestaciones, debería adaptarse a las circunstancias concretas y

cidad para que abarque expresamente la discapacidad múltiple, la discapacidad percibida y la asociación con una persona con una discapacidad, y a que vele por que se proteja contra la denegación de un ajuste razonable, como forma de discriminación, independientemente del grado de discapacidad. Además, se debe proporcionar orientación, sensibilización y formación para que todas las partes interesadas, incluidas las personas con discapacidad, comprendan mejor el concepto de ajuste razonable y la prevención de la discriminación...] CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011.

²⁷⁸ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE Número: 289, 03/12/2013, Disposición nº 12632, Páginas: 95635-95673.

²⁷⁹ [...Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás... (cfr. Art. 4(1))].

²⁸⁰ [...Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento (...). Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos... (cfr. Art. 4(2))].



a los diferentes contextos (la Ley sí que presta atención a las circunstancias concretas cuando se refiere a las medidas de acción positiva afirmando: “Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”)²⁸¹.

3.4. El propósito de la convención: la igualdad y la no discriminación como columna vertebral del tratado

El propósito de la CDPD, conforme lo señala el Artículo 1, es: “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”.

En aplicación del principio de no discriminación, uno de los objetivos fundamentales de la CDPD ha sido adaptar las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes al contexto específico de la discapacidad. Ello significa el establecimiento de los mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad, sin discriminación y en igualdad de oportunidades que el resto de personas²⁸².

Pero ello fue objeto de intensos debates durante el proceso de negociación. Algunas Delegaciones y expertos entendían que, como el fin de este instrumento no era reconocer los derechos humanos de las personas con discapacidad, dado que ello ya se encontraba previamente reconocido en los Tratados de Derechos humanos anteriores, la Convención se debía limitar a contener cláusulas generales de no discriminación²⁸³. Por otro lado, se entendía que la mera cláusula de no discriminación era insuficiente y se abogaba respecto de la necesidad de una Convención que contuviera derechos sustantivos²⁸⁴. Una tercera opinión consideraba necesario un enfoque mixto, que contuviera ambas estrategias²⁸⁵.

²⁸¹ ASÍS ROIG, R., (2013) “Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad”, en *Papeles el tiempo de los derechos*, Número 12, p. 5.

²⁸² PALACIOS A & BARIFFI F, (2007), *op. cit.*

²⁸³ Esta fue la posición, entre otros actores, de la Unión Europea, que dejó claro desde el inicio de los debates que: “En esta etapa temprana del proceso, y sin perjuicio del debate sobre los principios generales que pueda realizar el Comité Especial, la preferencia inicial de la Unión Europea en cuanto a la forma y el contenido de un instrumento jurídico sería la de un instrumento que contuviera principios generales, que incluyeran principalmente la igualdad y la no discriminación con respecto a los derechos humanos en el contexto de la incapacidad”. Cfr. A/AC.265/WP.2, Documento de posición presentado por la Unión Europea, Comité Especial encargado de preparar una convención amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, Nueva York, 29 de julio a 9 de agosto de 2002.

²⁸⁴ Esta fue la posición, entre otros actores, de gran parte del movimiento asociativo de personas con discapacidad desde los inicios.

²⁸⁵ Esta fue la posición, defendida, entre otras Delegaciones, por Nueva Zelanda. “Nueva Zelanda no considera los diferentes modelos discutidos en esta Reunión como opciones mutuamente excluyentes. Sr. Pre-



Finalmente, la fórmula adoptada por la CDPD fue mixta o integral. Un Tratado que aborda la protección contra la discriminación, pero que, asimismo, provee herramientas a fin de que el goce y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad no se quede solo sobre el papel, y resulte aplicable en cada derecho o área particular. Así, el Tratado aborda una serie de derechos sustantivos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al empleo, entre otros, pero dichos derechos son abordados desde la perspectiva y desde la fórmula de la no discriminación, utilizando las herramientas del derecho antidiscriminatorio. El objeto, por tanto, no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad. De este modo, se debió identificar, a la hora de regular cada derecho, cuáles eran las necesidades extra que debían garantizarse para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad²⁸⁶.

Por ello, se puede afirmar que nos encontramos frente a una Convención comprensiva, que por un lado reafirma la titularidad de las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, pero que, asimismo, establece ciertas herramientas y garantías específicas para el goce y ejercicio de estos derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Así, el principal reto en la redacción de los derechos amparados por la CDPD fue el de incluir en cada derecho específico la perspectiva de igualdad y no discriminación, para lo cual fue preciso identificar respecto de cada uno de ellos las medidas necesarias para que tal derecho pueda ser ejercido en la realidad por parte de cada persona con discapacidad. Ello nos obliga a analizar la CDPD desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación. Antes de leer este instrumento, debemos ponernos las gafas de la no discriminación y ajustar esta visión a cada derecho en concreto²⁸⁷.

sidente, no es necesario ni deseable inventar nuevos derechos, ni quitar mérito a los derechos existentes en los tratados anteriores, destinados a todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad. Más bien, la Convención debería clarificar para los Estados las medidas que se requieren para asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos y libertades fundamentales existentes. Ello debe abarcar la consideración de condiciones sociales, culturales, económicas, civiles y políticas, que son necesarias para asegurar que toda la población con discapacidad pueda ser capaz de ejercitar sus derechos. Ello también implica el reconocimiento explícito y el entendimiento de la discapacidad en un marco de derechos, más que en un marco de asistencia social, como históricamente ha sido su contexto (...).". Cfr Agenda Item 7, Contributions to proposals for a comprehensive and integral international convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities (Second Session), New York, 16 to 27 June 2003.

²⁸⁶ PALACIOS A & BARIFFI F, (2007), *op. cit.* Pp. 56-57.

²⁸⁷ Véase la ponencia presentada por la profesora PALACIOS en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD - Geneva, 24 October 2008) Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/consultation/FinalConsultationreport.241008.doc>



3.4.1. Las múltiples perspectivas del principio general de igualdad y no discriminación

El principio general de igualdad y no discriminación en la CDPD se construye a partir de la interpretación sistemática de ciertos artículos y puntos del Preámbulo.

El derecho a la igualdad constituye un pilar básico de la estructura de la Convención, y tiene, por tanto, una aplicación transversal en todos sus artículos. Asimismo, hace varias referencias en el Preámbulo (que, si bien no tiene el mismo valor jurídico que el texto propiamente dicho, es de gran valía a la hora de interpretar y aplicar el Tratado).

Ahora bien, respecto de los artículos que específicamente aluden a la igualdad y la no discriminación y que conforman su contenido, podemos decir que la CDPD contiene este principio desde diversas perspectivas.

3.4.1.1. Igualdad como propósito del instrumento

Según el artículo 1, su objeto es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales”, con lo cual la perspectiva de igualdad y no discriminación está llamada a convertirse en un elemento central al momento de interpretar el tratado conforme lo señala el artículo 31 de la CVDT.

3.4.1.2. Igualdad como principio y como valor

Según el artículo 3, la CDPD prevé como principios la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, y la accesibilidad.

Todas estas son diferentes facetas del contenido del principio de igualdad que deben ser muy tenidas en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la Convención.

3.4.1.3. Igualdad como obligación

Conforme al Artículo 4(1), los Estados “se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivo de discapacidad”.



Pero más allá de la obligación general del Artículo 4(1), en los párrafos siguientes la CDPD precisa y detalla aún más el contenido de dicha obligación al comprometer a los Estados Partes a: “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” (Cfr. Artículo 4(1)(b)), y a “tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivo de discapacidad” (Cfr. Artículo 4(1)(e)).

3.4.1.4. Igualdad como derecho

El artículo 5 de la CDPD recoge en sus cuatro incisos las diferentes dimensiones del derecho a la igualdad y la no discriminación.

En primer lugar, el inciso 1 establece el deber del Estado Parte de reconocer “que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”. Se trata de una fórmula general de igualdad formal pero que tiene importantes consecuencias en su implementación al derecho interno de los Estados, puesto que la CDPD reafirma y obliga a los Estados Partes a visibilizar la perspectiva de la discapacidad como un colectivo o categoría específica a la par de otros grupos como las mujeres, los niños, las personas mayores, las minorías raciales etc.

En segundo lugar, el inciso 2 establece la obligación de los Estados Partes de prohibir “toda discriminación por motivo de discapacidad, y de garantizar a las personas una protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”. Se trata de la fórmula de igualdad de oportunidades, la cual debe ser leída en conjunto con la definición de “discriminación por motivo de discapacidad” recogida en el Artículo 2.

En tercer lugar, el inciso 3 establece la obligación de los Estados Partes de “tomar las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables” a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación. Se trata de la fórmula de igualdad de resultados, la cual debe ser leída en conjunto con la definición de “ajustes razonables” recogido en el Artículo 2²⁸⁸.

²⁸⁸ Véase PALACIOS A, (2004) “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en CAMPOY CERVERA, I. (Coord.), (2004), *op. cit.*



Finalmente, el inciso 4 aclara que las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas no serán consideradas discriminatorias. Se trata de la fórmula de discriminación positiva y que reconoce la necesidad, y el deber de los Estados Partes de adoptar medidas de carácter específico destinadas a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la inclusión y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social²⁸⁹.

3.4.1.5. Igualdad como garantía

La CDPD no sólo consagra el derecho a la igualdad y la no discriminación, sino que también define la discriminación por motivo de discapacidad como "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo". Está claro que las medidas para mejorar el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad deben abordarse desde el uso de los mecanismos de lucha contra la discriminación.

3.4.2. *La garantía de no-discriminación por motivo de discapacidad: ¿una herramienta efectiva para promover un cambio real?*

El concepto de "discriminación por motivo de discapacidad" probablemente sea la disposición de toda la CDPD que mayor impacto debería tener en las legislaciones antidiscriminatorias en materia de discapacidad en los derechos nacionales, debido a que incluye un concepto amplio y adecuado basado en el modelo social de la discapacidad.

La definición de discriminación en la CDPD tiene varias particularidades que representan grandes logros, probablemente la principal es la de servir de base interpretativa de todos los derechos de las personas con discapacidad en el derecho interno de cada Estado.

Con ello, podría afirmarse que el concepto de discriminación por motivo de discapacidad recogido en la CDPD tiene las siguientes características:

²⁸⁹ Véase PALACIOS A, (2003), "Algunas notas sobre la implementación de medidas de acción positiva a favor de personas con discapacidad. Su tratamiento constitucional", en la obra colectiva *Las múltiples dimensiones de la discapacidad. Estudios en homenaje a Manuel Ruiz Ortega*, GONZÁLEZ MILLÁN, R & PÉREZ BUENO, L. (Coord.), Escuela Libre Editorial, Fundación ONCE, Madrid, pp.85-105.



3.4.2.1. Se centra en el resultado discriminatorio y no en la voluntad de la persona

Cuando la CDPD utiliza la frase “que tenga el propósito o el efecto” claramente denota que no se exige intencionalidad, sino que se tienen en cuenta los efectos adversos de la norma, práctica o conducta. Con ello, la CDPD se aleja de las concepciones clásicas y restrictivas de la discriminación, en las cuales es preciso demostrar una suerte de dolo del sujeto discriminador o al menos que exista acción u omisión que tenga como propósito denigrar, injuriar, u ofender a una persona que pertenezca a un grupo de especial vulnerabilidad social o que haya sido históricamente discriminado.

Por ello, esta perspectiva de la CDPD que pone foco en el resultado sin importar la intención (una especie de responsabilidad objetiva) no solo incluye las acciones y omisiones sino que también reconoce que el resultado discriminatorio puede provenir de una conducta o práctica (discriminación actitudinal) o de una norma (discriminación normativa).

3.4.2.2. Abarca todo tipo de discriminación

Es decir, comprende tanto la discriminación directa como indirecta, así como la discriminación estructural, entre otras. La CDPD no hace una distinción entre discriminación directa e indirecta, pero adopta una fórmula donde claramente incluye ambos tipos de discriminaciones. Asimismo, también deja abierto a otro tipo de discriminaciones cuando al final del artículo 5 dice “incluye todas las formas de discriminación”, donde podríamos incluir a las “represalias”.

3.4.2.3. Comprende la discriminación no solo a la persona con discapacidad, sino “por motivo de discapacidad”

De este modo, lo que prohíbe la norma es la “discriminación” “por motivos de” discapacidad, por lo que podría sostenerse que dicha formulación pone el acento sobre el fenómeno de la discriminación más que en las peculiaridades de la persona.

Conforme a lo anterior, las personas pueden ser discriminadas “por motivo de” discapacidad no teniendo ellas mismas una discapacidad. Y ello se puede generar en al menos tres situaciones determinadas:

I) Personas percibidas socialmente como personas con discapacidad.

A nivel nacional, la mayoría de los Estados que poseen algún tipo de normativa específica sobre discapacidad suelen “certificar” –generalmente por medio de un pro-



cedimiento administrativo—, cuando una persona puede ser considerada legalmente como “persona con discapacidad” y, como consecuencia de ello, susceptible de acceder a las prestaciones o derechos que el ordenamiento positivo le confiere. La modalidad de certificar mediante un documento puede generar grandes injusticias respecto de aquellas personas que no reúnen los requisitos legales para ser consideradas como “personas con discapacidad” pero que, sin embargo, son percibidas y tratadas socialmente como personas con discapacidad. La CDPD amplía el marco de protección contra la discriminación por motivo de discapacidad para cubrir todos estos casos²⁹⁰.

II) Personas que han tenido o pueden tener una discapacidad

Los avances tecnológicos nos permiten hoy día predecir con cierto rigor científico la posibilidad de que un feto pueda nacer con ciertas discapacidades, así como que una persona física pueda desarrollar discapacidades de origen congénito en cierto momento de su vida. La CDPD protege este tipo de situaciones donde la persona no tiene en rigor una discapacidad, bien porque no ha nacido, bien porque no la ha desarrollado, pero que es tratada de un modo discriminatorio por la eventualidad de su discapacidad futura. En este punto cabe destacar el Artículo 21(1) de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que incluye a las “características genéticas” como uno de los campos prohibidos de discriminación²⁹¹. También la CDPD protege contra la discriminación a personas que hayan tenido una discapacidad en el pasado, por ejemplo, una discapacidad psicosocial.

III) Personas asociadas o familiares de personas con discapacidad

Finalmente, la CDPD también incluye dentro del marco antidiscriminatorio a aquellas personas que se encuentran asociadas a una persona con discapacidad, —bien sea porque trabajan para dicha persona, o le brindan cuidados o porque tienen una relación de amistad—, así como a aquellas personas que tienen una relación de parentesco con una persona con discapacidad, —generalmente ascendencia o descendencia directa—. No son pocos los casos de madres o padres que son despedidos de sus trabajos, o directamente no son contratados por tener un hijo/hija o padre/madre con discapacidad.

²⁹⁰ Esta era una clara falencia de la Ley 51/2003 de España que se ha intentado remediar de un modo poco claro mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la cual se ha hecho referencia más arriba.

²⁹¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 346/01), artículo 21. Igualdad y no discriminación 1.- “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”



3.4.2.4. Reconoce que la denegación de ajustes razonables es un tipo de discriminación

La obligación de realizar ajustes razonables, y la expresa consideración de su denegación como discriminación, es una herramienta muy valiosa a los fines de garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad.

Pese a la resistencia y las dudas de muchos gobiernos, la CDPD logró incorporar en la misma definición de “discriminación por motivo de discapacidad” la denegación de ajustes razonables como un tipo de discriminación. Y esto supone un gran avance en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito de la discapacidad. Por primera vez un instrumento internacional de derechos humanos y de carácter vinculante reconoce que existe un deber positivo de los Estados y de la sociedad en general de tomar medidas específicas para ajustar el entorno de las personas con discapacidad y permitirles estar verdaderamente en un pie de igualdad con los demás.

El Artículo 2 de la CDPD define a los “ajustes razonables” como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Sin perjuicio de la importancia de incorporar a la denegación de ajustes razonables como un tipo de discriminación, la CDPD no logra aclarar, del mismo modo, la relación existente entre las exigencias de accesibilidad y el principio de no discriminación, máxime cuando la propia CDPD recoge un artículo específico sobre este pilar fundamental de los derechos de las personas con discapacidad. El Artículo 9 sobre “Accesibilidad” comienza por señalar que “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales...”.

Puede entenderse que los ajustes razonables son unas medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos particulares, pero que se adoptan cuando ésta no es posible desde la previsión del diseño universal, teniendo en consideración las necesidades específicas de una persona. La propia CDPD define “diseño universal” como “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan



utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado” (Cfr. Artículo 2).

Esto significa, en gran medida, que el ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad, excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio. En otras palabras, la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño universal, una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables, una estrategia a nivel particular cuando no ha sido posible prever desde el diseño universal²⁹².

Mientras la CDPD parece dejar claro que la denegación de ajustes razonables habilita a la persona con discapacidad a reclamar su cumplimiento por vía del derecho antidiscriminatorio, no parece que la misma vía pueda ser seguida ante la inaccesibilidad del entorno, de los productos o de los servicios. Pareciera como si la CDPD hubiera dado el paso a reconocer el derecho subjetivo de toda persona con discapacidad a los ajustes razonables, pero no hiciera lo propio ante la falta de accesibilidad.

La Convención prevé la discriminación por ausencia de accesibilidad en la misma definición de discriminación por motivo de discapacidad (de manera implícita) y al momento de establecer que el incumplimiento de la obligación de realizar un ajuste razonable es discriminación (de manera expresa).

Por tanto, si una persona con discapacidad viera restringido, limitado o impedido el goce o ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos en razón de su discapacidad –por falta de accesibilidad–, podría acudir a los tribunales a través de dicha garantía. Es decir, por violación del derecho a la igualdad.

La distinción que se propone va más allá de una mera cuestión semántica, ya que tiene importantes consecuencias jurídicas.

Cuando el Estado fija unas condiciones de accesibilidad, en dicho acto está evaluando la razonabilidad y la proporcionalidad de la exigencia. Por ello, una vez aprobadas legalmente las condiciones no cabría en el obligado a cumplirlas excepción alguna basada en la razonabilidad o proporcionalidad (entre otras cuestiones, no podría alegar que la carga es desproporcionada o indebida).

²⁹² ASÍS, R. DE, AIELLO, A. L., BARIFFI, F., CAMPOY, I., & PALACIOS, A., (2007), *op cit.*



En cambio, en materia de ajustes, al aplicarse a una persona particular y en un caso concreto, las consideraciones de razonabilidad y proporcionalidad pueden legalmente discutirse.

3.4.2.5. La no discriminación exige una especificidad para su efectiva aplicación

El concepto amplio y comprensivo de no-discriminación de la CDPD demanda una especificidad al momento de que dicho concepto es aplicado en un ámbito concreto. Es decir, que requiere de una tarea positiva por parte del Estado de especificar las medidas necesarias a cada ámbito para lograr la igualdad.

Por ello, no basta con incluir una cláusula genérica de no-discriminación en cada ámbito de mayor influencia para la discapacidad, como el empleo, la educación, la salud, el acceso a bienes y servicios, sino que más bien requiere especificar, como lo hace la CDPD, las medidas necesarias para equiparar las oportunidades.

De este modo, y tomando en cuenta que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y al valor inherentes del ser humano”, la CDPD establece una serie de obligaciones internacionales hacia los Estados Partes, tales como:

- Asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad
- Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- Reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna;
- Prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo;
- Adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables;
- No considerar discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad;
- Adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las



tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

- Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida.

3.5. Los principios generales

Gerard QUINN señala metafóricamente que la CDPD nos proporciona una “brújula moral” para el cambio, y que los valores de dicha brújula, se encuentran recogidos en los principios generales del Artículo 3²⁹³.

Lejos de ser una mera proclamación retórica, los principios generales reflejan el cambio de paradigma de la CDPD hacia el modelo social, y sirven de base interpretativa para el resto de las disposiciones del tratado. Donde existan sombras o ambigüedades en la CDPD, las mismas deben ser resueltas a la luz de los principios generales. El artículo 12 es un claro ejemplo de cómo utilizar adecuadamente los principios para torcer la balanza hacia la interpretación más idónea con el modelo inspirador de la CDPD.

Y aunque no pueda sostenerse un orden de prioridad o jerarquía entre los principios, no resulta casual que en primer lugar la CDPD hable de la “dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” con discapacidad. Como observa MÉGRET, “la Convención hace del logro de la autonomía de las personas con discapacidad uno de sus principales objetivos”²⁹⁴. A pesar de que la autonomía es, esencialmente, la base desde donde se construye la lógica del discurso de los derechos, no es mencionada en ningún instrumento internacional de derechos humanos. Y la razón de ello, como bien apunta MÉGRET, es que de acuerdo con la clásica idea liberal, particularmente Kantiana, de los derechos, la autonomía se presume como el fundamento de dichos derechos, y, por tanto, no es necesario especificarla²⁹⁵.

Sin embargo, la autonomía personal ha sido históricamente, o al menos desde la ilustración, un bien negado y cercenado a las personas con discapacidad, en especial a las personas con discapacidades intelectuales o mentales, con lo cual construir un

²⁹³ QUINN, G., (2009-2010), *op. cit.* p. 41.

²⁹⁴ MÉGRET, F., (2008), *op. cit.* p. 512.

²⁹⁵ Ídem, p. 513.



verdadero discurso de derechos, y que incluya a todas las personas con discapacidad, sin partir desde el reconocimiento de la autonomía, que por otro lado es lo que ha permitido construir la idea de dignidad humana desde Kant hasta muy reciente, no parece algo posible²⁹⁶.

Por ello, como sostiene DHANDA, la Convención reconoce la autonomía moral para que las personas con discapacidad puedan manejar sus propios asuntos. Y esta agencia no se encuentra basada en el paradigma de la independencia, sino en el de la interdependencia, el cual establece que capacidad y apoyos pueden coexistir. Este paradigma de la interdependencia, que permite a la autonomía y los apoyos coexistir, supone un avance significativo que la Convención ha realizado al momento de establecer un régimen de derechos para las personas con discapacidad²⁹⁷.

Más allá de las claras voces del Artículo 3, también es importante interpretar sus silencios. Ni en el Artículo 3, ni en el resto del tratado encontramos referencias hacia la idea de “protección” o de “mejor interés” de las personas con discapacidad. El Artículo 3 entiende que el mejor modo de mejorar la vida de las personas con discapacidad, no es “protegerlas”, sino “reconocer y garantizar” sus derechos. En otras palabras, existe, sin duda alguna, un profundo mensaje en la Convención, esto es, que las personas con discapacidad no son “objetos” de cuidado, sino “sujetos” que gozan de derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás.

De ahí el valor fundamental de los principios como indicadores del cambio de paradigma. Si vemos el resto de los principios, los mismos parecen concatenarse entre sí, formando un círculo lógico y cerrado donde el objetivo final es muy claro: “la autonomía personal” más “los apoyos”.

Ahora bien, como destaca QUINN, hay que resistir “la tentación de la elegancia” o la suposición de que las palabras solas traerán el tipo de cambio que se necesita. No hay garantía de que los nuevos valores (valores muy viejos, pero nuevos en su aplica-

²⁹⁶ [...] La idea de dignidad humana al mismo tiempo que ha servido para proteger la integridad física y moral de la mayoría de las personas también ha tenido como consecuencia la estigmatización de algunos colectivos (los diferentes). En efecto, el ideal de la dignidad humana va asociado con el modelo de ser humano ilustrado, caracterizado por la posesión de una serie de rasgos asociados a patrones estéticos y éticos. El modelo de ser humano de la Ilustración se apoyaba en una serie de patrones basados en la perfección (esto no era una novedad), puesta al servicio del logro de diferentes ideales que se lograban mediante la utilización de esos patrones. Así, la idea de dignidad humana, en este contexto, se apoyó en un ser caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Y ello se trasladó a la concepción de los derechos...]

ASÍS ROIG, R., (2012) *op. cit.*

²⁹⁷ DHANDA, A., (2008), *op. cit.* pp. 48-49.



ción a la discapacidad) que se receptan en el texto de la Convención serán interiorizados y luego implementados. Habrá “resistencia”, sobre todo cuando los cambios necesarios se topen con las enraizadas formas de hacer las cosas²⁹⁸.

3.6. Obligaciones generales y transversales

3.6.1. Obligaciones generales

A primera vista, la inclusión del Artículo 4 sobre “obligaciones generales” en la CDPD parecería resultar contradictoria, o incluso contraproducente. ¿Porqué, si la CDPD recoge de forma pormenorizada, e incluso en muchos casos detallada, las obligaciones que los Estados Partes deben cumplir para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, resulta necesaria una disposición como el Artículo 4?

Una primera respuesta podría ser que mientras el Artículo 4 recoge “obligaciones generales”, el resto de los artículos sobre derechos sustantivos recogen “obligaciones específicas”. Aunque esta respuesta es técnicamente acertada, no resuelve de forma práctica la necesidad de esta distinción. O incluso cabría cuestionarse sobre la diferencia jurídica existente entre una obligación general y una obligación específica a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Como señala QUINN, el Artículo 4 recoge obligaciones generales que están por encima, y más allá, de las obligaciones específicas contenidas en los artículos individuales²⁹⁹. En otras palabras, el Artículo 4 resume de un modo claro y preciso algunos aspectos fundamentales de la relación jurídica que la entrada en vigor del tratado genera respecto de cada Estado Parte, es decir, no pretende resumir el complejo listado de acciones u omisiones que cada Estado debe hacer, o no hacer, para dar cumplimiento con la CDPD, sino, más bien, pretende aclarar algunas cuestiones jurídicas fundamentales que se presentan generalmente en el contexto del denominado “derecho internacional de los derechos humanos”.

En este sentido, el desarrollo de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos³⁰⁰, la evolución de la doctrina,³⁰¹ y, sobre todo, en virtud de la inter-

²⁹⁸ QUINN, G., (2008) “Resisting the ‘Temptation of Elegance’: Can the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Socialise States to Right Behaviour”, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, ARNARDÓTTIR, O.M. and QUINN, G. Martinus Nijhoff Publishers, p. 216.

²⁹⁹ QUINN, G., (2009-2010), *op. cit.*, p.41.

³⁰⁰ En este sentido resulta muy ilustrativa la jurisprudencia de la CIADH cuando afirma que la primera obligación del Estado en virtud de la Convención Interamericana de Derechos Humanos es la de respetar los



dependencia, indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos³⁰², permite identificar tres tipos o niveles de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, esto es, obligaciones de respeto, de protección y de realización³⁰³.

derechos reconocidos y la segunda es la de garantizar su libre y pleno ejercicio, lo que a su vez implica que "...el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación". (CIADH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 165-167, 174-175); Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha expresado que: "el derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y realizar. A su vez, la obligación de realizar entraña tanto la obligación de facilitar como la obligación de hacer efectivo. La obligación de respetar el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso. La obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. La obligación de realizar (facilitar) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (hacer efectivo) ese derecho directamente". Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), (20º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999), párrafo 15; [... Internationally accepted ideas of the various obligations engendered by human rights indicate that all rights—both civil and political rights and social and economic—generate at least four levels of duties for a State that undertakes to adhere to a rights regime, namely the duty to respect, protect, promote, and fulfil these rights. These obligations universally apply to all rights and entail a combination of negative and positive duties. As a human rights instrument, the African Charter is not alien to these concepts and the order in which they are dealt with here is chosen as a matter of convenience and in no way should it imply the priority accorded to them. Each layer of obligation is equally relevant to the rights in question...] The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 155/96 (2001), párrafo 44.

³⁰¹ Véase por ejemplo, DULITZKY, A., (2004) "Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, RODRÍGUEZ-PINZÓN & GUEVARA (Comp.) Fontamara, México, pp. 82-92; STEINER, H. & ALSTON, P., (2000) *International Human Rights in Context, Law, Politics, Moral*, 2nd Ed., Oxford University Press, pp. 182-185; LUTZ E., (1997-1998) "International Obligations to Respect and Ensure Human Rights", *Whittier Law Review* Vol. 19, pp. 345-352.

³⁰² [... Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso...] Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, párrafo 5; Véase también: BREMS, E., (2001) *Human Rights: Universality and Diversity, International Studies in Human Rights* vol. 66, Martines Nijhoff Publishers, pp.3-25; VAN DIJK P., (1995) "A Common Standard of Achievement. About Universal Validity and Uniform Interpretation of International Human Rights Norms", *Netherland Quarterly of Human Rights*, Vol. 2, pp. 109 y ss.; BARIFFI F., (2003) "Sobre la Universalidad de los Derechos Humanos: ¿Universalidad o Universalismo?", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco*, Vol. 4, 31-49.

³⁰³ Véase SEPULVEDA M. M., (2003) *The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Utrecht, pp. 157-247.



En primer lugar, la obligación del Estado de respetar los derechos que se encuentra convencional o consuetudinariamente vinculado a reconocer. El carácter y contenido esencial de esta obligación ha sido aclarado por la jurisprudencia internacional³⁰⁴ y por órganos de control de derechos humanos³⁰⁵. En términos generales, se trata de una obligación de las llamadas de “no-hacer”, ya que se exige del Estado principalmente una abstención en su accionar que pueda de algún modo menoscabar los derechos protegidos. Como destaca DULITZKY, “la obligación de respetar significa no violar por acción o por omisión alguno de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos”³⁰⁶. La obligación de respetar los derechos reconocidos no debe asimilarse con la clásica división entre derechos civiles y derechos sociales, o derechos de primera y de segunda generación. Aunque tradicionalmente se ha señalado al “abstencionismo” como un rasgo característico de los derechos civiles y políticos, conforme destaca HIGGINS sobre la base una lectura más precisa de la jurisprudencia internacional, “el concepto de obligaciones positivas forma, cada vez más frecuentemente, parte integrante de los requerimientos normativos de los derechos civiles y políticos”³⁰⁷.

En segundo lugar, obligaciones del Estado de proteger el goce y pleno ejercicio de los derechos por parte de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción³⁰⁸. La obligación de “proteger” sugiere que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar el goce de los derechos humanos, lo que, a su vez, in-

³⁰⁴ [...La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo (artículo 1.1 CADH), es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado...] CIADH, Caso Velásquez Rodríguez, Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 165;

³⁰⁵ Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004); The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 155/96 (2001)

³⁰⁶ DULITZKY, A., (2004), *op. cit.*, p. 84.

³⁰⁷ HIGGINS, R., (1994) *Problems & Process: International Law and How we Use it*, Clarendon Press, Oxford, p.100.

³⁰⁸ [...La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos...] CIADH, Caso Velásquez Rodríguez, Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166.



terpretado a la luz de las disposiciones pertinentes de DIDH, supone una doble actuación. La primera de ellas, la obligación por parte del Estado de adoptar medidas preventivas tendentes a evitar la violación de derechos humanos³⁰⁹, y la segunda de ellas, la obligación de proveer remedios apropiados una vez que la violación ha ocurrido³¹⁰. En cuanto a la obligación preventiva, los órganos de seguimiento de los Pactos de DIDH han aclarado que no sólo se aplica respecto de derechos mínimos y básicos como la vida³¹¹ o la integridad física o psíquica³¹², sino también respecto de derechos, tales como, el derecho a la intimidad³¹³, al acceso a agua³¹⁴, a la alimentación³¹⁵, o a la salud³¹⁶. En cuanto a la obligación de proveer remedios apropiados, se trata de una

³⁰⁹ [...El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales...] CIADH, Caso Velásquez Rodríguez, Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafos 174-175.

³¹⁰ Vid. Declaración de Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006) y el Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005).

³¹¹ Observación General No. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982); Observación General No. 14, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - El derecho a la vida, 23º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 158 (1984).

³¹² Observación General No. 9, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10 - Trato humano de las personas privadas de libertad, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 148 (1982); Observación General No. 20, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7 - Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992).

³¹³ Observación General No. 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988)

³¹⁴ Observación general 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).

³¹⁵ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), (20º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999).

³¹⁶ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000)



obligación que ha venido evolucionando gradualmente en los últimos tiempos desde una concepción restrictiva y de medios, como lo es la garantía a una tutela judicial efectiva, a una concepción amplia y de resultados, como lo es la garantía a una reparación plena³¹⁷.

En tercer lugar, obligaciones del Estado de realizar los derechos reconocidos. Se trata de un expectativa positiva por parte del Estado de movilizar su maquinaria política hacia la realización de los derechos. Esta realización supone un avance progresivo, lo que no implica que los derechos reconocidos no sean exigibles, ya que los mismos parten de un estándar mínimo³¹⁸. La satisfacción progresiva de los derechos humanos ha sido tradicionalmente vinculada a los derechos sociales, y ello se ha debido seguramente a la errónea idea de que sólo los derechos sociales requieren, para su satisfacción, de obligaciones positivas por parte del Estado³¹⁹.

Mientras que, por lo general, la obligación de “respetar” tiene como principal cometido el evitar que sea el propio Estado el que viole los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción, las obligaciones de “proteger” y “satisfacer” tienen como principal cometido obligar al Estado a asumir un papel activo, bien sea para proteger a las personas bajo su jurisdicción para que las mismas no sean objeto de violaciones por parte de actores diferentes al propio Estado, o bien para que dichas personas alcancen un nivel de realización básico de sus derechos esenciales. El segundo y tercer nivel de obligaciones, a diferencia del primero, es el de las llamadas «de medios», es

³¹⁷ TOMUSCHAT, C., (2002) “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations” *Tulane Journal of International & Comparative Law* Vol. 10, pp. 157-184.

³¹⁸ [...] Hay que advertir que la progresividad no implica de ningún modo que las normas del PIDCP, o en su caso de la Convención Americana, no sean inmediatamente exigibles con un contenido que podríamos llamar mínimo común denominador. El sistema internacional, sin embargo, aspira a mejorar y por ello espera de, y pide a, los Estados que progresen a partir de ese mínimo consagrado en las normas internacionales...] DULITZKY, A., (2004), p. 91.

³¹⁹ [...] Gran parte del trabajo de los organismos de derechos humanos y de los órganos internacionales de aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la vida y derecho a la integridad física y psíquica (y correlativas provisiones de muerte y tortura) –derechos habitualmente clasificados como civiles y políticos– ha consistido en reforzar los aspectos vinculados con las obligaciones de proteger y satisfacer estos derechos, a través de medidas diversas que van desde la investigación de las prácticas estatales violatorias de estos derechos, el juzgamiento o el establecimiento de responsabilidades civiles o penales de sus perpetradores, la reparación a las víctimas, la modificación de la legislación que establezca fueros especiales para el juzgamiento de hechos de muerte, desaparición y tortura, la modificación de los programas de formación de las fuerzas militares y de seguridad, la inclusión de formas de educación en derechos humanos en los planes de estudio regulares, etcétera...] ABRAMOVICH, V. & COURTIS, C., (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, p. 31.



decir, se exige una actuación diligente, pero no un resultado concreto³²⁰. No obstante, como destacan ABRAMOVICH Y COURTIS, “ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de respetar están fundamentalmente ligadas a obligaciones negativas o de abstención, y las obligaciones de proteger, asegurar y promover involucran un mayor activismo estatal, y, por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta”³²¹.

Desde la perspectiva de las características propias y la tipología de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, conforme lo señalado anteriormente, el Estado se nos presenta como un sujeto internacional obligado no sólo a abstenerse de violar derechos humanos, sino también obligado a actuar, y adoptar medidas necesarias para proteger a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción de sufrir un menoscabo en sus derechos más esenciales, así como de adoptar medidas adecuadas para alcanzar un nivel mínimo de realización de los mismos, cuando ninguno de los dos niveles anteriores sea suficiente para dicho fin. Así, en el marco específico del DIDH y, sin perjuicio de las circunstancias del caso concreto, en sentido abstracto y como punto de partida, el Estado será responsable por violaciones de derechos humanos (independientemente de quien sea el autor) cuando no alcance a cumplir, de un modo satisfactorio, con los tres niveles de obligaciones impuestos por el mencionado marco jurídico.

Todo este desarrollo y evolución interpretativa de las obligaciones generales en materia de derechos humanos nos sirve para entender mucho mejor el porqué del Artículo 4 de la CDPD, y, mucho más aún, si tenemos en cuenta que el tratado recoge en un único cuerpo normativo y en un plano de igualdad, tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.

En primer lugar, el inciso 1 reconoce que para “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”, los Estados Partes se deben comprometer a adoptar una serie de medidas. Está claro que del listado que despliega el Artículo 4.1 se pueden identificar tanto obligaciones de respeto como de protección y de realización.

³²⁰ [...Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado...] CIADH, Caso Velásquez Rodríguez, Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 175.

³²¹ ABRAMOVICH, V. & COURTIS, C., (2002) *op. cit.*, p. 29.



Ahora bien, el inciso 2 establece que con "...respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional". Se trata de una disposición que ha suscitado diferentes interpretaciones y que no parece aportar demasiadas pistas sobre cómo abordar la cláusula de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales recogidos en la CDPD.

Una interpretación simplista nos llevaría a agrupar los derechos recogidos en los artículos 10 a 23 y artículo 20 como civiles y políticos, y los derechos recogidos en los artículos 24 a 28 y artículo 30 como económicos, sociales y culturales, y consecuentemente asignarles el carácter de obligaciones inmediatas o progresivas respectivamente. No obstante, el modo en el cual se aborda dichos derechos en la CDPD, rápidamente nos evidencia la interrelación e interdependencia de cada uno de dichos derechos, y por ende, la imposibilidad de aplicar un criterio tan rígido y compartimentado.

La clave para comprender esta dinámica radica una vez más en la perspectiva de no discriminación que la CDPD adopta transversalmente en relación con todos los derechos reconocidos. Las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad no debieran concebirse como obligaciones de realización progresiva, incluso cuando las mismas requieran de una obligación de satisfacción y la asignación de recursos disponibles. Por ello, DHANDA señala que la CDPD ha dado lugar al nacimiento de derechos "híbridos" o mixtos, en tanto que tiene componentes de derechos civiles y políticos, así como de derechos económicos, sociales y culturales³²². Consecuentemente, para esta autora, cuando se trata de derechos civiles y políticos, como por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión y de opinión y se requiere de medios alternativos o aumentativos de comunicación, estas medidas quedan amparadas bajo el carácter de obligación inmediata ya que se trata de parte del contenido esencial del propio derecho. QUINN, por su parte, reconoce que incluso las medidas tendentes a garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos civiles y políticos pueden verse alcanzadas por la cláusula de progresividad del Artículo 4.2³²³.

El Comité de la CDPD no se ha pronunciado hasta ahora respecto del modo de interpretar el Artículo 4.2, aunque ha proporcionado algunas pautas generales en sus di-

³²² DHANDA, A., (2008), *op. cit.*, p.55.

³²³ QUINN, G., (2009-2010), *op. cit.*, p.44.



rectrices para la presentación de informes³²⁴. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que muchas de las medidas que la CDPD exige a los Estados Partes para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de derechos civiles y políticos suponen más bien cambios ideológicos o actitudinales que no tienen costos, o, si los tienen, resultan prácticamente irrelevantes en el marco de los presupuestos generales del Estado. Pero incluso cuando las medidas exigidas requieren de costos apreciables, muchas veces basta con cambiar el destino o el foco donde el Estado destina dichos fondos. Por ejemplo, la obligación del Estado de garantizar la vida independiente y en la comunidad de las personas con discapacidad mental puede afrontarse perfectamente mediante la clausura de manicomios u hospitales psiquiátricos en pos de un modelo de tratamiento comunitario³²⁵.

El inciso 3 del Artículo 4 establece que “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”. Esta disposición recoge en clave de obligación jurídica internacional el deber de consulta por parte del Estado, lo cual ha sido intensamente señalado por el Comité de la CDPD en sus Observaciones Finales a los informes de los Estados³²⁶.

³²⁴ [...] Los Estados partes informarán sobre: (...) La manera en que se han puesto en vigor los principios y las obligaciones generales establecidos en los artículos 3 y 4 de la Convención y la manera en que se prevé asegurar su realización efectiva, en particular el principio de la promoción del pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención sin discriminación por motivos de discapacidad, como se dispone en el artículo 4, proporcionando ejemplos. (...) Los derechos reconocidos en la Convención que el Estado Parte ha procurado hacer efectivos progresivamente y los derechos que se ha comprometido a poner en práctica de inmediato. Describir el efecto de estas últimas medidas...] Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados Partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009.

³²⁵ Weller sostiene este punto de vista al afirmar que la CDPD ha generado un cambio hacia una fusión conceptual de los derechos económicos, sociales y culturales y los civiles y políticos a través de la asunción de un modelo social de salud. [...] This paper argues that the CRPD moves toward a conceptual fusion of social, economic and cultural rights with civil and political rights, through its adoption of a social model of health. Accordingly, the CRPD sets out positive obligations on State parties to provide timely and appropriate treatment to people with mental illness, including the provision of adequate community and social services and a coherent system of integration between community and institutional facilities. The CRPD also supports a strict limitation on the provision of involuntary medical treatment, and reconciles these apparently competing objectives through an emphasis on autonomy, self determination and supported decision making...] WELLER, P., (2011) “The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the social model of health: new perspectives”, *Journal of Mental Health Law* (Special Edition), p. 75.

³²⁶ Respecto de Túnez, CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011, párrafo 10; Respecto de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 16; Respecto de Perú, CDPD, CRPD/C/PER/CO/1, 16



El inciso 4 del Artículo 4 señala que: "...Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida". Se trata de una disposición cuyo fin radica en reafirmar las complejas relaciones jurídicas que los tratados de derechos humanos generan respecto de otros ordenamientos jurídicos, sean éstos domésticos, regionales, o respecto del derecho internacional general, u otros subsistemas de derecho internacional especial, o incluso dentro del propio marco especial del derecho internacional de los derechos humanos³²⁷.

Sin intención de profundizar las complejas relaciones jurídicas señaladas, las cuales han sido abordadas por la doctrina internacionalista³²⁸, lo cierto es que la CDPD pretende con esta disposición evidenciar que no siempre será la CDPD la norma a aplicar respecto de cada situación concreta. Se podría afirmar que el Artículo 4.4 en realidad está recogiendo como parte vinculante de un tratado un principio general que se ha desarrollado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, esto es, el principio de interpretación "pro-persona"³²⁹.

de mayo de 2012, párrafo 9; Respecto de Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 6; Respecto de China, CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 10; Respecto de Hungría, CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafo 14.

³²⁷ El fenómeno de la fragmentación, y en especial desde el fin de la Guerra Fría, ha comenzado a ser una cuestión de enorme relevancia para el estudio, y más importante aún, para la vigencia y aplicación del Derecho Internacional. Cabe mencionar como una clara evidencia de ello los trabajos desarrollados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades de la diversificación y Expansión del Derecho Internacional, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional Elaborado por MARTTI KOSKENNIEMI, 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682.

³²⁸ MARIÑO MENÉNDEZ, F., (1999), "Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho Internacional", en Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional, Vol. III, pp. 323-361.

³²⁹ [...las reglas de interpretación de los tratados internacionales que consagran los dos Convenios de Viena sobre derechos de los tratados se deben completar con el principio interpretatio pro homine cuando se trate de los tratados de derechos humanos, pues éstos deben interpretarse siempre de la manera más favorable al individuo...] VILLÁN DURÁN, C., (2002) *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, p.104; PINTO, M., (1997) "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ABREGÚ, M. & COURTIS, C. (Comp.) CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 163-172; BIDART CAMPOS, G., (1994) *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar.



Finalmente el inciso 5 señala que “Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones”. Aquí también la CDPD parece incurrir en lo que se podría señalar como una “obiedad jurídica”, toda vez que los principios generales de derecho internacional señalan que los tratados internacionales resultan obligatorios “para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio”³³⁰, con lo cual la razón de ser de esta disposición habría que buscarla más bien desde lo simbólico que desde su valor jurídico innovador.

Sin perjuicio de lo señalado, el Artículo 4.5 tiene importantes derivaciones en al menos dos aspectos. El primero de ellos, la CDPD reconoce que en la realización de muchos de los derechos amparados, en especial derechos como la educación o la salud, son muy frecuentemente asumidos en el contexto de los Estados Partes por las autoridades descentralizadas (Estados, Provincias, Autonomías, Departamentos, Regiones, o Municipios), con lo cual la inclusión de esta disposición en el marco de las obligaciones generales resulta de suma importancia. El segundo de ellos, la CDPD también se hace eco de una creciente tendencia en la práctica internacional, esto es, la posibilidad de que Organizaciones Internacionales de Integración Regional puedan ser partes del tratado³³¹. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la ratificación de la CDPD por parte de la Unión Europea³³².

3.6.2. *Obligaciones transversales*

Más allá de las obligaciones generales recogidas en el Artículo 4 de la CDPD, el tratado contiene una serie de “obligaciones transversales”, las cuales se deben tener siempre en cuenta al momento de interpretar y aplicar cualquiera de los derechos específicos. Se trata probablemente de una modalidad novedosa en materia de tratados internacionales de derechos humanos, o al menos en la magnitud y extensión buscada durante el proceso de negociación de la CDPD³³³. Aunque los Órganos de los Tratados han sostenido que, por ejemplo, la obligación general de no-discriminar recogida en

³³⁰ Cfr. Artículo 29 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La doctrina concuerda que el Artículo 29 debe ser leído conjuntamente con el Artículo 27. VILLIGER, M. E., (2009) *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 387-394.

³³¹ Cfr. Artículo 44 CDPD.

³³² 2010/48/CE, Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

³³³ Véase por ejemplo: Incorporación de la perspectiva de la discapacidad en el programa de desarrollo, Nota de la Secretaría, Comisión de Desarrollo Social, 46° período de sesiones, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.5/2008/6, 23 de noviembre de 2007.



los dos Pactos deben interpretarse y aplicarse de forma transversal a lo largo de todos los derechos humanos recogidos en dichos instrumentos, la CDPD expande dicho efecto respecto de otras obligaciones que se consideran fundamentales para el contexto específico de los derechos de las personas con discapacidad.

Aunque la noción de transversalidad no es exclusiva de discurso de los derechos humanos de las personas con discapacidad³³⁴, lo cierto es que desde la visión del modelo social surge como un componente natural y fundamental para lograr cambios reales y efectivos de cualquier política en discapacidad basada en los derechos humanos. Prueba de ello es que legislaciones nacionales basadas en el modelo social de discapacidad, recogen y definen este principio³³⁵.

Recogidos entre los artículos 1 a 9 de la CDPD se podrían identificar y agrupar las siguientes cuestiones transversales: i) Definiciones; ii) Principios; iii) Igualdad y no discriminación; iv) Género, v) Niñez, vi) Toma de conciencia; y vii) Accesibilidad.

Los ámbitos relativos a las definiciones, los principios generales, y el principio de igualdad y no discriminación, han sido abordados en detalle más arriba. Corresponde por tanto, analizar las cuestiones transversales restantes.

3.6.2.1. Género y discapacidad

La CDPD adopta un doble enfoque en lo relativo a la situación de las mujeres con discapacidad. Por un lado, un artículo específico sobre la materia y, por otro, la transversalidad de la perspectiva de género a lo largo de todo el instrumento. A través de un artículo específico (artículo 6) se reconoce, entre otras cuestiones, la múltiple discriminación que sufren las mujeres con discapacidad y la obligación de adoptar medidas a fin de garantizar el disfrute pleno y en igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Más allá de la especificidad del Artículo 6, la CDPD recoge menciones expresas de la perspectiva de género tanto en el preámbulo (incisos q y s) como en el Artículo 3(g).

³³⁴ En realidad, este concepto surge y se consolida a nivel internacional en materia de igualdad de género por medio de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

³³⁵ Por ejemplo, el Artículo 2(f) de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad de España, establece que “Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad” es “el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad”.



La doble discriminación de las mujeres con discapacidad no es producto de una suma de las necesidades que se plantean por discapacidad y género, sino que al conjugarse ambas variables se produce una situación diferente y especial que es preciso conocer y reconocer con el fin de disponer de diferentes instrumentos legislativos que permitan responder a las necesidades de esa situación específica y así, favorecer el acceso a la igualdad de oportunidades y el disfrute pleno de los derechos de este colectivo de mujeres. Por lo tanto, la discapacidad no debe ser asumida desde la vulnerabilidad, sino desde la necesidad de plantear un nuevo orden a través de la participación social, la visualización de las mujeres con discapacidad y la posibilidad de participar de forma activa en la toma de decisiones³³⁶.

El doble enfoque de la CDPD se traduce en términos jurídicos en dos tipos de obligaciones, esto es, prohibición general de no-discriminación por motivo de género y obligaciones específicas para abordar la discriminación de género en áreas especialmente sensibles.

La prohibición general de no-discriminar por motivo de género en el ámbito de la discapacidad no sólo se encuentra reconocida en el Artículo 6(1) sino también en el Artículo 3(g). Durante el proceso de negociación, algunas delegaciones y organizaciones defensoras de los derechos de las mujeres abogaron fuertemente por la inclusión de una disposición específica que estableciera el reconocimiento por parte de los Estados de las múltiples formas de discriminación a las que son objeto las mujeres y niñas con discapacidad, así como la inclusión de una prohibición general de discriminación por motivo de género. Sin perjuicio de que la prohibición general de discriminación por motivo de género estuviese implícita en lo señalado por el Artículo 5, los defensores de la inclusión de una disposición específica consideraban de suma importancia que un tratado internacional de derechos humanos de tipo vinculante estableciera expresamente esta prohibición, en especial teniendo en cuenta que la CEFDM –principal documento de derechos humanos para abordar la discriminación por motivo de género– no menciona expresamente a las mujeres con discapacidad³³⁷.

Más allá de su valor simbólico, la prohibición general de no discriminar por motivo de género a las mujeres con discapacidad ha supuesto una visibilidad evidente de la

³³⁶ Véase BENGOCHEA GIL, M. A., (2010) “Mujeres con discapacidad: diferencia, exclusión y doble discriminación. Marco legislativo y propuestas para fomentar la igualdad” en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, pp. 479-518.

³³⁷ Sin perjuicio de ello el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha intentado remediar esta carencia mediante la adopción de la Recomendación General No 18 (mujeres discapacitadas) Décimo período de sesiones, 1991. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).



discriminación múltiple en el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la CDPD, que, como lo ha manifestado repetidamente el Comité de la CDPD, se traduce en una obligación internacional de tipo práctica y mensurable³³⁸.

Ahora bien, la CDPD no sólo queda con la obligación general de no discriminar por motivo de género, sino que también recoge una serie de obligaciones específicas para abordar la discriminación de género en áreas especialmente sensibles.

El área o ámbito donde la CDPD considera más importante enfatizar y especificar la perspectiva de género es en relación con la violencia y el abuso. El artículo 16(1) de la CDPD exige a los Estados "tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas y de otra índole para proteger a las personas con discapacidad, tanto dentro como fuera del hogar, de todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos sus aspectos de género". El artículo 16(2) de la CDPD exige a los Estados "tomar las medidas adecuadas para prevenir todas las formas de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, formas apropiadas de asistencia y apoyo de acuerdo al género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso." Promoviendo aún más el deber del Estado de proteger y realizar, el artículo 16(5) de la CDPD establece que "Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados." Por lo tanto, es un requisito de la CDPD que los Estados adopten medidas específicas sobre género con el fin de combatir la violencia y el abuso.

Adicionalmente, la CDPD también establece obligaciones específicas en materia de género y discapacidad en relación con el Artículo 8 (obligación de los Estados de luchar contra "los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida"), el Artículo 25 (obligación de los Estados de adoptar "medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud"), el Artículo 28 (obligación de los Estados de "asegurar el acceso

³³⁸ Véase por ejemplo lo observado por el Comité de la CDPD en sus observaciones finales a los informes de los Estados en relación con el informe de Perú (CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafo 15); de Argentina (CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 14), o de Hungría (CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafo 20)



de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza”), y el Artículo 23 (la obligación de los Estados de asegurar que “personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”)³³⁹.

Como lo evidencian los informes y estadísticas internacionales, existen algunas áreas o ámbitos donde las mujeres y las niñas con discapacidad sufren mayormente discriminaciones múltiples, tales como, i) violencia de género, ii) acceso a la justicia, iii) acceso a servicios de rehabilitación, iv) acceso a asistencia sanitaria esencial, v) derecho a la salud sexual y reproductiva, vi) derecho a formar una familia y al matrimonio, vii) educación y alfabetización, viii) discriminación en el trabajo, y ix) nivel adecuado de vida³⁴⁰.

3.6.2.2. Niñez y discapacidad

La CDPD también adopta un doble enfoque a la hora de proteger la situación de los niños y las niñas con discapacidad. Por un lado, dedica un artículo específico – para dar visibilidad a su situación– y, por otro, adopta una perspectiva de transversalidad a lo largo de todo su articulado. A través de este artículo se establece una protección específica, mediante la cual los Estados Partes se comprometen a tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de los niños y las niñas con discapacidad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás. Entre ellos, el derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afectan, opinión que, obviamente, será considerada, como sucede siempre en el tema de la infancia, con arreglo a la edad y la madurez del niño o la niña en cuestión. Por otro lado, el artículo consagra, al igual que lo hace la Convención de Derechos del Niño, el interés superior del niño o la niña, principio muy desarrollado a nivel doctrinal y jurisprudencial, pero que podría resumirse en la idea de que siempre que se encuentre involucrado un niño o una niña, a la hora de interpretar o aplicar una cláusula y/o de tomar una decisión que le involucre, lo que debe primar es la satisfacción de sus derechos, y el interés del niño o la niña pasará a ser el interés que primará sobre cualquier otro³⁴¹.

³³⁹ Estos ámbitos han sido expresamente mencionados por el Comité de la CDPD en sus observaciones finales a los informes de los Estados, por ejemplo en relación con el informe de Túnez (CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011, párrafo 15); o el informe de España (CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 22).

³⁴⁰ Véase Human Rights YES!, (2007) by Janet E. Lord, Katherine N. Guernsey, Joelle M. Balfé & Valerie L. Karr, Nancy Flowers, Editor, University of Minnesota, Capítulo 16.

³⁴¹ Véase CAMPOY CERVERA, I., (2009) “Los derechos de los niños con discapacidad”, en BERNUZ BENEITEZ, M. J. (coord.), *El cine y los derechos de la infancia*, col. Cine y Derecho, núm. 30, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 135-161.



El Informe Mundial sobre la Discapacidad estima que hay entre 93 y 150 millones de niños y niñas con discapacidad en el mundo. De acuerdo con el informe, "Los niños con discapacidad tienen menos probabilidades de concurrir a la escuela, con lo cual tendrán oportunidades limitadas para la formación de capital humano, accederán a menos oportunidades laborales y tendrán una productividad inferior durante la etapa adulta"³⁴².

Los niños y niñas con discapacidad en todo el mundo son a menudo marginados y excluidos de la sociedad. Las principales modalidades de violaciones de derechos humanos contra niños y niñas con discapacidad incluyen: Antes del nacimiento: - La mala salud y nutrición materna; - Atención prenatal inadecuada, y - Examen prenatal e interrupción del embarazo por motivos de discapacidad; Al nacimiento: - Eutanasia; - Negación de alimentos y/o tratamientos médicos apropiados, y - Riesgo de rechazo por parte de los padres; Después del nacimiento: - Institucionalización en un entorno segregado lejos de la familia; - Aislamiento en el hogar y aislamiento de la comunidad; - Negación del derecho a la educación, entre otros derechos humanos; - Riesgo de continuos tratamientos médicos, algunos dolorosos e innecesarios, y - Negación del derecho a participar en las decisiones que afectan sus vidas³⁴³.

A diferencia de lo que sucedía con relación a las mujeres con discapacidad, en materia de niñez el principal instrumento internacional vinculante que recoge los derechos específicos de los niños y las niñas, sí recoge una disposición específica sobre "niños y niñas con discapacidad" (Artículo 23 de la CDN). No obstante, como se ha mencionado ya en el Capítulo 2 del presente trabajo, el abordaje o la perspectiva de la discapacidad en el marco de la CDN ha sido deficiente.

Ello no supone que la CDN no resulte de vital importancia para interpretar e implementar adecuadamente el Artículo 7 de la CDPD³⁴⁴. El propio preámbulo de la CDPD (inciso r) reconoce que "los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño". Más aún, el abordaje de los derechos de los niños y las niñas con discapacidad en la

³⁴² Organización Mundial de la Salud y Grupo del Banco Mundial, Informe mundial sobre la discapacidad, p. 11 (2011): http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/index.html

³⁴³ *Human Rights YES!*, (2007), *op. cit.* capítulo 15.

³⁴⁴ Véase en este sentido CAMPOY CERVERA, I. Y PALACIOS, A., (2010) "Niños y niñas con discapacidad: reflexión general y concreción en España", en CUENCA GÓMEZ, P. (ED.), *op. cit.*, pp. 547-572.



CDPD se basa esencialmente en los cuatro pilares fundamentales de la CDN, esto es, i) la no discriminación; ii) la observancia del interés superior del niño; iii) el derecho a la supervivencia, a la vida y al desarrollo y iv) el derecho a participar y a ser oído.

El artículo 7 sobre “niños y niñas con discapacidad” expresa con gran detalle el modo en el cual todos los derechos humanos se deben aplicar a los niños y las niñas con discapacidad; más precisamente señala que:

- Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas;
- El interés superior del niño sea la consideración primordial en los asuntos que afecten a los niños y las niñas con discapacidad;
- Los niños y las niñas con discapacidad tengan el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, y
- Los niños y las niñas con discapacidad deben recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder realizar sus derechos.

Mientras que el artículo 7 se aplica a toda la CDPD y exige que los niños y niñas con discapacidad sean tenidos en cuenta en todos los aspectos de la implementación de la CDPD, hay otros artículos que abordan cuestiones específicas de importancia para los niños y las niñas con discapacidad y que añaden consideraciones relacionadas con la edad a ciertas obligaciones. El artículo 6 subraya que las niñas con discapacidad suelen ser objeto de múltiples formas de discriminación y obliga a los Estados a tomar medidas para hacer frente a tal discriminación. El artículo 8 destaca la obligación de los Estados de llevar a cabo actividades de concientización en el marco del sistema educativo, incluso respecto de niños y niñas en educación inicial. El artículo 16 exige que los Estados adopten leyes y políticas centradas en los niños y las niñas para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados. El artículo 18 plantea la cuestión de la inscripción de niños y niñas luego del nacimiento, quienes muy a menudo son excluidos de los registros de nacimiento, lo que socava sus derechos a acceder a una gran variedad de servicios. El artículo 23 protege el derecho de los niños y las niñas con discapacidad de conservar su fertilidad, en igualdad de condiciones con los demás, y requiere que los Estados aseguren que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo que, de conformidad con los procedimientos legales, dicha separación sea necesaria en el interés superior del niño, y exige que en ningún caso un niño o niña sea separado de sus padres en razón de su discapacidad, la de ambos padres o la de uno de



ellos. En los casos de separación de niños y niñas con discapacidad de su familia, la CDPD establece que los Estados deben hacer todo lo posible por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar. Finalmente, el artículo 24 establece que los niños y las niñas con discapacidad no pueden ser excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivo de discapacidad.

El Comité de la CDPD ha dedicado mucha atención a la perspectiva de niñez en la CDPD en el marco de sus Observaciones Finales a los Informes de los Estados. Ello no solo respecto del Artículo 7, sino también en relación con el Artículo 16 (violencia), o el Artículo 24 (educación), y en menor medida en relación con el Artículo 4 (participación), el Artículo 31 (datos y estadísticas), y el Artículo 23 (derecho a la familia)³⁴⁵.

3.6.2.3. Toma de conciencia

Otra disposición de aplicación transversal y de suma importancia práctica hacia la plena realización de los derechos amparados en la CDPD es el Artículo 8, sobre toma de conciencia. Se trata de una disposición inusual en tratados de derechos humanos, al menos en el formato de una disposición específica e individual que impone obligaciones precisas y mesurables a los Estados Partes.

Teniendo en cuenta que aún las sociedades se encuentran fuertemente influenciadas por el modelo médico de la discapacidad –lo que lleva, en muchos casos, a la asunción de conductas o respuestas basadas en estereotipos y mitos falsos sobre la discapacidad–, así como siendo conscientes de que la fuerza de la ley se debilita hasta desvanecerse en tanto no exista un convencimiento de que los postulados de la CDPD resultan justos y basados en un discurso de derechos humanos, el Artículo 8 llama a los Estados a asumir un papel activo de inmediato para generar una mayor toma de conciencia en el reconocimiento y el respeto de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad³⁴⁶.

³⁴⁵ Véase las Observaciones finales del Comité de la CDPD respecto de Túnez, CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011, párrafos 11 – 16, 17 – 26 – 30, 31, 32 – 38, 39; Respecto de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafos 15, 16 – 23, 24 – 43, 44 – 51, 52; Respecto de Perú, CDPD, CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafos 8,9 – 12, 13 – 16, 17 – 36, 37 – 38, 39 – 46; Respecto de Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafos 8, 15, 16 – 29, 30 – 37, 38; Respecto de China, CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafos 13, 14 – 19, 20 – 29, 30 – 35, 36 – 59, 60 – 65 – 66; Respecto de Hungría, CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafos 14, - 21, 22 – 31, 32 – 37, 38 – 40, 41, 42 – 48, 49, 50.

³⁴⁶ Véase en este sentido: LIDÓN HERAS, L., (2011) *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.



El sistema de valores, creencias, tradiciones y la imagen social de la discapacidad que se construye a nivel individual, comunitario y mediático sienta las bases y la esencia de cualquier cambio posible. Por lo tanto, es motor de transformaciones que contribuyen a la concreta inclusión social.

El inciso 1) del Artículo 8 recoge la estructura y el contenido esencial de la obligación general impuesta a los Estados Partes. En primer lugar, establece el deber de los Estados Partes de adoptar “medidas inmediatas, efectivas y pertinentes”. Es decir, no se trata de una obligación de aplicación progresiva ni tampoco parece ser una obligación de medios, sino más bien de resultados (efectivos y pertinentes). En segundo lugar, el Artículo 8(1) establece tres ámbitos donde se proyecta la obligación general, esto es, i) sensibilización social y familiar sobre las personas con discapacidad y sus derechos y dignidad; ii) lucha contra estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas; iii) promoción de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

El inciso 2) del Artículo 8 se limita a enumerar, de un modo no taxativo, algunos ejemplos de medidas que se pueden adoptar para dar cumplimiento de lo señalado en el inciso 1). En primer lugar, el Artículo 8 menciona campañas de sensibilización pública que tengan por objetivo: i) fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad; ii) promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad; y iii) promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral. En segundo lugar, el Artículo 8 se centra en la importancia de la toma de conciencia en el ámbito educativo, en especial del derecho reconocido en el Artículo 24. En tercer lugar, menciona la necesidad de alentar a los medios de comunicación para que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la CDPD³⁴⁷. En cuarto y último lugar, el Artículo 8 enfatiza la necesidad de promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.

3.6.2.4. Accesibilidad y discapacidad

La CDPD reconoce la necesidad de que los Estados Partes garanticen un entorno accesible y, lo que es mucho más importante, reconoce que la incumplimiento de la obligación de ajustar el entorno a las necesidades de las personas con discapacidad puede constituir una forma de discriminación³⁴⁸. Entendida en un sentido amplio, la

³⁴⁷ BARIFFI, F., BARRANCO, M., MORENO, L., PALACIOS, A., UTRAY, F., VIDA, J., (2008) La accesibilidad universal en los medios audiovisuales de comunicación, Icono Imagen Gráfica SA: Ministerio de Educación de España, Madrid.

³⁴⁸ Véase en este sentido lo señalado más arriba sobre el concepto de ajustes razonables y su relación con el principio de no discriminación por motivo de discapacidad.



accesibilidad es una herramienta imprescindible para lograr la igualdad real de las personas con discapacidad. En la medida en que se garantice un entorno accesible, las personas con discapacidad podrán gozar y ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los demás.

Se podría decir que, en materia de accesibilidad, la CDPD da pasos firmes en cuanto a dotar a la misma de un contenido sustantivo, así como en cuanto a reconocer su importancia para la realización de todos los derechos humanos reconocidos en el tratado, pero da pasos titubeantes o confusos en cuanto al reconocimiento de la accesibilidad como un derecho y de sus efectos ante la falta de cumplimiento.

El contenido sustantivo de la noción de accesibilidad y su interrelación con los derechos amparados en la CDPD

Si la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, entonces la accesibilidad podría ser vista como las condiciones generales que permiten a las personas con discapacidad igualarse en oportunidades respecto del resto de las personas.

El Artículo 9 adopta una perspectiva un poco más restringida de la noción de accesibilidad y la define como “el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público”. Es decir, la lectura del Artículo 9 parece dar a entender que para la CDPD la accesibilidad es básicamente acceso físico (edificios, transporte, escuelas, viviendas, instalaciones médicas, y lugares de trabajo) y comunicacional (servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia)³⁴⁹.

Para lograr la accesibilidad, el Artículo 9 requiere a los Estados que identifiquen y eliminen los obstáculos y las barreras en la accesibilidad. Las disposiciones que esta-

³⁴⁹ En este sentido, el concepto jurídico de accesibilidad universal de la legislación española resulta mucho más amplio que lo señalado por la CDPD en el Artículo 9. Conforme al Artículo 2(c) la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se entiende por accesibilidad universal “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de diseño para todos y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”.



blecen las medidas específicas que deben tomarse son muy detalladas e incluyen: i) desarrollar y monitorear la implementación de estándares mínimos y directrices sobre accesibilidad; ii) proporcionar capacitación en materia de accesibilidad para los interesados; iii) promover el diseño, desarrollo, producción y distribución de tecnologías de información y comunicación que aborden la accesibilidad de forma previa a su desarrollo y que se proporcionen a un costo mínimo; iv) promover el acceso a las nuevas tecnologías de información y comunicación y sistemas, “incluido Internet”; v) proporcionar señalización para el público en Braille y en otros formatos de fácil comprensión y lectura; vi) proporcionar asistencia humana (tales como guías, lectores e intérpretes en lengua de señas); vii) promover otros “formatos apropiados de asistencia y apoyo” para asegurar el acceso a la información.

El alcance del Artículo 9 no se limita a los actores Estatales, tales como los gobiernos locales y nacionales o agencias gubernamentales. El Artículo 9 también incluye a los actores privados, requiriendo a los Estados a que “las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad.” En otras palabras, a pesar de que la CDPD no resulta jurídicamente vinculante de forma directa sobre los actores privados (ya que solo los Estados están vinculados por los tratados internacionales), obliga a los Estados a exigir que las entidades privadas abiertas al público en general cumplan con el Artículo 9³⁵⁰.

Ahora bien, más allá de lo señalado por el Artículo 9, la CDPD recoge de forma directa o indirecta referencias hacia la accesibilidad en varias disposiciones claves, tales como Artículo 4 (obligaciones generales), Artículo 12 (capacidad jurídica), Artículo 13 (acceso a la justicia), Artículo 19 (vida independiente), Artículo 20 (movilidad personal), Artículo 21 (acceso a información), Artículo 23 (familia), Artículo 24 (educación), Artículo 25 (salud), Artículo 27 (empleo), Artículo 28 (nivel adecuado de vida), Artículo 29 (participación política), Artículo 30 (vida cultural y deporte), Artículo 31 (estadísticas) y Artículo 32 (cooperación internacional).

El carácter jurídico de la accesibilidad y sus efectos ante la falta de cumplimiento

Como se ha mencionado ya, la CDPD no logra aclarar la relación existente entre las exigencias de accesibilidad y el principio de no discriminación. Mientras la CDPD parece dejar claro que la denegación de ajustes razonables habilita a la persona con discapacidad a reclamar su cumplimiento por vía del derecho antidiscriminatorio, no

³⁵⁰ *Human Rights YES!*, (2007), *op. cit.*, capítulo 2.



parece que la misma vía pueda ser seguida ante la inaccesibilidad del entorno, de los productos o de los servicios. Pareciera como si la CDPD hubiera dado el paso a reconocer el derecho subjetivo de toda persona con discapacidad a los ajustes razonables, pero no hiciera lo propio ante la falta de accesibilidad.

La Convención prevé la discriminación por ausencia de accesibilidad en la misma definición de discriminación por motivo de discapacidad (de manera implícita) y al momento de establecer que el incumplimiento de la obligación de realizar un ajuste razonable es discriminación (de manera expresa).

Por tanto, si una persona con discapacidad viera restringido, limitado o impedido el goce o ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos, en razón de su discapacidad –por falta de accesibilidad–, podría acudir a los tribunales a través de dicha garantía. Es decir, por violación del derecho a la igualdad.

La distinción que se propone va más allá de una mera cuestión semántica, ya que tiene importantes consecuencias jurídicas.

Cuando el Estado fija unas condiciones de accesibilidad, en dicho acto está evaluando la razonabilidad y la proporcionalidad de la exigencia. Por ello, una vez aprobadas legalmente las condiciones, no cabría en el obligado a cumplirlas excepción alguna basada en la razonabilidad o proporcionalidad (entre otras cuestiones, no podría alegar que la carga es desproporcionada o indebida).

En cambio, en materia de ajustes, al aplicarse a una persona particular y en un caso concreto, las consideraciones de razonabilidad y proporcionalidad pueden legalmente discutirse.

3.7. Las obligaciones específicas: los derechos sustantivos y las medidas necesarias

Más allá de las obligaciones generales y multidimensionales de no discriminar, la CDPD establece una serie de derechos sustantivos, los cuales también deben ser leídos desde la perspectiva de la no discriminación.

A los efectos de sistematizar y facilitar la lectura y el análisis de las diferentes disposiciones, se procederá a agrupar algunos artículos según el siguiente criterio: a) respeto por la vida (Arts. 10 y 11); b) igualdad ante la ley y acceso a la justicia (arts. 12 y 13); c) respeto por la libertad (Arts. 14, 18 y 20); d) respeto de la integridad personal



(Arts. 15, 16 y 17); e) respeto por la privacidad y la familia (Arts. 22 y 23); f) participación en la vida pública (Arts. 21, 29 y 30); g) vida independiente y con dignidad (Arts. 19, 26, 28); h) derechos sociales básicos (arts. 24, 25 y 27).

3.7.1 *El respeto por la vida de las personas con discapacidad*

El artículo 10 reafirma “el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos” y que los Estados Partes deberán “adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. A primera vista, esta disposición no parece añadir nada nuevo a un derecho plenamente reconocido por el marco general del derecho internacional de los derechos humanos³⁵¹. Sin embargo, cuando se observa esta disposición desde el prisma de la no discriminación y, más aún, desde el modelo social de discapacidad, su impacto y aplicación práctica se hacen visibles y fundamentales³⁵².

A pesar de la primera reacción de incredulidad que toda persona ajena al estudio, defensa o promoción de los derechos de las personas con discapacidad pueda naturalmente expresar, lo cierto es que el derecho a la vida no se encuentra debidamente protegido en relación con las personas con discapacidad y su vulneración es desafortunadamente una realidad de nuestros días, y no necesariamente en relación exclusiva a regiones pobres o menos desarrolladas del mundo. El artículo 10 no pretende proteger a las personas con discapacidad de aquellas causales más usuales de muertes en el mundo, como las guerras, las hambrunas o las enfermedades (en cierta manera, ello se contempla en el artículo 11), sino más bien, respecto de causales mucho más cercanas y habituales, que, en muchos casos, se encuentran amparadas por la legislación o por prácticas sociales muy arraigadas.

En rigor, el Artículo 10 pretende combatir un prejuicio social con profundas raíces históricas provenientes del modelo de prescindencia (véase Capítulo 1) y que tiende a considerar que la vida de las personas con discapacidad no tiene el mismo valor que el resto de las personas o, incluso en ciertas situaciones, no merece ser vivida.

Las amenazas respecto del goce efectivo del derecho a la vida de las personas con discapacidad pueden considerarse en las tres etapas cruciales de la existencia humana, esto es, el comienzo, el desarrollo y el fin de la vida³⁵³.

³⁵¹ Véase Observación General No. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

³⁵² Por un análisis riguroso del derecho a la vida desde la visión del modelo social de discapacidad, véase: READ, J., & CLEMENTS, L., (Ed.), (2008) *Disabled People and the Right to Life: The Protection and Violation of Disabled People's Most Basic Human Right*, Routledge, New York.

³⁵³ De hecho, los registros de las negociaciones demuestran que algunas delegaciones con el apoyo mayoritario de la sociedad civil buscaron incluir en la regulación del derecho a la vida una mención expresa a la protección de este derecho “en las diversas etapas de la vida”. Véase PALACIOS, A., (2008), *op. cit.* p. 337.



En relación con el comienzo de la vida, el derecho internacional de los derechos humanos, pese a reconocer el derecho humano a la vida de forma universal, no ofrece una definición clara sobre el momento en el cual se debe considerar que este derecho comienza a existir, lo que desde un punto de vista jurídico se traduce en la consideración de persona. La DUDH en su artículo 1 señala que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y la CDN también en su artículo 1 “entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”. Con ello, pareciera que para el DIDH la consideración de persona comienza con el nacimiento. No obstante, ello no ha impedido que muchas legislaciones nacionales y algunos movimientos de derechos humanos internacionales consideren que la vida comienza con la concepción y, por ende, debe quedar amparada por la protección legal del marco universal de los derechos humanos. Más aún, la CADH establece en su artículo 4.1 que “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Más allá de la discusión jurídica, religiosa o bioética que esta cuestión genera, la cual quedaría fuera del objeto del presente trabajo, la CDPD exige el respeto estricto del principio de no discriminación, lo que supone no otorgar un trato diferente a las personas con discapacidad, o personas que presumiblemente puedan tener una discapacidad. La práctica demuestra que en muchos países se permite, o incluso se exige, que los fetos que presentan ciertas anomalías genéticas o se consideran médicamente defectuosos sean abortados, cuando al mismo tiempo se prohíbe el aborto en cualquier otra circunstancia. O, por ejemplo, se prohíbe el aborto pero se autoriza cuando la madre tiene una discapacidad mental y el embarazo ha sido fruto de una violación.

El Comité de la CDPD ha manifestado su preocupación sobre este tipo de leyes o prácticas, aunque no lo ha hecho en relación con el artículo 10 sino a la luz de los principios y obligaciones generales³⁵⁴. Esto puede ser una forma interesante de incidir sobre prácticas o normas basadas en modelos médicos o de ingeniería genética que supongan un tratamiento discriminatorio respecto de fetos con y sin discapacidad, sin necesidad de enfrentar las dificultades o limitaciones del derecho humano a la vida a la luz del derecho y la jurisprudencia internacional³⁵⁵. No obstante, es importante destacar que

³⁵⁴ Por ejemplo, el Comité de la CDPD ha observado al Estado Español que: [...suprima la distinción hecha en la Ley N° 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente.], Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Español en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 18.

³⁵⁵ Según Biel Portero, quien analiza el marco universal y regional de derechos humanos, incluido jurisprudencia y doctrina de los órganos de tratados, [...el aborto eugenésico, esto es, aquel fundamentado en una deficiencia en el feto, no podrá considerarse discriminatorio de acuerdo a la normativa internacional, pues dependerá de cada Estado e incluso de cada tribunal determinar si dicho feto es o no titular de derechos...] BIEL PORTERO, I., (2011), *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Triant Lo Blanc,



el derecho a la vida, al menos en la etapa desde la concepción hasta el nacimiento, también guarda estrecha relación con la noción de “personalidad jurídica” que se constituye como un pilar fundamental del marco universal de los derechos humanos³⁵⁶.

En relación con el desarrollo de la vida, esto es, el trascurso de vida de todo ser humano desde el nacimiento hasta la muerte, el derecho a la vida de las personas con discapacidad suele verse amenazado por condiciones o condicionantes que pueden definir entre la vida o la muerte. Así, las prácticas más habituales suelen consistir en no brindar a personas con discapacidad de elementos básicos de subsistencia como alimentación, agua, refugio, o medicinas³⁵⁷, o a veces se traducen en prácticas más sutiles, como rehusar un tratamiento médico para salvar la vida, o rehusar recibir una transferencia de órganos³⁵⁸.

Finalmente, y en relación con la terminación de la vida, la discapacidad suele utilizarse como motivo o justificativo para autorizar prácticas de eutanasia, bajo la consideración de que la vida de ciertas personas con discapacidad no merece seguir siendo vivida³⁵⁹. Así, numerosos casos de gran impacto social y que han sido incluso abordados por tribunales internacionales han puesto en análisis la relación entre la discapacidad y el derecho a morir, por ejemplo, mediante el suicidio asistido, el retiro de respiración artificial, mediante órdenes de no resucitar, etc.³⁶⁰.

En resumen, el artículo 10 requiere reflexionar y analizar si el ordenamiento jurídico, o las prácticas en los Estados Partes permiten o alientan algún tipo de distinción

Valencia, p. 307. En disidencia (posición con la cual se adhiere) el CERMI (Informe Alternativo España 2010, presentado ante el Comité de la CDPD) PALACIOS, A., (2010a), “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, *Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, N° 105, pp. 50-58.

³⁵⁶ Véase en este sentido lo señalado en el Capítulo 5 del presente trabajo.

³⁵⁷ Algunos ejemplos de estas prácticas han sido documentadas por Disability Rights Internacional en varios informes. Véase: <http://www.disabilityrightsintl.org/media-gallery/our-reports-publications/>

³⁵⁸ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe presentado por España, El Comité “...deplora que los tutores que representan a personas con discapacidad consideradas “legalmente incapacitadas” puedan legalmente consentir en que se terminen o se suspendan el tratamiento médico, la nutrición u otros medios de sustentación de la vida de esas personas. El Comité desea recordar al Estado Parte que el derecho a la vida es absoluto y que la sustitución en la adopción de decisiones en lo que atañe a la terminación o el retiro de medios de sustentación de la vida es incompatible con ese derecho...” CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 29.

³⁵⁹ Véase en este sentido la organización denominada “Not Dead Yet”, en: www.notdeadyet.org

³⁶⁰ READ, J., & CLEMENTS, L., (Ed.), (2008), *op. cit.*, pp. 1-29. Sobre la cuestión general de la eutanasia véase: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., (1999), “Eutanasia: dilemas relevantes”, en *Problemas de la Eutanasia*, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., (Coord.), Dykinson, Madrid.



entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad en relación con el derecho a la vida³⁶¹.

El artículo 11 de la CDPD, por su parte, se aboca a regular la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. Esta disposición guarda una estrecha relación con el artículo 10, puesto que su principal, aunque no único, objetivo consiste en resguardar el derecho a la vida. Mientras el artículo 10 está previsto más bien para situaciones de paz u ordinarias, el artículo 11 intenta dar cuenta de situaciones extraordinarias, como conflictos armados, emergencias humanitarias y desastres naturales.

El artículo 11 de la CDPD evidencia algo que el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) ha aclarado en varias ocasiones, esto es, que los subsistemas de derecho internacional aplicables a tiempos de paz (DIDH) y situaciones de conflictos armados (DIH) no son excluyentes, dado que “pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional”³⁶². Ello queda plenamente reflejado en el texto del artículo 11 de la CDPD, que impone una obligación especial a los Estados Parte la cual se debe reinterpretar a la luz de las normas aplicables al caso concreto “con arreglo al derecho internacional y, en concreto, al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos”.

El Artículo 11 cobra vigencia ante situaciones que se podrían agrupar en tres según la lectura literal de la disposición, esto es, conflictos armados, emergencias humanitarias y desastres naturales. A ello habría que añadir aquellas situaciones menos graves pero que requieren de actuaciones extraordinarias y de emergencias, como incendios, apagones, o estados de sitio, con lo cual, el Artículo 11 tiene aplicación frente a la actuación del Estado al interior y al exterior de su territorio, así como respecto de las fuerzas armadas o fuerzas de seguridad interior.

³⁶¹ En este sentido, el Comité de CDPD ha señalado en las Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35, que en relación con el artículo 10 que: [... Los Estados partes informarán sobre: • Si la legislación reconoce y protege el derecho a la vida y a la supervivencia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás; • Si las personas con discapacidad son objeto de privación arbitraria de la vida....], CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009

³⁶² Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 10 de Diciembre de 2003, A/ES-10/273, 13 de julio de 2004, párrafo 106.



La razón de ser del Artículo 1 surge, una vez más, a raíz de la triste realidad que las personas con discapacidad enfrentan en relación con situaciones de riesgo y emergencia humanitaria. Por ejemplo, el paso del tsunami en Asia en 2007³⁶³ y varias crisis que resultaron en conflictos armados, como Afganistán, Irak y Uganda del Norte, –revelaron la falla de grandes operaciones humanitarias en responder apropiadamente a las necesidades de los beneficiarios con discapacidad³⁶⁴. Los huracanes Katrina y Rita en los Estados Unidos revelaron la falla de preparación en desastres a nivel federal de los EE.UU. para atender las necesidades de las personas con discapacidad³⁶⁵.

Si nos introducimos en el ámbito del DIH³⁶⁶, tanto de carácter consuetudinario como convencional, podremos apreciar y detectar un tratamiento de la discapacidad desde un modelo predominantemente médico o rehabilitador y que, como consecuencia de ello, se centra en la protección de la persona desde una mirada asistencialista. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la Norma 110 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, la cual establece que “los heridos, los enfermos y los naufragos recibirán cuanto antes, en la medida de lo posible, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos ninguna distinción que no esté basada en criterios médicos”, así como en la Norma 113 que establece que “los ancianos, los inválidos y los enfermos mentales afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales”. En este sentido, y dentro de la importantísima tarea que lleva adelante el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en las áreas afectadas por los conflictos armados, el servicio de rehabilitación física cumple un papel fundamental³⁶⁷.

Quizás el principal inconveniente frente a la perspectiva de protección especial del DIH hacia las personas con discapacidad radique en la confusión o asimilación entre

³⁶³ International Disability Rights Monitor, Disability and Tsunami Relief Efforts in India, Indonesia and Thailand, Center for International Rehabilitation (September 2005): http://www.handicap-international.fr/bibliographie-handicap/7Donnees/RapportEtude/IDRM_Tsunami.pdf.

³⁶⁴ LORD, J. E., & STEIN, M. A., (2010) “Ensuring Respect for the Rights of People with Disabilities,” in *The Human Impact of Natural Disasters: Issues for the Inquiry-Based Classroom*, OOKA PANG V., FERNEKES W. F. & NELSON J. L., (eds), National Council for the Social Studies.

³⁶⁵ FOX, M.H., *et al.*, (2007) “Final Report of the Nobody Left Behind: Preparedness for Persons with Mobility Impairments Research Project,” Research and Training Center on Independent Living University of Kansas, disponible en: <http://www.nobodyleftbehind2.org/findings/Final%20Report%20NLB%20July%202007.pdf>

³⁶⁶ SALMON, E. S. (2012) *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (3a Edición), Comité Internacional de la Cruz Roja, Lima.

³⁶⁷ Para un análisis específico véase SUÁREZ DEL TORO RIVERO, J.M., (2009) “La protección especial de las personas con discapacidad por el Derecho Internacional Humanitario”, en *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, CAYO PÉREZ BUENO, L., (dir.); SASTRE A. (ed.), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra,, pp. 1029-1057.



los heridos y enfermos y las personas con discapacidad. Es cierto que los conflictos armados generan discapacidades, pero también es preciso tener presente que los conflictos armados o las situaciones de emergencia humanitaria pueden afectar a personas que ya tienen una discapacidad, y frente a ellas, la CDPD exige un abordaje mucho más amplio y comprensivo que la protección asistencialista que recoge el DIH³⁶⁸.

El artículo 11 debe ser leído e interpretado de forma conjunta con todas las normas de la CDPD y, al mismo tiempo, debe servir de base para la reinterpretación del derecho de protección especial que establece el DIH. Desde este punto de vista, el derecho de protección se debe centrar en los derechos de las personas con discapacidad, y, como consecuencia de ello, en el contenido normativo que la CDPD establece frente a derechos básicos, como la vida (art. 10), la integridad física y personal (art. 17), la libertad y seguridad personal (Art. 14), la protección contra la tortura (Art. 14), la libertad de desplazamiento (art. 18), la movilidad personal (art. 20) y el derecho a la comunicación y a la información (arts. 2 y 21).

Así, la actuación de las Fuerzas Armadas, o cualquier otro grupo organizado, como Defensa Civil, Cruz Roja, Insurgentes, Bomberos, Policía, etc., en la realización del deber de protección especial de las personas con discapacidad no se debiera reducir a garantizar la protección contra la, hostilidades y la atención médica, sino que debiera además incluir medidas como la disponibilidad de medios alternativos de comunicación, de accesibilidad y ajustes razonables, de protección contra los abusos, de autonomía personal y movilidad, de tecnología de la información y de la comunicación, de perspectiva de género y de edad y de acceso a la información³⁶⁹.

3.7.2. Igualdad ante la ley y acceso efectivo a la justicia por parte de las personas con discapacidad

Como se ha señalado ya, el artículo 12 recoge un cambio de paradigma en el modo de entender y de regular el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Dado que dicha disposición constituye en objeto principal del presente trabajo, el contenido del citado artículo 12 será desarrollado y analizado en detalle en el Capítulo 5.

³⁶⁸ CABRA DE LUNA, M. A. & BARIFFI, F., (2012) “Discapacidad, seguridad humana y fuerzas armadas” en Instituto Español de Estudios Estratégicos, DIEEEO76-2012.

³⁶⁹ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe presentado por España, cuando afirma que “...Inquieta al Comité la insuficiencia de protocolos específicos para las personas con discapacidad en situaciones de emergencia ...” CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 31.



Más allá de la importancia del reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que regula el Artículo 13 aborda otro aspecto fundamental para la igualdad ante la ley, el acceso real y efectivo a la justicia. Cuando nos referimos al acceso a la justicia lo podemos hacer desde una noción amplia o bien desde una visión restringida. Desde una visión restringida, al acceso a la justicia se lo suele asociar con la noción de “tutela judicial efectiva”, que en rigor supone el compromiso del Estado de Derecho de garantizar a todas las personas la intervención de la justicia ante cualquier conflicto de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico. Si el Estado asume el monopolio de la fuerza y priva a las personas del uso de la autocomposición, es lógico que, a cambio, garantice el acceso a un tercero imparcial para la resolución de los conflictos. Desde una visión más amplia, el acceso a la justicia, comprende obviamente al derecho a la tutela judicial efectiva, pero amplía su alcance a todas aquellas circunstancias sociales, económicas, personales, y de cualquier otro tipo que pudieran, en la práctica, dificultar o impedir a las personas acceder al amparo de la justicia. En otras palabras, mientras en la visión restringida el acceso a la justicia está planteada en términos de igualdad formal, la visión amplia del mismo, se plantea en términos de igualdad material, o, incluso, de igualdad de oportunidades³⁷⁰.

Podría afirmarse, entonces, que el derecho a la justicia es, además de un derecho autónomo, un derecho instrumental para la realización de los demás derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales). Como expresa LAWSON, cuando el derecho a la justicia es denegado, el resultado es la “muerte civil” de la persona³⁷¹.

Este derecho, en su doble vertiente (autónomo e instrumental), es un derecho humano fundamental, cuyo contenido esencial engloba el acceso efectivo de las personas “a los sistemas, procedimientos, información y lugares utilizados por la administración de justicia”³⁷².

Dicho acceso efectivo no solo se refiere a la persona en su carácter de administrado, sino también para formar parte de dicha administración. Históricamente, las personas con discapacidad han encontrado denegado su acceso a la justicia y al igual tratamiento por parte de Cortes, Tribunales, operadores jurídicos, sistema penitenciario, y demás cuerpos involucrados en la administración de justicia. Ello no solo a la hora de querer acceder a la justicia buscando reparación, sino también a la hora de aspirar a posiciones

³⁷⁰ BARIFFI, F. & PALACIOS, A., (2012) “Acceso a la Justicia y Discapacidad”, en *Acceso a la justicia y grupos vulnerables* (NOGUEIRA & SCHAPIRO Coord.), Librería Editora Platense, La Plata.

³⁷¹ LAWSON, A., (2006-2007) *op. cit.*, p. 563.

³⁷² ORTOLEVA, S., (2011) “Inaccessible justice: Human Rights, Persons with disabilities and the legal system”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* Vol. 17(2).



tales como jueces y demás actores en el ámbito de la administración de justicia. De este modo, diferentes barreras no solo limitan la posibilidad de utilizar el sistema de justicia por parte de las personas con discapacidad, sino que también limitan y/o impiden su posibilidad de contribuir a la administración de justicia, a la sociedad y a la comunidad.

Como señala CISTERNAS³⁷³, el verbo rector utilizado es “asegurar”, lo que implica que la garantía obliga a los Estados Partes a realizar todo lo necesario para que el sujeto de derecho pueda acceder a las distintas fases de conocimiento, consideración y juzgamiento que envuelve un proceso judicial. Por un lado, esta prescripción impera particularmente a la aplicación del principio de accesibilidad y sus disposiciones de implementación. Ello obliga tanto a la eliminación de barreras como al diseño de políticas y medidas que den cobertura a tal Mandato, significando Tribunales cuya infraestructura, distribución de espacios, mobiliarios, instalaciones y señalizaciones estén acordes a la exigencia actual, de igual modo que la información, las comunicaciones, la tecnología y también el transporte a través del cual se llega a los recintos judiciales y policiales. También se hace aplicable la asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas para facilitar el acceso a los Juzgados y Cortes.

Por ello, se podría afirmar que la noción de acceso a la justicia del artículo 13 de la CDPD se proyecta en al menos tres dimensiones, esto es, legal, física, y comunicacional³⁷⁴. En lo que respecta a la dimensión legal, los Estados Partes deben asegurar que todas las personas con discapacidad tengan legitimación activa y pasiva para acceder efectivamente a los procedimientos judiciales en nombre propio³⁷⁵. Esto se vincula directamente con el artículo 12, sobre la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica³⁷⁶. En la dimensión física, los Estados Partes deberán asegurar que las insta-

³⁷³ CISTERNAS S., (2012) “Las obligaciones internacionales para los Estados Partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculos con el artículo 13 e impacto en el derecho interno”, en BARIFFI F. & PALACIOS A., (coord.), *op. cit.*

³⁷⁴ BARIFFI F., (2011a) Implementing the UN Convention on Disability in the European Union and Member States: A review of Substantive Obligations and Examples of Good Practices, accessible en; <http://www.era-comm.eu/dalaw/uncrpd.html>.

³⁷⁵ En este sentido cabe mencionar lo observado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de China “... Si bien el Comité valora la creación de centros de prestación de servicios de asistencia jurídica para personas con discapacidad, observa que estos centros suelen carecer de los recursos necesarios y no funcionan de manera independiente. El Comité está preocupado por que las leyes de procedimiento penal y civil de China no tratan a las personas con discapacidad en pie de igualdad con las demás y, al contrario, prevén medidas condescendientes, como la designación de abogados de oficio que tratan a estas personas como si carecieran de capacidad de obrar...”, CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 23.

¹⁷⁶ BARIFFI, F. J., (2009) “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, en CAYO PÉREZ BUENO, L., (dir.); SASTRE, A. (ed.), *op. cit.*



laciones judiciales o las oficinas públicas de reclamación de derechos, sea accesibles a las personas con discapacidad. Esto se vincula directamente con el artículo 9, sobre accesibilidad. Finalmente, en lo que respecta a la dimensión comunicacional, los Estados Partes deberán asegurar que toda la información relevante que se provea en el curso de un proceso judicial sea accesible para las personas con discapacidad en formatos alternativos de comunicación. Esto se vincula directamente con los artículos 2 y 21³⁷⁷.

De este modo, como señala Cisternas³⁷⁸, los ajustes en el campo del acceso a la justicia pueden ser de variada índole.

b. “...Facilitar el desempeño de las funciones efectivas de las personas con discapacidad...”: Se trata de no restringir a la persona con discapacidad a una participación procesal meramente formal. Vale decir que, además de poder desarrollar cualquier rol en un proceso, éste no sea sólo nominal sino con reales alternativas de eficacia en su gestión jurídica. Nuevamente, el centro de este segmento de la garantía nos sitúa frente a una persona con discapacidad que expresa su pensamiento, opiniones y apreciaciones de una manera adecuada a su diversidad y que ello sea convenientemente recogido en un proceso judicial.

c.- “...Como participantes directos o indirectos, incluida la declaración como testigos...”: Con esto se quiere enfatizar la garantía a la participación más amplia que una persona pueda desarrollar en un proceso; demandante, demandado, querellante, querellado, denunciante, denunciado, apelante, apelado, recurrente, recurrido, solicitante, peticionario, coadyuvante, tercerista o testigo, entre otros.

d. “...En todos los procedimientos judiciales, incluida la etapa de investigación...”: La garantía excede el marco de los procesos penales y civiles a que se refiere el PIDCP. El artículo 13 de la CDPD se hace extensible a todo otro procedimiento contemplado en las legislaciones nacionales; de familia: comerciales, tributarios, laborales, aduaneros, administrativos, arbitrales y de mediación, entre otros.

Además, involucra a los procedimientos que se desarrollan en diversos tipos de tribunales, partiendo desde la base de la pirámide jurisdiccional y llegando a las más altas Cortes, pasando también por Tribunales *ad-hoc* si estos fueren contemplados en las legislaciones nacionales.

³⁷⁷ BARIFFI, F., BARRANCO, M., MORENO, L., PALACIOS, A., UTRAY, F., VIDA, J., (2008) *op. cit.*

³⁷⁸ CISTERNAS S., (2012) *op. cit.*



e.- “...y otras etapas preliminares”: Con esta enunciación, la garantía se extiende a etapas anteriores a la existencia de un proceso judicial, incluyendo las diligencias policiales iniciales y otras medidas prejudiciales.

f.- “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”: Esta prescripción es de vital significación, ya que dichos agentes especializados deberán aplicar ajustes de procedimiento contemplados en la ley y en las regulaciones del poder judicial, incluyendo sistemas de apoyo y salvaguardias con base en el principio de la justicia, entendida como dar a cada cual lo que le corresponde o lo que merece. Será relevante que los funcionarios aludidos profundicen en el sentido intrínseco de la CDPD, su propósito, principios, obligaciones, derechos y libertades que aborda, de tal manera de otorgar una correcta atención a las personas con discapacidad que se presentan ante la judicatura, comprendiendo que, dentro de la garantía del acceso a la justicia, resultará indispensable la correcta aplicación del artículo 12 de la CDPD.

Finalmente, el artículo 13 también reconoce que todas estas adaptaciones no podrán ocurrir de un día para otro, con lo cual establece en su apartado 2 que a “fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

3.7.3 Las múltiples dimensiones del derecho a la libertad de las personas con discapacidad

Otro derecho humano y básico que se encuentra muy frecuentemente comprometido respecto de las personas con discapacidad es la libertad. La CDPD recoge en disposiciones autónomas diferentes dimensiones de este derecho, teniendo en cuenta la discriminación histórica a la cual han sido sometidas las personas con discapacidad. En este sentido es posible identificar al menos tres dimensiones fundamentales para el goce real y efectivo del derecho humano a la libertad de las personas con discapacidad, esto es, la garantía de no privación ilegítima de libertad, la garantía de libertad de desplazamiento y la garantía de movilidad personal.

Como se ha mencionado anteriormente, si no se garantiza un entorno accesible o se adoptan ajustes razonables, la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad puede verse muy frecuentemente comprometida. Así, las personas con discapacidad muy a menudo se ven forzadas a vivir en residencias o instituciones estatales o privadas sin que, por lo general, se reflexione sobre el modo en que ello afecta o puede



afectar a la libertad de la persona o si dicho internamiento se ha producido en condiciones de verdadera libertad de elección.

La gran preocupación por parte de las OPDs durante el proceso de negociación era que la CDPD brindara herramientas efectivas para proteger a las personas con discapacidad frente a la vulneración del derecho humano a la libertad, reconociendo que dichas violaciones ocurren a diario frente a nuestros ojos y bajo el amparo de la ley y de prácticas sociales muy arraigadas.

La primera de las dimensiones del derecho a la libertad la encontramos en el Artículo 14 de la CDPD. El inciso 1 del Artículo 14 se aboca a la protección de la libertad de las personas con discapacidad desde una dimensión “preventiva”, es decir, como garantía jurídica de no privación ilegítima de la libertad. Está claro que el reconocimiento y la interpretación del derecho a la libertad ha sido extensamente contemplado en el marco del DIDH, dado que todo el andamiaje del sistema represivo penal de los Estados pende sobre el reconocimiento de este derecho y el alcance de sus limitaciones o excepciones³⁷⁹. El PIDCP fija el principio básico mediante el cual el derecho a la libertad solo puede ser privado “por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (Cfr. Artículo 9.1).

El Artículo 14.1 intenta ir más allá del principio general formulado por el DIDH, no solo por la necesidad de especificidad respecto de la discapacidad, sino también debido a que, en relación con el goce efectivo del derecho a la libertad de las personas con discapacidad, es justamente “la ley” la que se constituye como principal barrera y fuente de discriminación³⁸⁰.

Por ello, el Artículo 14.1 debe abordarse desde una doble perspectiva:

Por un lado, la garantía de que ninguna persona con discapacidad se vea privada de su libertad sin un procedimiento legal adecuado en el que se respeten las garantías mínimas del debido proceso. En este punto, el Artículo 14 se conecta inexorablemente con el Artículo 13, sobre acceso a la justicia, para desplegar todas sus consecuencias legales. La jurisprudencia internacional ha avanzado mucho en este terreno en los úl-

³⁷⁹ Véase en este sentido la Observación General nº 8, (Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales) Comité de Derechos Humanos, (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).

³⁸⁰ La posición clara de las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad es que el artículo 14 de la CDPD no sólo entra en contradicción con la mayoría de las legislaciones nacionales existentes, sino también respecto de las normas y principios de DIDH vigentes al momento de entrada en vigor de la CDPD. Véase International Disability Alliance, Position Paper on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and Other Instruments, April 25, 2008;



timos años, señalando que las personas con discapacidad son un grupo vulnerable y deben gozar de una especial protección, lo que incluye acceso a representación legal efectiva y propia, garantías de revisión de medidas de privación de libertad, acceso directo a autoridades judiciales o de control, etc.³⁸¹. Prácticamente todos los pronunciamiento de tribunales internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la libertad de las personas con discapacidad han adoptado este criterio de “vulnerabilidad” y se han centrado en las condiciones legales (léase garantías procesales) de la imposición de una medida de privación de libertad y no en la legitimidad o procedencia de la medida misma³⁸².

Así, la segunda de las perspectivas recogidas por el Artículo 14.1 es la garantía de que “la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”. Evidentemente, para interpretar esta garantía es preciso hacerlo conectando el Artículo 14.1.b) con el concepto de persona con discapacidad y de discriminación por motivo de discapacidad recogidos en los Artículos 1 y 2 de la CDPD respectivamente. Como destaca MINKOWITZ, “esta disposición recoge tanto la afirmación de que la existencia de una discapacidad nunca justifica la privación de la libertad como la obligación de los Estados de asegurar que dicha privación de libertad no se encuentre permitida por el derecho interno y no ocurra en la práctica”³⁸³.

Por ello el Artículo 14.1.b) pretende incidir respecto de lo que podríamos llamar como “procedimientos de privación de libertad encubiertos”, como son los internamientos forzosos en instituciones psiquiátricas, pero también aquellas situaciones donde el ingreso a instituciones es aparentemente voluntario, pero en realidad es fruto de falta absoluta de alternativas para las personas con discapacidad (por ejemplo, residencias de personas con discapacidad, centros de rehabilitación, etc)³⁸⁴.

³⁸¹ Véase por ejemplo: CIADH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149; CIADH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246.

³⁸² Véase por ejemplo: TEDH. Stanev v. Bulgaria. Sentencia de 17 de enero de 2012. Aplicación no. 36760/06.

³⁸³ MINKOWITZ, T., (2011) Why Mental Health Laws Contravene the CRPD – An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties (September 16, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1928600> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1928600>.

³⁸⁴ El estudio temático del ACNUDH señala que “constituye detención ilegal la privación de libertad fundada en la combinación de una discapacidad mental o intelectual y otros elementos como la peligrosidad o la atención y el tratamiento. Dado que esas medidas se justifican en parte por la discapacidad de la persona, deben considerarse discriminatorias y contrarias a la prohibición de privación de libertad por motivos de discapacidad y del derecho a la libertad en igualdad de condiciones con los demás previstos en el artículo 14” Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la función de la cooperación internacional en apoyo de la labor de ámbito nacional para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/16/38, 20 de diciembre de 2010.



En este sentido la CDPD intenta que nunca se adopte una decisión que implique una privación de la libertad con el único argumento de la discapacidad de las personas. Es decir, no permitir la privación de libertad exclusivamente “en razón de la discapacidad” (esto sería discriminatorio). En otras palabras, el Artículo 14.1.b pone en tela de juicio la legitimidad intrínseca de la potestad del Estado de autorizar el ingreso involuntario de personas con discapacidad mental a instituciones o incluso de ordenar medidas de seguridad penal.

Ahora bien, y más allá del posicionamiento claro de las OPDs y de muchas organizaciones de defensa de derechos humanos, desde la estricta interpretación legal del Artículo 14.1.b), la clave para considerar a los internamientos forzados como medidas discriminatorias a la luz de la CDPD pasa por determinar “cuándo nos hallamos ante un motivo de discapacidad”³⁸⁵. Está claro que las legislaciones que permitan el internamiento de una persona mediante simple referencia o diagnóstico médico de que existe una discapacidad mental resultan a todas luces contrarias a la CDPD. Más controversial resulta determinar si son contrarias a la CDPD las legislaciones que, adicionalmente al elemento médico (diagnostico de discapacidad mental o intelectual), requieren de un elemento adicional de tipo social (riesgo grave para la salud de la persona o de terceros)³⁸⁶. Debido a la importancia de esta disposición y sus vinculaciones directas con el Artículo 12, la misma será desarrollada en detalle en el Capítulo 5 del presente trabajo. No obstante, es importante adelantar que si bien el criterio de riesgo no resulta intrínsecamente contrario a la CDPD, resulta igualmente discriminatorio si dicho criterio es utilizado o reservado únicamente respecto de personas con discapacidad.

³⁸⁵ Aunque el Comité de la CDPD ha formulado sus observaciones respecto de todos los informes de Estado en relación con el artículo 14, no ha proporcionado detalle sobre qué debe considerarse una privación de libertad por motivo de discapacidad. Por ejemplo, respecto de Túnez recomendó “que el Estado Parte derogue las disposiciones legislativas que autorizan la privación de la libertad en razón de la discapacidad, incluso de carácter psicosocial o intelectual” CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011, párrafo 25; en relación con España recomendó “al Estado Parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado” CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 36; en relación con Perú exhortó al “Estado Parte a que derogue la Ley N° 29737 por la que se modifica el artículo 11 de la Ley general de salud con el fin de prohibir la privación de libertad de una persona en razón de su discapacidad, incluida la discapacidad psicosocial, intelectual o percibida” CDPD, CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafo 29.

³⁸⁶ Por ejemplo, Biel Portero afirma que estas legislaciones no son contrarias al artículo 14 de la CDPD, BIEL PORTERO, I., (2011), *op. cit.* p. 335; también adhiere a esta postura BLÁZQUEZ MARTÍN, D., (2010) “La garantía en igualdad de la libertad y seguridad de las personas con discapacidad tras la ratificación de la convención” en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *op. cit.* En contrario (posición con la cual se adhiere) VILLAVERDE, M. S., (2012) “Artículo 14” en ROSALES P. (Coord.), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 211-223.



El inciso 2 del Artículo 14 se aboca a la protección de la libertad de las personas con discapacidad no ya desde una dimensión “preventiva” sino de “seguridad” personal. Es decir, como garantía de seguridad de las condiciones de privación de libertad decretadas judicialmente y de conformidad con un ejercicio adecuado del acceso a la justicia.

A dichos fines, se exige que se prevean las necesidades especiales de las personas con discapacidad, tales como la utilización de sillas de ruedas, el uso de la lengua de signos, la rehabilitación médica, régimen alimenticio especial, camas, aseos o duchas especiales, etc³⁸⁷.

En este sentido, la jurisprudencia internacional también recoge varios pronunciamientos que reflejan la necesidad de los Estados de adaptar las condiciones de privación de libertad de las necesidades específicas de las personas con discapacidad, aunque dichos pronunciamiento por lo general no se han enmarcado bajo el derecho a la libertad, sino, más bien, bajo el derecho a no ser sometido a tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁸⁸. Por ello, el artículo 14.2 debe ser leído conjuntamente con lo dispuesto por el artículo 15 de la CDPD.

La segunda de las dimensiones del derecho a la libertad la podemos encontrar en el Artículo 18 de la CDPD. Esta norma recoge dos aspectos centrales. En primer lugar, el reconocimiento del derecho de todas las personas con discapacidad a ser inscritos al nacer y todos los derechos derivados directamente del mismo, como el derecho a una nacionalidad, el derecho a la identidad, el derecho a una vivienda y el derecho a una filiación. En segundo lugar, el reconocimiento del derecho de todas las personas con discapacidad a la libertad de circulación, incluida la libertad de elegir su lugar de residencia, a entrar y salir libremente de cualquier país, incluso del propio, en igualdad con los demás.

³⁸⁷ En este sentido, el DIDH recoge una serie de documentos de derecho blando que proporcionan lineamientos o directrices sobre el modo en el cual los Estados deben adaptar sus leyes y prácticas a la luz del derecho vinculante aplicable. Véase por ejemplo: Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

³⁸⁸ Véase por ejemplo, CIADH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149; TEDH, Price v. Reino Unido, Sentencia de 10 de julio de 2001, Aplicación No. 5493/72; Hamilton c. Jamaica Comunicación Nro. 616/1995, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 28 de julio de 1999 (CCPR/C/66/D/616/1995).



Aunque a primera vista no lo parezca, la garantía de “inscripción o registración” ante el nacimiento de las personas con discapacidad tiene implicaciones directas sobre el goce efectivo del derecho a la libertad de desplazamiento de las personas con discapacidad. Si bien la registración de las personas ante el nacimiento no puede considerarse como un requisito válido para dotarla de todos los derechos humanos, lo cierto es que, como práctica generalizada y común en los Estados, la registración de una persona puede resultar fundamental para permitirle el acceso real a un sinnúmero de derechos o beneficios a la luz del marco legal vigente³⁸⁹. Por ejemplo, la registración ante el nacimiento permite el acceso a un documento nacional de identidad y, por ende, a un nombre, a la filiación, a la nacionalidad, al domicilio, al patrimonio, etc.

En cuanto a la garantía de libertad de circulación, el artículo 18 señala con detalle aquellos aspectos o barreras más comunes para el goce efectivo de este derecho por parte de las personas con discapacidad. Ello incluye el derecho a salir y entrar al país de nacionalidad o residencia y el derecho de migrar o de ingresar a terceros países ya sea con fines políticos, laborales o incluso turísticos³⁹⁰.

Por ello, el artículo 18 intenta derribar barreras existentes en torno al goce efectivo de este derecho por parte de las personas con discapacidad, tales como barreras actitudinales sociales, barreras actitudinales dentro del entorno familiar, barreras físicas y comunicacionales y barreras legales.

En cuanto a las barreras actitudinales sociales, existe un prejuicio generalizado de que las personas con discapacidad están mejor cuidadas y protegidas en residencias o instituciones especializadas destinadas a la rehabilitación física o mental o, en el mejor de los casos, en el hogar o residencia familiar, con lo cual la libertad de residencia y circulación recogida en el artículo 18 debe ser leída conjuntamente con el artículo 14 y el 19 para cuestionar las leyes o prácticas que obligan de jure o de facto a las personas con discapacidad a vivir en entornos aislados de la sociedad³⁹¹ o bajo el cuidado obli-

³⁸⁹ El Art. 7 de la CDN reconoce este derecho. Asimismo, ha sido desarrollado por el CteDN en su Observación general N° 17 (Artículo 24 - Derechos del niño) Comité sobre los Derechos del Niño, 35° periodo de sesiones (1989), (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).

³⁹⁰ Véase al respecto PÉREZ DE LA FUENTE, O., (2010) “Discapacidad e inmigración. Análisis de una minoría de doble vulnerabilidad”, en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *op. cit.*

³⁹¹ En este sentido, el Comité de la CDPD ha mostrado su preocupación en relación con el informe de España respecto de que “...la elección de residencia de las personas con discapacidad se vea limitada por la disponibilidad de los servicios necesarios, así como el hecho de que, según se informa, quienes viven en establecimientos residenciales no tienen otra alternativa que ese internamiento...”, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 39.



gado de su familia³⁹². En cuanto a las barreras actitudinales dentro del entorno familiar, es muy usual aún que la discapacidad se viva en la familia como algo a ocultar o segregar de la sociedad. Ello lleva en muchos países a que los padres no consideren necesario inscribir a los niños o niñas con discapacidad y dotarles formalmente de una nacionalidad y documento nacional de identidad o de un nombre. Asimismo, las familias en roles de sobreprotección suelen considerar que tienen derecho a decidir sobre cómo, dónde y con quién debe vivir la persona con discapacidad, lo cual claramente atenta con lo señalado por el artículo 18. Por otro lado, las barreras físicas y comunicacionales también son componentes fundamentales para impedir a las personas con discapacidad gozar de los derechos amparados por el artículo 18. Si los registros de las personas o las oficinas que otorgan documentos de identidad, partidas de nacimientos, pasaportes, visados, no son accesibles física y comunicacionalmente, entonces las personas con discapacidad no pueden acceder a estos derechos en igualdad de condiciones con los demás. Asimismo, el Artículo 18 también incide sobre la accesibilidad en el transporte público, el cual resulta imprescindible para garantizar este y otros tantos derechos recogidos en la CDPD. En conexión con el Artículo 9, el derecho a la movilidad personal exige que los Estados Partes garanticen niveles básicos de accesibilidad del transporte público, lo cual no sólo se proyecta sobre los vehículos utilizados a dichos efectos (taxis, autobuses, trenes, aviones, barcos), sino también sobre las instalaciones necesarias para su uso (aeropuertos, puertos marítimos, estaciones de autobuses y de trenes, paradas en la vía pública etc.)

Finalmente, también es usual en la práctica internacional de los Estados la existencia de barreras legales que resultan discriminatorias para las personas con discapacidad en el ejercicio del derecho a salir y entrar de su país o en terceros países. Por ejemplo, muchos países solicitan examen médico de aptitud física y mental para otorgar visados o permisos de entrada o de trabajo a sus respectivos países.

Finalmente, el tercer pilar que complementa las múltiples dimensiones del derecho a la libertad de las personas con discapacidad en la CDPD es la garantía de movilidad personal, recogido en el Artículo 20.

Mientras el artículo 18 aborda el derecho a la libertad de movimiento en un sentido general, el artículo 20 se centra en la situación más personal y específica de cada persona con discapacidad. Esta disposición trata de reconocer la necesidad de garantizar

³⁹² Son usuales en las legislaciones nacionales las normas que prohíben a las personas con discapacidad salir de las residencias o abandonar la residencia parental (incluso cuando son mayores de edad) sin autorización del responsable de la institución o de su familia. Incluso en caso de interdicción o incapacidad, el domicilio y residencia de la persona con discapacidad es fijada por el tutor o curador.



la accesibilidad y los ajustes razonables para las personas con discapacidad en relación con la dinámica diaria y ordinaria de cada individuo (por ejemplo, levantarse de la cama, bañarse, vestirse, llevar a los niños a la escuela, ir al trabajo, ir a un restaurante, visitar amigos, etc.). Así, la CDPD exige a los Estados tomar medidas eficaces para garantizar la movilidad personal con la mayor independencia posible para las personas con discapacidad, así como ofrece algunas pautas sobre cómo esta obligación debe ser alcanzada. En primer lugar, garantizar que la movilidad personal se proporcione a las personas con discapacidad "en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible"; en segundo lugar, facilitar el acceso a "formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible"; en tercer lugar, la capacitación en técnicas de movilidad tanto a las personas con discapacidad y al personal que trabaja con ellas y, por último, alentar a las entidades productoras de ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad.

De este modo, un aspecto que tradicionalmente ha sido visto y abordado en las legislaciones nacionales como servicios sociales sujetos a disponibilidad de recursos y no amparados por un derecho subjetivo, la CDPD lo reformula y traduce en términos de garantía del derecho a la libertad. Los ajustes y apoyos que las personas necesitan para garantizar su movilidad básica y fundamental (moverse, asearse, vestirse, etc.) son medidas que garantizan la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en relación con los demás, en cuando al derecho subjetivo y constitucionalmente amparado en todos los miembros de la Comunidad Internacional, de "libertad".

3.7.4. Protección de la integridad personal

Las OPD manifestaron desde los inicios y durante todo el proceso de negociación de la CDPD su preocupación por que el tratado abordase de forma adecuada y efectiva la protección de la integridad personal de las personas con discapacidad. Así, la CDPD contempla al menos tres Artículos específicos que tienen como fin proteger la integridad personal de las personas con discapacidad desde diferentes perspectivas o dimensiones, esto es, Artículo 15 sobre protección contra la tortura, Artículo 16 sobre protección contra la violencia y el abuso y Artículo 17 sobre protección genérica de la integridad personal.

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, una violación grave a la integridad personal puede suponer, dependiendo de las circunstancias del propio acto o del marco jurídico internacional aplicable al Estado en cuestión, que dicho acto sea calificado como: a) violación del



derecho a un trato humano recogido en el artículo 10 del PIDCP, b) violación de la protección general contra la tortura o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes recogido en el artículo 7 del PIDCP; c) crimen de tortura en virtud del Artículo 1(1) de la CCT, d) tratos crueles, inhumanos o degradantes en virtud del Artículo 16 de la CCT, o e) crimen de lesa humanidad o crimen de guerra en virtud de los Artículos 7(1).(f) u 8(2)(ii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

A pesar de las propuestas y demandas de las OPD, al menos a primera vista, las disposiciones relativas a la protección de la integridad personal no lograron apartarse demasiado de los estándares existentes en el marco universal de derechos humanos. No obstante, su lectura desde la visión del modelo social, y particularmente desde el principio de igualdad y no discriminación, permite concluir que también en este ámbito de protección de los derechos humanos, la CDPD marca un cambio de paradigma que supone importantes consecuencias para las leyes y prácticas existentes en la mayoría de los Estados Partes.

El Artículo 15 de la CDPD aborda lo que, sin duda alguna, constituye la más grave forma de violación del derecho humano al respeto y protección de la integridad personal, esto es, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos, o degradantes.

Como señala LORD, el contenido del Artículo 15 que finalmente surgió del proceso de negociación revela una disposición más bien acotada que poco añade a la prohibición de tortura existente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, al menos si es leída fuera del contexto de otras disposiciones de la CDPD que, sin duda alguna, expanden su significado y la intención para su implementación³⁹³.

De las experiencias narradas por las propias personas con discapacidad que han podido sobrevivir a procesos traumáticos de prácticas médicas psiquiátricas³⁹⁴, así como de numerosas investigaciones e informes³⁹⁵ que relatan la habitualidad y la crueldad de los tratos a los cuales son sometidas las personas con discapacidad en contextos de institucionalización, es posible identificar al menos cinco categorías o tipos de violaciones graves a los derechos humanos que pueden suponer actos de tortura u otros tratos inhumanos.

³⁹³ LORD, J. E., (2011) "Shared Understanding or Consensus-Masked Disagreement? The Anti-Torture Framework in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities," *Loyola Journal of International & Comparative Law* Vol. 11.

³⁹⁴ Véase por ejemplo la World Network of Users and Survivors of Psychiatry en: <http://www.wnusp.net/>

³⁹⁵ Véase por ejemplo: Mental Disability Advocacy Center: <http://www.mdac.info>; Disability Rights International: <http://www.mdri.org>; Human Rights Watch: <http://www.hrw.org/es>



Violaciones manifiestas de los derechos humanos más básicos: Existe basta evidencia recogida por ONGs, por organismos internacionales de derechos humanos, e incluso por investigaciones oficiales encargadas por los propios gobiernos, que demuestran que las personas con discapacidad, incluidos niños y niñas, son sistemáticamente expuestas a violaciones manifiestas de sus derechos humanos más básicos en contextos de institucionalización. Tales prácticas suelen incluir el encierro prolongado, el suministro deficiente de alimento, agua y vestimenta, exposición al frío o calor intensos, o palizas y todo tipo de abusos sexuales³⁹⁶.

Tratamientos médicos con fines terapéuticos dirigidos exclusivamente a personas con discapacidad: En contextos de institucionalización, las personas con discapacidad son usualmente sometidas a prácticas o tratamientos médicos que, bajo un fin terapéutico, son suministrados exclusivamente a dichas personas, tales como terapia electroconvulsiva o la medicación psiquiátrica, incluidos los neurolépticos y otros medicamentos psicotrópicos.

Tratamientos o prácticas médicas dirigidos a la población general pero que son generalmente impuestos a las personas con discapacidad sin su consentimiento: Las personas con discapacidad son generalmente sometidas a prácticas contempladas como válidas por el ordenamiento jurídico pero que se administran sin su consentimiento libre e informado, tales como, experimentos médicos o científicos, las esterilizaciones o los abortos forzados. Dichas prácticas incluyen habitualmente a niños y niñas con discapacidad³⁹⁷.

Prácticas o medidas de control disciplinario: Las personas con discapacidad son usualmente sometidas a prácticas o tratamientos médicos justificados no ya en un fin terapéutico, sino, más bien, en un fin correctivo o de control disciplinario, tales como la administración de sedantes en cantidades exorbitantes o el aislamiento o sujeción prolongada³⁹⁸.

³⁹⁶ Véase por ejemplo: Abandonados y Desaparecidos: Segregación y Abuso de Niños y Adultos con Discapacidad en México (2010), Disability Rights International y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.disabilityrightsintl.org/wordpress/wp-content/uploads/Mex-Spanish-FinalPrinterVer-pdf-small.pdf>

³⁹⁷ Véase por ejemplo: Torture not Treatment: Electric Shock and Long-Term Restraint in the United States on Children and Adults with Disabilities at the Judge Rotenberg Center, (2010), Mental Disability Rights International, disponible en: <http://www.disabilityrightsintl.org/wordpress/wp-content/uploads/USReportandUrgentAppeal.pdf>

³⁹⁸ Véase por ejemplo lo observado por el Comité de la CDPD respecto del Informe del Estado Chino en relación con el Artículo 15, "...Por lo que se refiere a las personas con una discapacidad intelectual y psicosocial real o percibida internadas involuntariamente en instituciones, preocupa al Comité que la "terapia correctiva" impartida en las instituciones psiquiátricas constituya un trato inhumano y degradante..." CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 27; o lo observado respecto del Informe de Perú, "... El Comité expresa su preocupación por las numerosas informaciones sobre el recurso continuado a la ingesta forzada de medicamentos, incluidos los neurolépticos, y las precarias condiciones materiales de las instituciones psiquiátricas..." CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafo 30.



Denegación de ajustes razonables o de apoyos: Las personas con discapacidad, pese a encontrarse en instituciones destinadas a personas con discapacidad, usualmente no tienen acceso a los ajustes razonables o a los apoyos necesarios requeridos por las necesidades específicas de cada persona, tales como acceso a sillas de ruedas eléctricas, apoyo de contención frente a situaciones de crisis, acceso a medios de comunicación alternativos o acceso a un plan terapéutico personalizado, en la comunidad y con la intervención necesaria de la persona.

Todas estas modalidades de violaciones habituales de los derechos humanos de las personas con discapacidad quedan protegidas a la luz del Artículo 15 de la CDPD y del marco universal de derechos humanos. Como se ha señalado ya en el Capítulo 2, el ex relator contra la Tortura ha analizado y advertido que muchas de estas prácticas pueden constituir tortura y otro tipo de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁹⁹.

Ahora bien, de la lectura integral del Artículo 15 en el marco general de la CDPD y su integración con el marco general de los derechos humanos es posible identificar al menos tres obligaciones específicas hacia los Estados Partes. En primer lugar, la obligación general de protección de las personas con discapacidad frente a la tortura y otros tratos inhumanos. En segundo lugar, la obligación de protección de las personas con discapacidad frente a experimentaciones médicas y científicas. En tercer lugar, el deber de adoptar medidas para asegurar la no discriminación de las personas con discapacidad frente a la tortura y otros tratos inhumanos. Sin perjuicio de esta distinción metodológica, es importante resaltar que estas obligaciones se encuentran frecuentemente interrelacionadas.

La obligación general de protección de las personas con discapacidad frente a la tortura y otros tratos inhumanos, reafirmada por el Artículo 15 de la CDPD, supone que, en relación con las personas con discapacidad, los Estados tienen un deber de protección especial debido a la situación de especial vulnerabilidad a la cual se enfrentan generalmente las personas con discapacidad. Este principio ha sido plenamente reconocido por la jurisprudencia internacional de los organismos internacionales de derechos humanos⁴⁰⁰ y sienta las bases para la protección de prácticas tales como las violaciones manifiestas de los derechos humanos más básicos o las prácticas o medidas de control disciplinario.

³⁹⁹ Véase Capítulo 2 punto 2.4.3.1.

⁴⁰⁰ CIADH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149; CIADH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246 TEDH. Stanev v. Bulgaria. Sentencia de 17 de enero de 2012. Aplicación no. 36760/06.



La obligación de protección de las personas con discapacidad frente a experimentaciones médicas y científicas sin su consentimiento libre e informado vincula indefectiblemente la lectura del Artículo 15 con el Artículo 12 y 13 de la CDPD y sienta las bases para la protección de prácticas tales como los tratamientos o prácticas médicas dirigidos a la población general pero que son generalmente impuestos a las personas con discapacidad sin su consentimiento⁴⁰¹. Debido a la relevancia de esta cuestión con el objeto del presente trabajo, dicho análisis se ha abordado en el Capítulo 5 del mismo.

Finalmente, el deber de adoptar medidas para asegurar la no discriminación de las personas con discapacidad frente a la tortura y otros tratos inhumanos sirve como cláusula de cierre que permite ampliar exponencialmente el alcance del Artículo 15 para garantizar protección frente a prácticas tales como los tratamientos médicos con fines terapéuticos dirigidos exclusivamente a personas con discapacidad o la denegación de ajustes razonables o de apoyos.

El Artículo 16 se centra asimismo en la protección de la integridad personal, aunque mediante referencia a un nivel de violación, si se quiere, menos grave, pero que se genera en ámbitos privados o ajenos al control estatal y donde frecuentemente las personas con discapacidad no tienen la posibilidad de identificar o denunciar dichas violaciones. La explotación y el abuso sexual es un fenómeno extendido entre personas con discapacidad, particularmente mujeres y niñas, aunque los hombres y niños con discapacidad también sufren de violencia, explotación y abuso sexual. Los estudios indican que las personas con discapacidad se encuentran desproporcionadamente en riesgo de violencia y que el abuso sexual entre las mujeres con discapacidad es mucho mayor que en el resto de la población⁴⁰². La mayoría de las instancias de abuso no son informadas y, por lo tanto, no son tratadas. Muy a menudo, el abuso sucede en una vivienda privada o en una institución, donde se piensa que las personas con discapacidad están protegidas contra dichos abusos⁴⁰³.

⁴⁰¹ Esto ha sido observado por el Comité en relación con el Informe de Hungría "...Preocupa al Comité que la Ley N° CLIV de atención de la salud, de 1997, establezca un marco jurídico que permite someter a las personas con discapacidad cuya capacidad jurídica esté limitada a experimentos médicos sin su consentimiento libre e informado, dado que pueden autorizarlo sus tutores legales..." CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafo 29.

⁴⁰² Por ejemplo, el Informe Mundial sobre Discapacidad señala que: Las personas con discapacidad tienen mayor riesgo de estar expuestas a la violencia. • Las personas con discapacidad están más expuestas al riesgo de sufrir violencia que las demás. • En los Estados Unidos se ha informado que la violencia contra las personas con discapacidad es entre 4 y 10 veces mayor que contra aquellas sin discapacidad. • La prevalencia de abuso sexual contra las personas con discapacidad es más alta que dicho abuso contra las personas sin discapacidad. • La violencia sexual prevalece particularmente para las personas que están institucionalizadas y las personas con discapacidad intelectual. Organización Mundial de la Salud y Grupo del Banco Mundial, Informe mundial sobre la discapacidad (2011): http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/index.html

⁴⁰³ Véase *Human Rights YES!*, (2007) *op. cit.*, Capítulo 6.



Si bien el artículo 16 está estrechamente vinculado con el artículo 15, la especificidad de esta disposición tiene por objeto proteger a las personas con discapacidad, tanto dentro como fuera del hogar, de todas las formas de explotación, violencia y abuso. La mayoría de las personas con discapacidad, debido a la falta de apoyo o asistencia personal, deben necesariamente vivir bajo el cuidado de sus familias o en una institución pública. Por lo tanto, en la mayoría de las actividades diarias básicas, las personas con discapacidad interactúan y dependen de terceras personas, y dicha dinámica suele carecer de regulación o control.

La CDPD exige a los Estados que adopten todas las medidas apropiadas para prevenir todas las formas de explotación, violencia y abuso en al menos cuatro áreas: 1) la prestación de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad y sus familias y cuidadores en particular mediante el suministro de información y educación sobre maneras de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso, 2) asegurar que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes, 3) promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación, y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia y abuso, y 4) asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

Finalmente, el Artículo 17 de la CDPD señala que toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás. Aunque se trata de una disposición breve y que simplemente reafirma el derecho a la protección de las personas con discapacidad de su integridad física y mental, su lectura sistemática a la luz de los Artículos 12, 15 y 16 confiere a la misma un significado y función primordial en el marco de la CDPD.

En términos sencillos, el artículo 17 opera como una cláusula de cierre que engloba todas aquellas violaciones que no puedan considerarse como tortura o como violencia o abuso. Y el gran valor del Artículo 17 es su referencia expresa a la perspectiva de la no discriminación, puesto que ello vincula indefectiblemente el Artículo 17 con el Artículo 12 de la CDPD. Debido a la relevancia de esta cuestión con el objeto del presente trabajo, dicho análisis se ha abordado en el Capítulo 5 del presente trabajo.

3.7.5. Respeto por la privacidad y la familia

La CDPD como tratado integral de derechos humanos abarca y contempla como un pilar fundamental de los derechos de las personas con discapacidad las esferas de



la privacidad y la familia. Se trata de dos ámbitos donde las legislaciones nacionales guardan silencio o donde las pocas normas vigentes tienen el efecto de restringir o privar este derecho respecto de personas con discapacidad. Por ello, la CDPD brinda un marco de protección necesario y sin precedente para las personas con discapacidad.

Tradicionalmente, el sistema de protección de derechos humanos en materia de privacidad y familia se centraba en garantizar la no intervención o intromisión del Estado en la vida de las personas. Con el tiempo, el derecho internacional de los derechos humanos fue progresando para entender necesario que las obligaciones de los Estados en estos ámbitos debe incluir el deber de proteger a las personas incluso, o principalmente, de la interferencia de terceros. A ello hay que sumar que la mayoría de los Estados suele regular los aspectos relativos a la privacidad y a la familia en los Códigos Civiles, un ámbito tradicionalmente reacio a incluir estándares universales de derechos humanos.

El artículo 22 reafirma que "ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación". Esta disposición se centra básicamente en dos aspectos. Por un lado, el artículo 22 trata de asegurar la protección de la vida privada de cada persona con independencia del tipo o modalidad de su residencia. Por otra parte, esta disposición trata de salvaguardar la información privada de cada persona, en especial la información relacionada con la discapacidad de la persona. Como la religión o afinidad política, toda la información relacionada con la discapacidad se considera datos personales y, por lo tanto, información protegida.

El Artículo 22(1) reproduce en sus elementos medulares lo establecido en el Artículo 17 de PIDCP, aunque adaptado al contexto de la discapacidad. Dicha perspectiva se traduce en un doble enfoque. Por un lado, y aunque la norma no lo señala expresamente, el Artículo 22 debe ser leído desde la perspectiva de la igualdad y la no-discriminación. Pero por otro lado, el Artículo 22(1) considera necesario incluir una frase adicional a la fórmula contemplada por el PIDCP, esto es, "independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia". Se podría afirmar que, en realidad, esta frase lo que pretende es asegurar la aplicación igualitaria del derecho a la privacidad respecto de las personas con discapacidad, solo que la CDPD opta por especificar la circunstancia o situación que usualmente genera las mayores vulneraciones de este derecho. Muchas personas con discapacidad, sea porque viven en contextos de institucionalización, sea porque viven con su familia, o incluso cuando viven de forma independiente, suelen estar en contacto con cuidadores, enfermeros, médicos,



asistentes personales, intérpretes, quienes pueden tener acceso fácil a información privada o a la intimidación física de la persona. La CDPD intenta cubrir especialmente este tipo de situaciones en las cuales se suelen registrar las mayores vulneraciones del derecho a la privacidad. El derecho a la privacidad abarca varios elementos, lo que incluye: i) Privacidad de información, ii) Privacidad de comunicación, iii) Entorno personal, y iv) Protección contra agresiones sobre el honor, y o la reputación de una persona⁴⁰⁴.

Aunque la CDPD no lo menciona, la interpretación sistemática del Artículo 22 con el resto de la Convención, en especial el Artículo 4, y con el marco general de derechos humanos, nos permite afirmar que los Estados Partes se encuentran en el deber de “sancionar legislación apropiada a ese efecto” y también deben “proporcionar medios para que toda persona pueda protegerse eficazmente contra los ataques ilegales que puedan producirse y para que pueda disponer de un recurso eficaz contra los responsables de esos ataques”⁴⁰⁵.

Por su parte, el Artículo 22(2) incluye un párrafo adicional que no forma parte del texto recogido en el Artículo 17 del PIDCP. Una vez más, aunque se podría afirmar que lo señalado en el párrafo 2 del Artículo 22 quedaría implícito en lo señalado en el párrafo 1, la CDDP considera necesario explicitar un ámbito de vulneración habitual del derecho a la privacidad de las personas con discapacidad, de modo que los Estados no puedan escapar de brindar soluciones específicas al respecto.

Esta cláusula tiene un impacto importante para la vida de las personas con discapacidad, puesto que está prevista especialmente a los efectos de evitar que se difundan o se hagan públicas cuestiones relativas o relacionadas con la discapacidad de la persona. Por ello, cobra especial relevancia en este contexto la legislación sobre protección de datos personales o de acceso a historiales médicos. Históricamente se ha considerado que los datos relativos a la discapacidad debían considerarse públicos, en especial registros médicos sobre discapacidades psicosociales. En virtud del Artículo 22(2), nadie puede exigir que una persona con discapacidad revele su historial médico o su discapacidad a menos que lo considere necesario a los efectos de solicitar ajustes razonables. Como la religión o afinidad política, toda la información relacionada con la discapacidad se considera datos personales y, por lo tanto, información protegida.

⁴⁰⁴ *Human Rights YES!*, (2007) *op. cit.*, capítulo 7.

⁴⁰⁵ Cfr. Observación General No 16 (Artículo 17 – Derecho a la intimidad) Comité de Derechos Humanos, (1988), HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 11.



En el ámbito de la familia, el Artículo 23 de la CDPD también recoge importantes disposiciones que pretenden revertir la triste historia de las personas con discapacidad en relación con el goce y ejercicio del derecho a la vida familiar.

El artículo 23 afirma que los Estados "tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, en igualdad de condiciones con las demás". La realidad muestra que los derechos de familia son sistemáticamente violados en la mayoría de los países. Las personas con discapacidad generalmente no son consideradas como personas con derecho a ser padres o madres o, incluso en muchos casos, como niños o niñas con derecho a un hogar y una familia.

En consecuencia, el artículo 23 aborda tanto las dimensiones activas como pasivas de las de los derechos de la familia, es decir a ser padres o madres, por un lado, y vivir en un hogar y una familia, por otro. En cuanto a la dimensión activa, el artículo 23 deja en claro que todas las personas con discapacidad deberán conservar y disfrutar de su fertilidad y los derechos reproductivos, incluido el derecho al matrimonio, el derecho a mantener su fertilidad y el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos⁴⁰⁶. En cuanto a la dimensión pasiva, la CDPD afirma que "los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia " y que en ningún caso podrá el niño o niña ser separado de sus padres en razón de una discapacidad, bien del menor o de uno o ambos padres⁴⁰⁷.

Debido a la discriminación histórica contra las personas con discapacidad en las áreas de matrimonio, familia, paternidad y relaciones personales, el Artículo 23 aborda

⁴⁰⁶ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de Argentina, "...El Comité lamenta que el representante legal de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de la mujer con discapacidad. Del mismo modo, expresa su preocupación por la existencia de prácticas de esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado..." CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 31; o lo señalado respecto del Informe de China, "...Preocupa profundamente al Comité que tanto la legislación del Estado Parte como su sociedad acepten la práctica de someter a las mujeres con discapacidad a la esterilización y el aborto forzados sin su consentimiento libre e informado..." CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 33.

⁴⁰⁷ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de Hungría, "...El Comité observa con preocupación que las personas con discapacidad siguen teniendo que hacer frente a diversas barreras económicas, físicas y psicológicas para fundar una familia, y que la escasez de servicios de apoyo que les permitan llevar una vida independiente (véanse los párrafos 34 y 35 supra) constituye una barrera de hecho para el disfrute pleno y efectivo de los derechos enunciados en el artículo 23 de la Convención..." CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafo 36.



cada uno de estos asuntos en detalle. Específicamente: i) Artículo 23(1)(a) protege el derecho de las personas con discapacidad a casarse sobre la base de un consentimiento libre y pleno de cada persona y a fundar una familia; ii) Artículo 23(1)(b) protege los derechos de las personas con discapacidad a decidir libremente cuándo y cuántos hijos tener. También asegura el acceso a la información “apropiada a la edad” y a la “educación sobre reproducción y planificación familiar”, para que las personas con discapacidad puedan tomar decisiones formadas sobre estos asuntos; iii) Artículo 23(1)(c) trata sobre el derecho de las personas con discapacidad, incluyendo niños y niñas, para que “mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones con los demás”. Esta disposición no sólo protege a los niños, niñas y adultos con discapacidad contra la esterilización forzosa, sino que también implica el derecho de las personas con discapacidad a tener acceso a atención médica, nutrición y otros factores que son pre condiciones para mantener la fertilidad; iv) Artículo 23(2) asegura que las personas con discapacidad tiene el derecho de ser tutores, responsables, padres adoptivos o demás, en donde existan tales derechos para las otras personas. En otras palabras, las personas con discapacidad no deben ser impedidas de asumir responsabilidades de la crianza de hijos porque son personas con discapacidad. Además, si los padres o madres con discapacidad necesitan asistencia para desarrollar sus responsabilidades en la crianza de sus hijos, los Estados deben brindarle “asistencia apropiada”. v) Artículo 23(3) aborda algunos de los derechos de los niños y niñas con discapacidad, específicamente los derechos a no ser ocultados, abandonados, descuidados o segregados. También requiere que los Estados provean información, servicios y apoyo a los niños y niñas con discapacidad y sus familias; vi) Artículo 23(4) requiere que los niños y niñas no deben ser separados de sus padres al menos que sea “necesario en el interés superior del niño” y la decisión haya sido tomada por “autoridades competentes” y “de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables”. Además, el Artículo 23(4) no permite que un niño o niña sea separado de sus padres en razón de una discapacidad, sin tener en cuenta si es el niño o niña y/o uno o ambos padres quien posee una discapacidad; vii) Artículo 23(5) trata la situación de los niños y niñas con discapacidad quienes pueden no estar en condición de ser cuidados por su familia inmediata. El Estado “hará todo lo posible para proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa” y de no ser esto posible, entonces “dentro de la comunidad en un entorno familiar”. Esto es para prevenir la práctica, común en muchos países, de enviar automáticamente a los niños y las niñas con discapacidad a vivir en entornos institucionales donde las familias inmediatas no los pueden cuidar⁴⁰⁸.

La CDPD no hace más que reafirmar el derecho humano a la familia de todas las personas con discapacidad, aunque añade dos elementos normativos e interpretativos

⁴⁰⁸ *Human Rights YES!*, (2007) *op. cit.*, capítulo 7.



de suma importancia, esto es, la garantía de no discriminación por motivo de discapacidad y la garantía al reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, con lo cual el valor innovador del artículo 23 de la CDPD verdaderamente sale a la luz cuando se conecta esta disposición con las otras disposiciones del tratado, pero principalmente con el artículo 12(2). Debido a la relevancia de esta cuestión con el objeto del presente trabajo, dicho análisis se ha abordado en el Capítulo 5 del mismo.

3.7.6. Participación en la vida pública y social

Otro pilar fundamental de la CDPD se centra en aquellos derechos cuyo principal objetivo consiste en garantizar la participación política y social de las personas con discapacidad. Entre los mismos podríamos incluir: Artículo 21 Libertad de expresión y acceso a la información, Artículo 29 Participación en la vida política y pública y Artículo 30 Participación en la vida cultural.

El artículo 21 requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas en igualdad de condiciones con las demás mediante cualquier forma de comunicación de su elección. Esta disposición es un claro ejemplo del porqué, en el cumplimiento de los derechos civiles y políticos, también es necesario un papel activo del Estado y no sólo una actitud pasiva no intervencionista. La CDPD no sólo se centra en el derecho a la libertad de expresión, sino también en el derecho a que las personas con discapacidad puedan acceder a la información en igualdad de condiciones con los demás.

Pero lejos de ser una disposición vaga y retórica, el artículo 21 establece indicaciones claras sobre cómo garantizar el acceso a la información. En primer lugar, pone de manifiesto que la comunicación "incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como 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". En segundo lugar, exige a los Estados garantizar que la información dirigida al público en general esté disponible en formato accesible y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad. Esta obligación también se aplica a las entidades privadas que presten servicios al público en general. En tercer lugar, el artículo 21 se centra en los medios masivos de comunicación y requiere que los Estados Partes alienten a las mismas a que hagan que sus servicios sean accesibles a las personas con discapacidad.



La CDPD intenta desarrollar el aspecto relativo a la libertad de expresión añadiendo expresamente aquello que el Comité de Derechos Humanos aclaró en su momento respecto del Artículo 19 del PIDCP, esto es, que la libertad de expresión incluye o requiere indefectiblemente del derecho de "acceso a la información" y que dicho acceso debe ser por cualquier medio, "ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección"⁴⁰⁹.

La realidad demuestra que muy pocos Estados garantizan el acceso a la información mínima que se encuentra a disposición del público en general en formatos alternativos como Braille, lenguaje sencillo, o lengua de señas. Incluso la información más fundamental y sobre la que pende todo el sistema de organización social de un Estado, como lo son las normas y los instrumentos que recogen planes de políticas públicas, no suelen ser accesibles para muchas personas con discapacidad. Como contrapartida, los sistemas de gobierno democráticos suelen justificar la obligatoriedad y publicidad de las normas vigentes mediante su publicación en el Boletín Oficial, el cual muy raramente cuenta con formatos alternativos de comunicación. ¿Cómo se puede exigir a las personas con discapacidad el conocimiento y su consecuente acatamiento de las normas cuando las mismas no tienen la posibilidad material de acceder a las mismas?

Estrechamente relacionado con la libertad de expresión y acceso a la información, la CDDP aborda el derecho de las personas con discapacidad a la participación en la vida política y pública.

El artículo 29 afirma que "Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás". Este es otro aspecto de la vida en que las personas con discapacidad han sido sistemáticamente excluidas. Por lo tanto, la CDPD en este punto trata de garantizar a las personas con discapacidad el reconocimiento y el disfrute de este derecho en sus dos dimensiones, como participantes activos, es decir, para convertirse en representantes políticos, así como participantes pasivos, es decir, de participar plenamente en los procesos electorales. En cuanto a lo primero, el artículo 29 exige a los Estados tomar medidas para garantizar que las personas con discapacidad puedan participar en las "organizaciones no gubernamentales y asociaciones relacionadas con la vida pública y política del país y en las actividades y la administración de los partidos políticos" y que puedan unirse y formar "organizaciones de personas con discapacidad para representar a las personas con discapacidad a nivel internacional,

⁴⁰⁹ Observación General n° 10 (Artículo 19 libertad de opinión), Comité de Derechos Humanos (1983), HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 2.



nacional, regional y local". En cuanto a lo segundo, el artículo 29 establece directrices detalladas sobre la forma de garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho al voto, incluida la accesibilidad, el acceso a la información y ajustes razonables o asistencia.

Existen una multitud de barreras por las cuales las personas con discapacidad no pueden ejercer sus derechos políticos. Algunos ejemplos de estas barreras incluyen: i) Actitudes sobre el valor de la inclusión de las personas con discapacidad en los procesos de toma de decisiones; ii) Falta de información accesible sobre las reuniones y consultas públicas, los partidos políticos y votantes y el registro de votación; iii) Falta de transporte a las reuniones públicas, registro y mesas electorales; iv) Barreras físicas en edificios públicos, incluidos tribunales, centros de registro de votación y mesas electorales; v) Mesas electorales en espacios muy reducidos para permitir el acceso de personas que utilizan sillas de ruedas y cajas de votación ubicadas en mesas altas; vi) Falta de información accesible en procedimientos de votación para votantes con discapacidad sensorial; vii) Formación deficiente del personal fiscalizado de las mesas electorales; viii) Hostilidad hacia y/o exclusión de las personas con discapacidad psicosocial e intelectual en los procesos de toma de decisiones; ix) Falta de dispositivos alternativos de votación o métodos de votación accesibles para personas con discapacidad sensorial; x) Falta de mecanismos móviles de votación para personas que no pueden trasladarse de sus hogares o que se encuentren residiendo en un hospital o institución⁴¹⁰.

Las barreras o violaciones a las que las personas con discapacidad se enfrentan generalmente en relación con sus derechos políticos pueden sintetizarse en tres categorías.

En primer lugar, barreras legales o reglamentarias que excluyen a personas con discapacidad de sus derechos a elegir sus representantes mediante el sufragio o a postularse y formar parte del gobierno. Este tipo de barreras se encuentran estrechamente relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica y el reconocimiento de los derechos de ciudadanía⁴¹¹. Debido a la relevancia de esta cuestión con el objeto del presente trabajo, dicho análisis se ha abordado en el Capítulo 5 del mismo.

⁴¹⁰ *Human Rights YES!*, (2007) *op. cit.*, capítulo 3.

⁴¹¹ Este tipo de barreras han sido enfáticamente observadas por el Comité de la CDPD en relación con todos los Informes presentados hasta el momento: Respecto de Túnez, CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011, párrafo 35; Respecto de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 47; Respecto de Perú, CDPD, CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafo 44; Respecto de Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 47; Respecto de China, CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 45; Respecto de Hungría, CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafo 45.



En segundo lugar, las barreras comunicacionales, las que incluyen la posibilidad de acceder a la información y la posibilidad de expresar la opinión mediante formatos alternativos. Esta dimensión conecta directamente el Artículo 29 con el Artículo 21, así como con el Artículo 2, sobre definiciones. Resulta claro que la CDPD exige que los Estados Partes garanticen el acceso a la información sobre los partidos políticos, sus plataformas y propuestas de gobierno, la información parlamentaria las papeletas de votación en formatos alternativos conforme lo estipulado en los Artículos 21 y 2 de la CDPD.

En tercer lugar, las barreras arquitectónicas o físicas, las que incluyen el acceso a un transporte público accesible, acceso a lugares de votación, apoyos o asistencia para la votación y acceso a espacios de debate y trabajo parlamentario o de gestión política (ministerios o reparticiones públicas). Esta dimensión conecta directamente el Artículo 29 con el Artículo 9, sobre accesibilidad, así como con los Artículos 2, sobre ajustes razonables y diseño universal, 20, sobre movilidad personal y 26, sobre habilitación y rehabilitación.

Más allá de lo trascendental de la participación en la vida política y pública, la CDDP también incide en lo que respecta a la participación de las personas con discapacidad en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.

El artículo 30 pretende destacar un aspecto generalmente invisible de la vida de las personas con discapacidad, esto es, la participación en la vida social. Consecuentemente, los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones con las demás, en la vida cultural, tanto en lo que respecta al acceso a material cultural, programas de televisión, películas, representaciones o servicios culturales tales como teatros, museos, cines, bibliotecas y los servicios de turismo en formatos accesibles, como también para que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual, no sólo para su propio beneficio sino también para el enriquecimiento de la sociedad.

Asimismo, el artículo 30 contiene disposiciones que permiten que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones con las demás en actividades recreativas, y deportivas. A tal efecto, los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para "estimular y promover la participación, en la mayor medida posible, de las personas con discapacidad en las actividades deportivas generales a todos los niveles", así como "garantizar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de organizar, desarrollar y participar en determinadas actividades deportivas y recreativas.



Por último, el artículo 30 hace una declaración muy importante cuando se exige a los Estados "tomar todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, para asegurar que las leyes que protegen los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a los materiales culturales".

Si bien el Artículo 30 abarca diferentes aspectos de las actividades sociales más comunes, como la cultura, el esparcimiento, la recreación y el deporte, lo hace desde una doble perspectiva. Por un lado, desde una perspectiva general, es decir, procurando el acceso a todos dichos ámbitos disponibles al público en general en igualdad de condiciones. Pero, por otro lado, desde una perspectiva de grupo, es decir, procurando el acceso y el fomento de la cultura, el esparcimiento, la recreación y el deporte de y para personas con discapacidad⁴¹².

Las principales barreras que enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de este derecho incluyen: i) Las actitudes negativas acerca de la aptitud de las personas con discapacidad para participar efectivamente en la vida cultural, el deporte y las actividades recreativas, tanto como participantes como espectadores; ii) Las barreras físicas a los museos, cines, teatros, centros deportivos, parques, y otros edificios e instalaciones culturales y recreativas; iii) Falta de transporte accesible para lugares culturales y eventos deportivos; iv) Falta de información accesible acerca de eventos culturales y oportunidades deportivas, incluyendo eventos para personas con discapacidad; v) Falta de ajustes para facilitar la comunicación para las personas con discapacidad; vi) Falta de conocimiento y comprensión de la lengua de señas como una lengua diversa y como identidad lingüística para muchas personas sordas; vii) Falta de capacitación de aquellos involucrados en la organización de actividades recreativas, turísticas, deportivas o de esparcimiento, así como también de actividades culturales, para comprender las necesidades específicas de las personas con discapacidad y cómo proporcionarles ajustes necesarios; y viii) Falta de conocimiento y experiencia acerca de cómo incluir niños y niñas con discapacidad en el deporte y las actividades recreativas; cómo desarrollar educación física adaptada en las escuelas y cómo diseñar parques y juegos accesibles⁴¹³.

3.7.7. *Vida independiente y con dignidad*

Aunque la gran mayoría de las obligaciones establecidas en la CDPD no suponen grandes inversiones o asignaciones presupuestarias, sino más bien cambios de leyes,

⁴¹² LORD, J. E. & STEIN, M. A., (2009) "Social Rights and The Relational Value of the Rights to Participate in Sport, Recreation and Play," *Boston University Journal of International Law* Vol. 27.

⁴¹³ *Human Rights YES!*, (2007) *op. cit.*, capítulo 14.



políticas y actitudes sociales, existe una serie de disposiciones destinadas a garantizar la vida independiente y con dignidad en la comunidad de las personas con discapacidad, las cuales probablemente requieran de mayores esfuerzos y asignación de recursos para su efectiva implementación.

Aquí la CDPD reconoce y requiere que los Estados deben tomar medidas activas y efectivas para lograr la inclusión social de las personas con discapacidad a través de la garantía de una vida independiente y digna en la comunidad. Dicho objetivo se apuntala en la CDPD mediante tres Artículos claves que abordan la vida independiente en la comunidad (Artículo 19), la habilitación y rehabilitación social (Artículo 26), y la protección social (Artículo 28).

El Artículo 19 de la CDPD, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, ha sido considerado por algunos autores como un derecho específico de las personas con discapacidad, aunque, en rigor, su fundamento principal pende del principio fundamental de igualdad y no discriminación por motivo de discapacidad. En otras palabras, ¿por qué las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y en la comunidad? Porque dicho derecho es reconocido a todas las demás personas.

El artículo 19 reconoce el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás. Esta disposición impone a los Estados Partes una doble obligación. Por un lado, se exige a los Estados eliminar todas las barreras, y que se abstengan de apoyar cualquier medida, dirigida a crear o mantener instituciones residenciales para la protección y el cuidado de las personas con discapacidad. Por otro lado, los Estados Partes deben adoptar medidas pertinentes para facilitar el pleno goce por las personas con discapacidad de este derecho y su plena inclusión y participación en la comunidad, incluido el acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta⁴¹⁴.

El derecho a la vida independiente es el derecho de elegir cómo vivir, dónde vivir y con quién vivir, y hasta qué punto interactuar con la comunidad. También significa

⁴¹⁴ Véase, Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párrafos 50 y 51.



tener acceso a cualquier tipo de apoyo que se pueda necesitar para realizar esas elecciones y lograr un nivel de vida adecuado.

Aunque el objetivo que persigue el Artículo 19 pudiera resultar lógico y legítimo, lo cierto es que intenta derribar una idea profundamente enraizada en las sociedades modernas que aún consideran que el mejor lugar de protección y asistencia de las personas con discapacidad son las instituciones especializadas o las familias. Mientras el modelo de prescindencia abandonaba a las personas con discapacidad a su suerte y la supervivencia en los sectores más pobres de la sociedad, el modelo médico entendió que las personas con discapacidad debían ser recogidas de las calles y atendidas en instituciones públicas. Esta idea sigue aún imperando en las mayorías de las políticas públicas de atención a las personas con discapacidad.

Las personas con discapacidad se ven impedidas de vivir en la comunidad sobre la base de una elección personal, básicamente por dos motivos. En primer lugar, porque el sistema jurídico-político les obliga a ingresar a las instituciones y les impide salir de ellas. En segundo lugar, porque no tienen más remedio que ingresar en instituciones o quedar bajo el cuidado de padres u otros familiares debido a la falta de recursos necesarios para una vida independiente. Está claro que el Artículo 19 no aboga simplemente por el cierre de todas las instituciones públicas y privadas de atención a personas con discapacidad, sino que intenta garantizar que las personas tengan los medios mínimos y necesarios para vivir dignamente. Caso contrario sería volver al modelo medieval donde las personas con discapacidad debía, sobrevivir en las calles de las grandes ciudades mendigando o siendo objeto de burlas.

Aunque el Artículo 19 refuerza el mandato por la desinstitucionalización subyacente en los Artículos 14 y 12 de la CDPD, sus disposiciones se centran más bien en el después. Es decir, qué sucede o qué necesita una persona para poder elegir cómo vivir, dónde vivir y con quién vivir⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de Hungría "...El Comité toma nota de que el Estado Parte ha reconocido la necesidad de sustituir las grandes instituciones sociales para personas con discapacidad por centros comunitarios (desinstitucionalización). Sin embargo, observa con preocupación que el Estado Parte ha establecido un plazo de 30 años para culminar ese proceso. Le preocupa además que, en comparación con la cantidad destinada a crear redes comunitarias de servicios de apoyo, el Estado Parte haya dedicado una cantidad desproporcionada de recursos (incluidos recursos de fondos regionales de la Unión Europea) a reconstruir grandes instituciones, lo que dará lugar a que se mantenga la segregación. Le inquieta que el Estado Parte no proporcione servicios de apoyo suficientes y adecuados en las comunidades locales para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente fuera de las instituciones residenciales...", CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafo 33.



En primer lugar, la persona con discapacidad necesita que el Estado no le obligue a ingresar y permanecer contra su voluntad en instituciones. Este tipo de barreras se encuentran estrechamente relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica y la protección de la libertad. Debido a la relevancia de esta cuestión con el objeto del presente trabajo, dicho análisis se ha abordado en el Capítulo 5 del mismo.

En segundo lugar, una vez que existe la posibilidad formal de elegir cómo, dónde y con quién, es necesario que exista la posibilidad material, es decir, que la persona disponga de recursos y apoyos necesarios para una vida independiente y digna en la comunidad. Las posibilidades materiales de optar por una vida independiente se adquieren mediante la realización de todos los derechos amparados por la CDPD, entre los que se destacan la no discriminación, la accesibilidad universal, la salud, el empleo y la educación. No obstante, la CDPD es consciente de que la realización plena de los derechos amparados por el tratado puede demandar mucho tiempo y, por ello, recoge un par de disposiciones que pretende garantizar de forma relativamente ágil las condiciones mínimas para la vida independiente. Dichas condiciones mínimas apuntan a que la persona pueda adquirir habilidades para la vida independiente y que la persona pueda contar con recursos de vida mínimos para una vida digna (alojamiento, vestimenta, alimentos).

Desde esta visión u objetivo de garantizar la vida independiente y en la comunidad de las personas con discapacidad es que debe leerse e interpretarse el Artículo 26, sobre habilitación y rehabilitación.

La existencia de dos artículos independientes sobre habilitación y rehabilitación, por un lado, y salud, por otro, fue intensamente reclamado por las OPD, tanto por motivos ideológicos como por motivos prácticos. Una cuestión es la rehabilitación de la persona (en un sentido mucho más amplio que su salud, y otra es el acceso en igualdad de oportunidades a las prestaciones de salud. Por ello, desde una perspectiva comprensiva, la CDPD demanda de los Estados Partes la adopción de medidas efectivas y pertinentes para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, organizando, intensificando y ampliando servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales. Por otro lado, las obligaciones de los Estados Partes sobre habilitación y rehabilitación deberán comprender también el desarrollo de la formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en dichos servicios, y la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad.



La habilitación y rehabilitación son procesos diseñados para proveer herramientas, recursos y estrategias individuales para asistir a las personas con discapacidad a lograr sus metas particulares. Estas metas pueden ser tan simples como tomar un autobús en la ciudad o más complejas, como convertirse en un famoso científico espacial⁴¹⁶. La CDPD destaca que la habilitación y la rehabilitación deberían ser multidisciplinarias y personalizadas para tener en cuenta las necesidades y fortalezas de la persona, así como que los servicios deberían estar a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad.

Ahora bien, más allá de su objetivo (vida independiente y en la comunidad) y de su amplitud (no solo en salud, sino también en empleo, educación, servicios sociales, vida cultural), la CDPD también reconoce otra característica fundamental sobre el derecho a la habilitación y la rehabilitación, esto es, la necesaria participación de las personas con discapacidad en el diseño, el desarrollo y la implementación de los programas de habilitación y rehabilitación, lo cual se deduce de lo señalado en los principios generales de participación, autonomía y toma de decisiones recogidos en el Artículo 3 de la CDPD⁴¹⁷.

Finalmente, más allá del derecho a adquirir habilidades para la vida independiente en la comunidad, la CDPD también recoge una disposición que pretende garantizar que las personas que deseen vivir en la comunidad puedan contar con los recursos mínimos necesarios para hacerlo.

Los informes y estadísticas demuestran la existencia de una relación directa entre discapacidad y pobreza⁴¹⁸. Las personas con discapacidad muy frecuentemente deben vivir en condiciones de extrema pobreza. Por ello, y pese a su carácter progresivo y sobre la base de los recursos existentes, los Estados Partes reconocen su derecho a un nivel de vida adecuado, lo cual, según el texto, incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados y la mejora continua de sus condiciones de vida. En este sentido, se comprometen a adoptar las medidas pertinentes, a fin de salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, sin discriminación por motivo de discapacidad. Asimismo, la CDPD reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, e impone a los Estados Partes el deber de adoptar medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho.

⁴¹⁷ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de China "...El Comité está preocupado por la imposición de medidas de rehabilitación y habilitación a las personas con discapacidad, especialmente las personas con discapacidad psicosocial o intelectual, sin su consentimiento informado...", CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 39.

⁴¹⁸ Véase. Organización Mundial de la Salud y Grupo del Banco Mundial, Informe mundial sobre la discapacidad (2011): http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/index.html, pp. 42 y ss.



El Artículo 28 recoge una clara perspectiva de no discriminación, es decir, el acceso a los servicios sociales en igualdad de condiciones. Ello supone que las personas con discapacidad no pueden verse apartadas de acceder a todos los servicios sociales que el Estado despliega para la población general. Ahora bien, las mayoría de los Estados contemplan, en mayor o menor medida, marcos o regímenes de prestaciones sociales dirigidos exclusivamente a las personas con discapacidad, los cuales suelen ser incompatibles con otros tipo de prestaciones o beneficios sociales. Ello podría suponer un conflicto con lo señalado por el Artículo 28⁴¹⁹.

La clave pasa, una vez más, por tener presente el objetivo del Artículo 28, es decir, un nivel de vida adecuado, pero siempre en conexión con el Artículo 19, sobre vida independiente y en la comunidad. El Artículo 28 abarca no sólo los programas o servicios sociales, sino también otro tipo de medidas Estatales, como planes de reducción de la pobreza, planes de vivienda pública, acceso a la alimentación, y regímenes de seguridad social. Por ello, como regla, el Estado debería centrar sus esfuerzos de garantizar un nivel de vida adecuado y protección social de las personas con discapacidad en procurar que todos los programas, planes y medidas disponibles al público en general sean accesibles para las personas con discapacidad⁴²⁰.

Para ello es preciso detectar las principales barreras que enfrentan las personas con discapacidad para acceder a este tipo de prestaciones o beneficios. Entre las más comunes se podrían citar: i) la privación de la capacidad jurídica no les permite a las personas incapacitadas iniciar los trámites administrativos necesarios para solicitar los beneficios; ii) la institucionalización de personas con discapacidad, incluso cuando no están formalmente incapacitadas, les impide iniciar los trámites administrativos necesarios para solicitar los beneficios; iii) los regímenes de incompatibilidades usuales en los Estados Partes que no permiten a las personas con discapacidad solicitar otros beneficios sociales cuando están cobrando una pensión no contributiva; iv) la falta de acceso a un empleo regular y la consecuente falta de aportes a la seguridad social ex-

⁴¹⁹ Véase por ejemplo lo señalado por el Comité de al CDPD respecto del Informe de Argentina, "...El Comité observa con preocupación disposiciones en la normativa del Estado Parte sobre el acceso a pensiones no contributivas que discriminan directa o indirectamente a las personas con discapacidad, entre ellas, el requisito exigido por el Decreto Reglamentario 432/1997 y el criterio de elegibilidad para acceder a una pensión asistencial por motivos de incapacidad establecido en la Ley N.º 18910..." CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 45.

⁴²⁰ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de China, "...Si bien el Comité valora la existencia de una política de reducción de la pobreza y prestaciones sociales y subsidios, expresa su preocupación por la disparidad entre las zonas rurales y las urbanas por lo que se refiere a las prestaciones de este tipo que reciben las personas con discapacidad..." CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 43.



cluye a las personas con discapacidad de jubilaciones y pensiones y otros beneficios derivados de estar dentro del sistema; v) la falta de acceso a la información en formatos alternativos como Braille, lengua de señas o lenguaje sencillo impide que muchas personas con discapacidad puedan tener conocimiento de sus derechos; vi) la falta de accesibilidad física y arquitectónica impide en muchos casos que las personas puedan acudir a las reparticiones públicas a solicitar los beneficios sociales; vii) la falta de inclusión de la perspectiva de la discapacidad en planes oficiales de vivienda, alimentación, control sanitario e higiene básica, reducción de la pobreza y alfabetización, impide a las personas con discapacidad acceder a los mismos.

Ahora bien, sin perjuicio de que los Estados deben centrarse en hacer accesibles sus sistemas de servicios y protección social, el Artículo 28 también contempla o reconoce que la discapacidad puede generar necesidades especiales. Por ejemplo “acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad”, o “acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza, a la asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados”, con lo cual el Artículo 28 requiere que los Estados tengan presente que el acceso igualitario a los servicios y a la protección social, también supone reconocer las necesidades adicionales que se derivan de la propia discapacidad. De este modo, si un Estado alega que no posee ningún plan de vivienda pública para la población en general, igualmente quedaría obligado a garantizar a aquellas personas con discapacidad que quieren salir de las instituciones y no tienen medios para comprar o alquilar una vivienda, que dicho costo será asumido por el propio Estado.

3.7.8. Derechos sociales básicos

Finalmente, la CDPD se aboca a regular aquellos derechos que conforman el núcleo básico de los derechos sociales, es decir, salud, empleo y educación. Se trata de tres derechos fundamentales para todo ser humano, aunque mucho más para las personas con discapacidad, cuyas tasas o niveles de goce están exponencialmente por debajo de la población general.

La cuestión relativa al derecho a la educación de las personas con discapacidad fue objeto de intensos debates a lo largo de todo el proceso de negociación. Fruto de ello, el Artículo 24, que lo aborda, es una de las disposiciones más extensas y exhaustivas de toda la CDPD.



En materia educativa, la CDPD recoge una ideología con clara tendencia hacia la educación inclusiva, tendencia que muchas legislaciones nacionales parecen adherir⁴²¹. No obstante, la CDPD recoge importantes, y en ocasiones precisas, exigencias a los Estados partes que requieren de un análisis detallado de la legislación educativa. En especial, cobran importancia tres cuestiones básicas: la primera es la exigencia de que las personas con discapacidad tengan acceso al sistema de educación general sin discriminación por motivo de su discapacidad y de un modo gratuito; la segunda cuestión, e íntimamente relacionada con lo anterior, es que la inclusión por sí no basta, sino que se exige que las personas con discapacidad tengan acceso a aquellos ajustes razonables en función de las necesidades especiales y se les facilite el apoyo necesario y personalizado en su desarrollo académico y social; la tercera cuestión es que la CDPD requiere que la normativa educativa nacional garantice no solamente el acceso a los contenidos educativos generales, sino que también permita el desarrollo de habilidades para la vida y desarrollo social, tales como el aprendizaje de la lengua de signos, Braille, etc. Por último, es importante destacar que la CDPD también garantiza el acceso de las personas con discapacidad a la educación superior en igualdad de condiciones y con el derecho a los ajustes razonables necesarios.

El Informe Mundial sobre Discapacidad indica que se ha producido cierto progreso en las últimas décadas pero, principalmente, se ha visto que “la probabilidad de que los niños y jóvenes con discapacidad ingresen o asistan a la escuela es menor que en el caso de otros niños. También tienen tasas más bajas de transición a niveles de educación más elevados”⁴²². Las personas con discapacidad enfrentan muchas barreras, tanto en el sistema educativo como en las escuelas, para acceder plenamente y en condiciones de igualdad al derecho a la educación. De conformidad con la CDPD, los Estados Partes ahora están jurídicamente obligados a brindar a las personas con discapacidad la oportunidad y el apoyo que necesitan, sin discriminación, para que accedan a una educación de calidad y durante toda la vida en un marco educativo inclusivo⁴²³.

El Artículo 24 supone un avance trascendental en materia de derechos humanos, ya que por primera vez un instrumento de carácter vinculante reconoce el “derecho a

⁴²¹ Por una visión del desarrollo normativo del principio de educación inclusiva en el derecho internacional y en las legislaciones nacionales véase BERSANELLI S. L., (2012) “Comentario al art.24” en ROSALES P. (Coord.), *op. cit.*

⁴²² Organización Mundial de la Salud y Grupo del Banco Mundial, Informe mundial sobre la discapacidad (2011): http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/index.html.

⁴²³ *Human Rights YES!*, (2007) *op. cit.*, capítulo 13.



la educación inclusiva⁴²⁴. El Artículo 23 de la CDN reconoce el derecho de los niños y niñas a un acceso efectivo a la educación, pero no llega a reconocer la educación como derecho.

Ahora bien, más allá del reconocimiento formal del derecho a la “educación inclusiva”, la CDPD incluye una serie de disposiciones que tienen por objeto asegurar que la educación sea efectiva y sin discriminación:

Noción amplia de educación: El Artículo 24 contempla una noción amplia de educación, que no solo cubre la educación inicial, primaria, secundaria y terciaria, sino también la educación a lo largo de toda la vida, como la educación vocacional, o la educación de postgrado.

Aprendizaje de habilidades para la vida y el desarrollo social: Sin perjuicio de la inclusión de las personas con discapacidad en los programas y planes educacionales generales, la CDPD exige que las escuelas también permitan el desarrollo de habilidades especiales como aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, la lengua de señas, o la identidad lingüística.

Garantía de no-discriminación, ajustes razonables y apoyos: El Artículo 24 reitera expresamente el derecho de las personas con discapacidad de no ser excluidas del sistema educativo por motivo de discapacidad, así como el derecho de contar con ajustes razonables y apoyo personalizado⁴²⁵.

Capacitación y formación de maestros: El Artículo 24 reconoce que los Estados deben garantizar que los maestros estén cualificados sobre medios alternativos de comunicación, y tengan conciencia y sensibilidad sobre las temáticas de la discapacidad.

⁴²⁴ Las Observaciones Finales del Comité de la CDPD respecto de los Informes de los Estados reflejan un patrón similar en todos ellos. Si bien existen niveles diferentes de realización y cumplimiento de los Estados respecto de las obligaciones recogidas en el Artículo 24, el Comité observa que los Estados en su mayoría han implementado algún tipo de sistema de inclusión escolar pero que dicha integración no resulta efectiva atento a la falta de recursos, ajustes razonables, y capacitación de los profesores y maestros. Véase por ejemplo Observaciones respecto de Respeto de Túnez, CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011, párrafos 30-31; Respeto de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafos 43-44; Respeto de Perú, CDPD, CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafos 36-37; Respeto de Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafos 37-38; Respeto de China, CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafos 35-36; Respeto de Hungría, CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafos 39-42.

⁴²⁵ El Comité de la CDPD ha señalado expresamente que “... la denegación de un acomodo razonable de los alumnos constituye discriminación y que la obligación de proporcionar un acomodo razonable a los alumnos es de aplicación inmediata y no está sujeta a la realización progresiva...”, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 44.



Por su parte, el Artículo 25 aborda el derecho a la salud de las personas con discapacidad. Los trabajos preparatorios muestran que se generó un intenso debate durante el proceso de elaboración de la CDPD debido a que existía un gran temor por parte de las OPD y algunas Delegaciones a que se abordara este tema desde un enfoque equívoco, producto de antiguas asunciones desde el modelo médico.

La CDPD se negoció en un claro sentimiento de rechazo al modelo médico de la discapacidad y, por ello, los aspectos sanitarios recogidos en el articulado deben interpretarse del mismo modo, o con la misma relevancia, que la salud tiene para las personas sin discapacidad. La clave pasa por acreditar que la legislación vigente no discrimine a las personas con discapacidad por motivo de su discapacidad en el acceso a los servicios de salud. Ello ocurrirá, por ejemplo, si las personas con discapacidad son exigidas de correr con gastos extraordinarios derivados del tratamiento de su deficiencia, o si no se les provee de tratamientos especializados y acordes a sus necesidades especiales, o si no se les informa o no se les otorga el mismo nivel de información o derecho de decisión que las demás personas en igualdad de condiciones, o no se les permite el acceso a la salud sexual o reproductiva en igualdad de condiciones, o no se les proporciona el acceso a formatos de comunicación alternativos en la provisión de servicios sanitarios, etc.

El Artículo 25 es importante tanto por lo que dice como por lo que no dice. En este último sentido, la CDPD destierra del contenido sustantivo del derecho humano a la salud de las personas con discapacidad, toda referencia o pauta que pudiera dar a entender que el acceso adecuado a la salud y a la rehabilitación es la pre-condición o la puerta de acceso al goce y ejercicio del resto de los derechos humanos. Y esto por una razón muy sencilla: para la CDPD la discapacidad no es producto o consecuencia de la mala salud. Incluso, para la CDPD la deficiencia no es tampoco producto o consecuencia de la mala salud, sino más bien fruto de la diversidad humana, con lo cual, el objetivo del Artículo 25 no es corregir o sanar las discapacidades o las deficiencias, sino simplemente garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el goce y ejercicio del derecho humano a la salud.

Si bien el Artículo 25 se estructura sobre la base del principio general de igualdad y no discriminación, sus derivaciones son múltiples:

Acceso igualitario a los servicios de salud general: Las personas con discapacidad, al igual que el resto de las personas, pueden necesitar atención médica frente a enfermedades que afectan a toda la población. Asimismo, pueden necesitar servicios médicos para el parto o para el tratamiento de enfermedades crónicas. La CDPD exige que los Estados no discriminen a las personas con discapacidad al brindar estos servicios,



lo que abarca todos los elementos esenciales de los servicios de salud, tales como: i) disponibilidad, ii) accesibilidad (no-discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica, y accesibilidad de la información), iii) aceptabilidad, y iv) calidad⁴²⁶.

Acceso específico a tratamientos médicos derivados de la propia discapacidad: La CDPD también reconoce que la discapacidad puede generar mayores necesidades de atención sanitaria, y por ello obliga a los Estados a no exigir a las personas con discapacidad los sobre-costes o gastos extras o excesivos que se pudieran generar como consecuencia de la discapacidad. Esto no supone reconocer que la discapacidad o la deficiencia son causadas por la mala salud. Las mujeres por lo general, por su condición de género, suelen necesitar mayor atención y servicios ginecológicos y reproductivos que los hombres, pero ello no habilita a los seguros de salud a cobrar más a las mujeres que a los hombres. Lo mismo resulta aplicable a las personas con discapacidad⁴²⁷.

Salud sexual y reproductiva: El Artículo 25 reconoce de forma explícita el derecho de las personas con discapacidad de poder acceder a los programas y servicios de salud sexual y reproductiva. Esta afirmación encuentra su fundamento en la creencia generalizada de que las personas con discapacidad son personas asexuadas y/o que no pueden aspirar a tener hijos. El Artículo 25 en conjunto con el Artículo 23 dejan bien claro el derecho de las personas con discapacidad a disfrutar de una sexualidad plena y segura, y de decidir cuándo y cuántos hijos tener.

Garantía de consentimiento libre e informado: El artículo 25 establece de forma expresa que la atención sanitaria debe basarse en un consentimiento libre e informado, para lo cual es necesario que los profesionales de la salud estén sensibilizados respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas

⁴²⁶ Véase Observación General nº 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

⁴²⁷ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de Perú, "...El Comité insta al Estado Parte a que elabore programas integrales de salud a fin de que las personas con discapacidad estén específicamente recogidas en ellos y que se garantice el acceso de estas a servicios de rehabilitación y de salud en general. El Comité recomienda además al Estado Parte que: a) Revise su ordenamiento jurídico para garantizar que las compañías de seguros y otros proveedores privados no discriminen a las personas con discapacidad; b) Asigne recursos presupuestarios e imparta formación al personal sanitario para dar cumplimiento efectivo al derecho a la salud de las personas con discapacidad, velando al mismo tiempo por que los hospitales y los centros de salud resulten accesibles a las personas con discapacidad; c) Proporcione servicios de detección precoz de las discapacidades, en particular de la sordera, particularmente en niños, con el fin de reducir al mínimo sus consecuencias y prevenir la aparición de otras formas de discapacidad..." CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafo 39.



con discapacidad. Esta referencia a su vez cobra mayor trascendencia al contextualizarla con los Artículos 3, 12, 15 y 17 de la CDPD⁴²⁸.

Sistema de salud general: finalmente, el Artículo 25 recoge otra derivación fundamental del principio general de igualdad y no-discriminación. La prestación de los servicios de salud respecto de personas con discapacidad debe realizarse en el marco del sistema general de salud, es decir, en hospitales o centros de salud comunitarios y abiertos al público general⁴²⁹.

Por último, el Artículo 27 de la CDPD aborda el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

La CDPD parte del reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, lo que incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible.

Para asegurar el ejercicio del derecho al trabajo, se requiere de los Estados Partes la adopción de medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, para prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables; y, en particular, la igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor. Asimismo, se establece el compromiso para los Estados Partes de emplear a personas con discapacidad en el sector público, promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado y velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo, entre otras medidas.

⁴²⁸ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de China, "...El Comité recomienda al Estado Parte que adopte medidas para que todos los cuidados y los servicios de salud prestados a las personas con discapacidad, incluidos los de salud mental, se basen en el consentimiento libre e informado de la persona afectada y que se deroguen las leyes que permitan el tratamiento y el internamiento involuntarios, incluso con la autorización de un tercero, como un familiar o un tutor..." CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 38.

⁴²⁹ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de Argentina, "...El Comité expresa su preocupación sobre los obstáculos en el sistema de salud del Estado Parte que imposibilitan el acceso a servicios de salud de las personas con discapacidad, tales como barreras físicas, escasez de materiales accesibles, falta de profesionales sanitarios capacitados en el modelo de derechos humanos de discapacidad y restricciones en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para tomar decisiones sobre sus propios tratamientos..." CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 39.



Finalmente, y más bien en el marco de las garantías de protección, la CDPD impone a los Estados Partes el deber de asegurar que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.

El ámbito del trabajo es quizás uno de los ámbitos de la discapacidad donde las barreras actitudinales (estereotipos y prejuicios) se encuentran más enraizadas. Más allá de cualquier tipo de iniciativa legal o política, la toma de conciencia resulta crucial ante medidas dirigidas tanto a conseguir como a mantener el empleo de personas con discapacidad⁴³⁰. Adicionalmente, los niveles altísimos de desempleo entre las personas con discapacidad son en realidad el corolario de una serie de barreras que dichas personas enfrentan desde la infancia, entre las que se podría destacar las barreras de acceso a una educación de calidad. Por ello, el incumplimiento en la realización del derecho al trabajo por parte de las personas con discapacidad, a pesar de los esfuerzos evidentes de los Estados y ONGs, generalmente se debe al error de no reconocer que las posibilidades se determinan con las posibilidades educativas de las personas con discapacidad desde la infancia.

La CDPD parece reconocer esta realidad y, sin perjuicio de afirmar como principio general el derecho de las personas con discapacidad de acceder a un trabajo digno en el marco de un mercado laboral abierto (como contrapartida del empleo especial o protegido), establece una serie de medidas que tienen como objetivo principal asegurar que los esfuerzos de los Estados Partes en materia de empleo no se limiten a promover e incentivar la contratación de personas con discapacidad. Estas medidas incluyen: i) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las áreas y formas de empleo; ii) Proteger el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, incluidas la igual remuneración por igual trabajo, condiciones de trabajo seguras y saludables, protección contra el acoso y la resolución frente a reclamos; iii) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales en igualdad de condiciones con los demás; iv) Permitir el acceso a programas generales de orientación profesional y técnica y de colocación y otros servicios de capacitación; v) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento

⁴³⁰ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la CDPD respecto del Informe de Argentina, "...El Comité también expresa su preocupación ante las barreras culturales y prejuicios que obstaculizan el acceso de las personas con discapacidad al mercado laboral, en particular en el sector privado, a pesar de la existencia de incentivos fiscales para los empleadores y expresa asimismo su inquietud ante la discriminación laboral respecto de las mujeres con discapacidad...", CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 43.



del empleo y retorno al mismo; vi) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; vii) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; viii) Promover el empleo en el sector privado mediante acciones afirmativas, incentivos y otras políticas y medidas apropiadas; ix) Garantizar la realización de ajustes en el lugar de trabajo; x) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto, y xi) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo⁴³¹.

Finalmente, el inciso 2 del Artículo 27 recoge una disposición de suma importancia para las personas con discapacidad, esto es, la obligación de los Estados Partes de garantizar que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud o servidumbre y estén protegidas en igualdad de condiciones con los demás contra el trabajo forzado u obligatorio.

3.8. Las cláusulas de garantía de aplicación y seguimiento de la CDPD

Conjuntamente con la enunciación del contenido mínimo de los derechos de las personas con discapacidad, la CDPD recoge una serie de disposiciones que tienen como principal objetivo no ya reconocer derechos, sino garantizar que la CDPD se aplique a nivel nacional. Este conjunto de normas forman lo que se podría denominar el “triángulo de garantía” de la CDPD, ya que se basa en los siguientes tres pilares: recopilación de datos y estadísticas (artículo 31), cooperación internacional (artículo 32), y aplicación y seguimiento nacionales (artículo 33)⁴³².

A lo anterior habría que añadir el procedimiento habitual de seguimiento internacional que recogen los tratados de derechos humanos, esto es, el establecimiento de un Órgano Convencional de Seguimiento Internacional específico, cuya conformación, funciones y procedimiento de trabajo se encuentran regulados por los artículos 34 a 39 de la CDPD y en el Protocolo Facultativo a la CDPD.

3.8.1. Recopilación de datos y estadísticas sobre discapacidad

Desde una perspectiva formal, las negociaciones en torno a la cuestión relativa a la “recopilación de datos y estadísticas” versaron principalmente sobre dos cuestiones.

⁴³¹ *Human Rights YES!*, (2007) *op. cit.*, capítulo 10.

⁴³² BARIFFI, F., (2010b) “El triángulo de garantía en la aplicación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: recopilación de datos y estadísticas, aplicación y seguimiento a nivel nacional y cooperación internacional”, en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *op. cit.*



En primer lugar, sobre si el texto de la CDPD justificaba una disposición específica sobre esta cuestión o si, por lo contrario, bastaba con una simple referencia en el artículo sobre aplicación y seguimiento. En segundo lugar, y de considerar necesaria una disposición independiente, sobre si dicha disposición debía estar en el cuerpo principal del texto donde se abordan los derechos o si, por el contrario, debía destinarse a la sección sobre disposiciones finales⁴³³.

Finalmente, la disposición sobre “recopilación de datos y estadísticas” se mantuvo de modo independiente en el artículo 31, que, aunque en la parte final de texto, logró mantenerse entre el bloque de las disposiciones que forman el núcleo de la CDPD.

El inciso primero del artículo 31 establece que “...Los Estados Partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención. En el proceso de recopilación y mantenimiento de esta información se deberá: a) Respetar las garantías legales establecidas, incluida la legislación sobre protección de datos, a fin de asegurar la confidencialidad y el respeto de la privacidad de las personas con discapacidad; y b) Cumplir las normas aceptadas internacionalmente para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como los principios éticos en la recopilación y el uso de estadísticas....”

De la lectura de esta disposición podemos identificar claramente tres cuestiones esenciales, que podríamos sintetizar en el “qué”, “para qué” y el “cómo”.

En relación con el qué información se exige, el objetivo final que se ha buscado con esta norma es que la información no se reduzca simplemente a indicadores numéricos, sino más bien que abarque todos los aspectos que obstaculizan la plena participación de personas en igualdad de condiciones con los demás.

En este sentido, los debates previos en Naciones Unidas reflejaron una clara preocupación por parte de algunos Estados y de la mayoría de las ONGs de que la recopilación de datos y estadísticas fuera sobre “la situación” de las personas con discapacidad y no sobre la “discapacidad” misma, en especial debido a que la primera propuesta de artículo sobre recopilación de datos y estadísticas hablaba de “estadísticas e información sobre discapacidades”. Finalmente, la redacción final del artículo 31 eliminó todo vestigio que pudiera inducir a los Estados a centrar sus esfuerzos en re-

⁴³³ Para mayor información véase, BARRIFFI, F., (2012a) “Recopilación de datos y estadísticas sobre discapacidad a la luz del artículo 31 de la CDPD” en ROSALES P. (Coord.), *op. cit.*, pp. 445-461.



copilar información sobre discapacidades, y claramente se centra en la “situación de las personas” y no en su “condición”⁴³⁴.

En relación con la cuestión relativa al para qué se debe utilizar la información, tanto los gobiernos como la mayoría de las ONGs dejaron claro que la recopilación de datos y estadísticas era una “herramienta” para la promoción de derechos, pero no un “derecho” en sí mismo⁴³⁵. Por ello la idea que subyace en esta herramienta es que los derechos no solucionan los problemas, sino que son los gobiernos quienes lo hacen, y para ello, la planificación racional de políticas efectivas requiere de una base de información útil y actualizada que conecte esa expectativa de realización ideal que reflejan los derechos con la realidad de cada contexto nacional donde se pretende aplicar dichas medidas.

En relación con la cuestión del cómo se debe recopilar la información, una de las cuestiones que más preocuparon a los Estados y ONGs en relación con la recopilación de datos y estadísticas fue la garantía de confidencialidad y respeto a la intimidad de las personas con discapacidad. Así, un buen número de delegaciones hicieron hincapié

⁴³⁴ Sin perjuicio de lo indicado, es importante destacar que la información sobre las condiciones sanitarias de las personas con discapacidad pueden resultar en algunos casos de vital importancia, sobre todo como lo afirmó la Organización Mundial de la Salud (OMS) cuando se dirigió al Comité Especial en la tercera sesión, cuando se trata de garantizar el acceso de las personas con discapacidad a la salud y a la rehabilitación. [... WHO recognizes that in many low-income and middle-income countries there is a shortage of data on the health and rehabilitation needs of persons with disabilities. Such data would not only highlight the needs of persons with disabilities, but would ensure equity in allocation of available resources in addressing their needs. In this context, WHO is committed to provide technical assistance and expertise within its mandate and looks forward to contribute towards issues related to statistics and data collection within the framework of International Classification of Functioning, Disability and Health (WHA54.21) for national and international use...] Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Background Documents, Third Session, statement submitted electronically by the World Health Organization, (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata31tscomments.htm>).

⁴³⁵ [... We strongly support the content and intent of draft article 6. However, statistics and data collection are not appropriately characterised as a human right. In our view, they represent operational activities that should be included with other operative provisions at the end of the convention...] Intervention by (Austrian) National Association of Community Legal Centres, People with Disability Australia Incorporated, Australian Federation of Disability Organisations, Third Session; (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3ngo6.htm>); [... Collection of data – a tool in the promotion of rights, not a right in itself. We acknowledge the importance of statistics and data collection in determining the means for combating discrimination and providing an appropriate response to the needs of people with disabilities. However such activity is only a tool to achieving equality. It is not a fundamental right in the same way as the rights stated at the beginning of the Convention: Equality and Non-Discrimination, Equality Before the Law, Individual Autonomy, etc...] Bizchut – The Israel Human Rights Center for People with Disabilities, Comments on the Draft Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, May 2004, (<http://www.bizchut.org.il/eng/upload/.more/commentsenglish.doc>)



a lo largo de todo el proceso de negociación ante el Comité Especial en la importancia de asegurar, por un lado, que los datos y estadísticas relacionados con la discapacidad fueran utilizados para avanzar y no para quebrantar los derechos de las personas con discapacidad, y, por otro lado, expresaron su preocupación en relación con las garantías de los procesos de recopilación de datos.

Como destacó una ONG, las directrices internacionales relativas a encuestas de estadísticas que involucran individuos ofrecen los siguientes principios: (i) eludir toda intrusión indebida, (ii) obtención de consentimiento informado, (iii) mantenimiento de confidencialidad de los registros, (iv) impedir la revelación de identidades.

El inciso 2 del artículo 31 establece que “...*La información recopilada de conformidad con el presente artículo se desglosará, en su caso, y se utilizará como ayuda para evaluar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones conforme a la presente Convención, así como para identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos....*”

La lectura detallada de este inciso 2 del artículo 31 también ofrece tres cuestiones fundamentales que merecen ser destacadas, esto es, “el seguimiento”, el “desglose”, y “la identificación y eliminación de barreras”.

En relación con el seguimiento, mientras el inciso primero se dedica esencialmente a la perspectiva de la “aplicación”, el inciso 2 se introduce en la perspectiva del “seguimiento”. Aunque la referencia no es explícita, resulta evidente que esta disposición debe leerse conjuntamente con el artículo 33, sobre aplicación y seguimiento nacionales.

Al igual que sucede con el requisito de independencia en relación con el seguimiento a nivel nacional, resulta coherente y lógico que la información recopilada en virtud del artículo 31 provenga también de un órgano independiente, al que se le apliquen los mismos criterios prescritos por el artículo 33.2, o, en su defecto, que la autoridad de aplicación designada para recopilar datos y estadísticas sobre discapacidad pueda ser supervisada por el órgano de seguimiento nacional designado por el gobierno, lo que incluye, a su vez, la participación activa de las personas con discapacidad a través de sus organizaciones representativas.

En relación con el desglose, a lo largo de todo el proceso de negociación varias delegaciones y ONGs insistieron en la necesidad de reflejar en el texto una mención especial a la necesidad de desglosar los datos y estadísticas recopilados. El argumento en términos generales fue común y claro: la falta de detalle sobre una cuestión (empleo, salud, educación etc.) o de un grupo (mujeres, niños, inmigrantes, etc.) fomenta su in-



visibilidad, lo que luego se traduce en la falta de adopción de medidas o de políticas. Más aún, hubo varios intentos por reflejar al menos de un modo indicativo, pero no exhaustivo, lo, campos de desglose. No obstante, como se puede apreciar, finalmente se optó por una formulación genérica.

Esto queda de algún modo a discreción del Estado, aunque a pesar del silencio de la norma, es posible identificar algunos indicadores. El primer indicador es de tipo legal, ya que por imperio del principio de transversalidad existen una serie de cuestiones que los Estados deben tener en cuenta en todos los aspectos relativos a la CDPD, como por ejemplo en materia de género y de niños y niñas, o de temas como la accesibilidad y la no-discriminación. Por ello, en este sentido el Estado se encuentra obligado a desglosar la recopilación de datos y estadísticas en estos ámbitos. El segundo indicador es de tipo lógico, ya que la información debe ser utilizada, entre otras cosas, para vigilar el cumplimiento de la CDPD, con lo cual resulta necesario que la recopilación de datos y estadísticas se desglose mínimamente en los diferentes derechos reconocidos en el texto (acceso a la justicia, movilidad, derecho a la vida, protección de la familia, etc.). En tercer y último lugar, es probable, o en su defecto recomendable, que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad que se estableció en virtud del artículo 34⁴³⁶ emita alguna recomendación o comentario general que clarifique o proporcione pistas sobre el desglose mínimo de los datos y estadísticas recopilados⁴³⁷.

Finalmente, es procedente destacar que resulta muy importante la mención expresa a la identificación y eliminación de barreras en el texto del artículo 31. En primer lugar, porque si la recopilación de datos y estadísticas ha de servir para reflejar la “situación de goce de los derechos” y no la “discapacidad” de las personas, debemos reconocer que las barreras son, si las entendemos en un sentido amplio, la causa de la discapaci-

⁴³⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Vid: Primer período de sesiones, Ginebra, 23 a 27 de febrero de 2009, CRPD/C/1/1, 20 de enero de 2009, (<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>)

⁴³⁷ El Comité de la CDPD en sus Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ha señalado que en relación con el artículo 31: [... Este artículo rige el proceso de recopilación de datos por el Estado Parte. Los Estados partes informarán sobre: • Las medidas adoptadas para recopilar información apropiada en forma desglosada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permitan formular y aplicar políticas para dar efecto a la Convención respetando los derechos humanos y libertades fundamentales, los principios éticos, las salvaguardias jurídicas, la protección de los datos, la confidencialidad y la privacidad; • La difusión de estas estadísticas y las medidas adoptadas con objeto de que sean accesibles para las personas con discapacidad; • Las medidas adoptadas para asegurar la plena participación de las personas con discapacidad en el proceso de recopilación de datos e investigación;...] Cfr. Sección E, del documento CRPD/C/2/3 de 18 de noviembre de 2009.



dad y el impedimento para el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones con los demás. Pero en segundo lugar, la mención expresa también debe ser agradecida porque de este modo nos aseguramos de que una cuestión tan fundamental como la identificación y eliminación de barreras no quede olvidada o diluida en las dos perspectivas principales sobre las cuales se proyecta la labor de recopilación de datos y estadísticas que, como se ha mencionado, se bifurca entre “aplicación” y “seguimiento”.

El inciso 3 del artículo 31 establece que “...*Los Estados Partes asumirán la responsabilidad de difundir estas estadísticas y asegurar que sean accesibles para las personas con discapacidad y otras personas....*”

De la breve frase de este inciso 3 es posible identificar dos cuestiones importantes, esto es, la “obligación de difusión” y la “accesibilidad de la información”.

En cuanto a la obligación de difusión, muchas voces, especialmente provenientes de las ONGs, expresaron a lo largo del proceso de negociación la necesidad y la utilidad, de que los Estados difundan la información proveniente de la recopilación de datos y estadísticas. El texto final de la CDPD adopta una redacción ambigua al establecer que los Estados “*asumirán la responsabilidad de difundir*”. Es difícil esclarecer si se trata de una obligación de resultados o de medios. Es razonable que los Estados tengan una cierta flexibilidad para proteger alguna información que consideran sensible o impropia para su difusión pública, aunque la tendencia es que la protección de la información por parte del Estado obedezca a criterios objetivos y preestablecidos y no a cuestiones coyunturales concretas. En la medida que la información pueda reflejar o contener datos personales, la mayoría de las legislaciones nacionales contemplan leyes especiales que regulan todos sus aspectos generales y que tienden, en términos generales, a proteger a la persona y a su intimidad. En todo caso, lo que el Estado no puede hacer es adoptar criterios para la difusión de información que supongan una discriminación de las personas con discapacidad, de conformidad con lo establecido en la CDPD.

En cuanto a la accesibilidad en la información, en el ámbito jurídico lo que redundo no perjudica, aunque la técnica legislativa intente evitar reiteraciones innecesarias. La reflexión en este punto es, entonces, si la exigencia de accesibilidad en la última parte del artículo 31 tiene una justificación especial, puesto que, en su defecto, dicha disposición quedaría igualmente afectada por el artículo 21. Quizás una interpretación comprensiva y en virtud del objeto y fin del artículo 31 nos pueda llevar a concluir que lo que la norma prescribe es el acceso a la difusión de la información por parte de personas con discapacidad, y no la accesibilidad a los contenidos en formatos alternativos.



En otras palabras, sería una especie de derecho de acceso especial a la información recopilada por el Estado por parte de las personas con discapacidad, debido a que se trata de información que les involucra y concierne directamente. Se trata de una interpretación favorable a las personas con discapacidad, aunque debemos reconocer que su justificación se ve un poco desautorizada por la referencia final “y a otras personas”.

3.8.2. *Cooperación Internacional*

El artículo relativo a la cooperación internacional en la CDPD constituyó uno de los puntos más debatidos en todo el proceso de negociación, toda vez que, desde un principio, quedó claro que la cooperación internacional constituiría una de las principales herramientas para garantizar el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad. Así, la relación entre cooperación internacional y realización de derechos es perfectamente palpable, no sólo en el propio artículo 32, sino también en el inciso 2 del artículo 4, donde se establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la CDPD que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional⁴³⁸.

Al incluir un artículo por separado sobre la cooperación internacional, la CDPD subraya la necesidad de que todas esas actividades, incluidos los programas de desarrollo internacionales, sean accesibles a las personas con discapacidad y las incluyan.

Dado el hecho de que, en muchos países, el porcentaje de personas con discapacidad que viven en la pobreza es mayor que el correspondiente a los que viven en otros sectores de la sociedad, la falta de inclusión de las personas con discapacidad en la planificación y ejecución de los programas de desarrollo solo serviría para exacerbar las desigualdades y la discriminación ya existentes en la sociedad.

La CDPD afirma que los Estados Partes no son los únicos que tienen una función que cumplir en el fomento de la cooperación internacional con miras a promover los derechos de las personas con discapacidad, sino que también la tiene la sociedad civil, incluidas las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, las organizaciones internacionales y regionales, así como los organismos especializados de

⁴³⁸ Para mayor información véase BARIFFI; F., (2010) “La Perspectiva de la Discapacidad en las Relaciones de Cooperación entre la Unión Europa – América Latina – Caribe” en *Revista Nueva Mundo*, Año I, N° 2. Nueva Época, Caracas.



las Naciones Unidas, el Banco Mundial y otros bancos de desarrollo, y organizaciones regionales, como la Comisión Europea y la Unión Africana⁴³⁹.

El primer borrador con el que comenzó a trabajar el Comité Especial no incluyó un artículo específico sobre cooperación internacional, aunque a cambio de ello, el propio Grupo de Trabajo que elaboró el mencionado borrador elevó conjuntamente al mismo un “resumen de los debates celebrados sobre la cuestión de la cooperación internacional que ha de examinar el Comité Especial”, en el que se pueden apreciar las primeras ideas que serían tratadas en las futuras negociaciones⁴⁴⁰.

Con la propuesta servida, la siguiente reunión (tercera) del Comité Especial contó con aportaciones del gobierno de México, de China y de Vietnam⁴⁴¹, pero no fue hasta la sexta sesión, celebrada del 1º al 12 de agosto de 2005, cuando el Comité Especial celebró sesiones oficiosas y oficiales sobre algunos proyectos de artículo, entre los que se encontraba el entonces artículo 24 bis sobre cooperación internacional, basando el debate en el texto del proyecto de CDPD preparado por el Grupo de Trabajo⁴⁴².

Un punto de inflexión en todo el proceso de negociación constituyó, sin duda alguna, la iniciativa del Presidente del Comité Especial, embajador MCKAY, de elaborar un nuevo borrador que incluyera todos los progresos alcanzados desde la presentación del primer proyecto de trabajo por parte del Grupo Especial en 2004. Este documento sirvió de base para la adopción del texto final, incluyendo definitivamente, en un artículo independiente, la cuestión de la cooperación internacional⁴⁴³.

La aceptación generalizada de la propuesta del Presidente provocó que las negociaciones durante la séptima sesión del Comité Especial afianzaran su borrador y se

⁴³⁹ Cfr. Manual para Parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, Naciones Unidas, Ginebra 2007.

⁴⁴⁰ Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial, Resumen de los debates celebrados sobre la cuestión de la cooperación internacional que ha de examinar el Comité Especial, Anexo II, A/AC.265/2004/WG/1.

⁴⁴¹ Recopilación de propuestas de revisión y modificación formuladas por los miembros del Comité Especial al proyecto de Convención presentado por el Grupo de Trabajo como base de las negociaciones entre los Estados Miembros y los Observadores en el Comité Especial, Anexo II, Informe del tercer período de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una Convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, A/AC.265/2004/5, 9 de junio de 2004.

⁴⁴² Informe del Comité Especial encargado de preparar una Convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su sexto período de sesiones, Anexo II Resumen del debate sobre la estructura del proyecto de Convención, A/60/266, 17 de agosto de 2005.

⁴⁴³ Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité, A/AC.265/2006/1 de 14 de octubre de 2005.



confirmara con un lenguaje prácticamente igual al hoy definitivo artículo 32, el artículo relativo a la cooperación internacional⁴⁴⁴. El informe final se limitó a cambiar algunos términos, entre los que cabe destacar la sustitución del verbo “asegurar” por el de “velar” al inicio, del inciso apartado a) del inciso 1, que, desafortunadamente, resta fuerza a una de las disposiciones más importantes del artículo y, quizás, de la CDPD.

Aunque las disposiciones sobre cooperación internacional son diversas, se podrían sintetizar en dos grandes ideas. La primera y principal es la garantía de inclusión y accesibilidad de la cooperación internacional para personas con discapacidad, y la segunda es la transferencia y/o intercambio de información, tecnología, conocimientos, experiencias, programas o prácticas. En este sentido, es importante destacar que la garantía de inclusión y accesibilidad está pensada no solo para marcos o programas de cooperación en el área de la discapacidad, sino, muy especialmente, respecto de todos aquellos ámbitos de la cooperación que no son específicamente sobre discapacidad pero que tienen una clara incidencia para las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, esta disposición intenta garantizar que programas sobre género, pobreza, desarrollo empresarial, educativos, culturales, etc., sean inclusivos y accesibles para personas con discapacidad. De este modo, si se utilizan fondos de la cooperación para construir una escuela, la misma deberá ser accesible para personas con discapacidad, o si se implementa un programa de capacitación, el mismo deberá ser accesible a personas con discapacidades sensoriales, o si se implementa un programa sanitario, el mismo deberá tener en cuenta a las personas con discapacidad. Si se aplica correctamente, esta especie de “cláusula de garantía” podría tener un importante impacto para las personas con discapacidad al condicionar la asignación de recursos a la inclusión de la perspectiva de la discapacidad y, por ende, ser una de las principales herramientas para la implementación y supervisión de la CDPD.

Al mismo tiempo, y tal como se reflejó expresamente en el inciso 2 del artículo 32, es importante tener en cuenta que pese a la importancia de la cooperación internacional en la implementación y supervisión de la CDPD, los Estados Partes no pueden condicionar el cumplimiento de las obligaciones asumidas a la existencia de programas o ayudas internacionales.

3.8.3. Aplicación y seguimiento nacionales

La CDPD, al igual que el resto de instrumentos de derechos humanos, establece que la auto-supervisión, la evaluación y la elaboración de los informes, son una obligación impuesta a los Gobiernos. Los instrumentos internacionales de derechos hu-

⁴⁴⁴ Informe del Comité Especial encargado de preparar una Convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su séptimo período de sesiones, Anexo II, A/AC.265/2006/2, 13 de febrero de 2006.



manos son en esencia tratados internacionales celebrados entre Estados soberanos, y es justamente en el Estado donde recae el grueso de las obligaciones internacionales. No obstante, y a diferencia de otros tratados internacionales, los de derechos humanos tienen un carácter especial, debido principalmente al hecho que no solo establecen obligaciones para los Estados sino también relaciones entre Estados e individuos. Por ello, y más allá como tareas imprescindibles del Estado Parte⁴⁴⁵, los tratados de derechos humanos reconocen la necesidad de establecer mecanismos independientes de seguimiento tanto a nivel nacional como internacional para asegurar avances en la aplicación de todos los derechos reconocidos⁴⁴⁶.

Finalmente, y tras la adopción del texto definitivo, uno de los principales logros de la CDPD, y siguiendo una reciente tendencia “en la normativa de derechos humanos”, es el exigir que los Estados Partes “establezcan mecanismos nacionales de vigilancia”⁴⁴⁷. Consecuentemente, un muy discutido y debatido artículo 33 nos plantea, en un lenguaje no demasiado claro, un sistema de seguimiento nacional en el cual se distinguen claramente dos procedimientos, los cuales, lógicamente, no pueden ser asumidos por el mismo órgano, un primer procedimiento, recogido en el primer inciso del mencionado artículo, cuyo establecimiento y funcionamiento recae exclusivamente en el Estado Parte, y un segundo procedimiento, recogido en el inciso segundo de la misma disposición, cuyo establecimiento puede ser estatal, pero su funcionamiento debe mantener, *de jure y de facto*, total independencia del propio Estado⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ [...] It must be reiterated that the establishment of national bodies to monitor the implementation of the Convention should not lead States parties to delegate their monitoring obligations to these bodies. It will remain the responsibility of Governments to comply with, and enforce the rights of people with disability under the Convention. ...] Report by the United Nations Special Rapporteur on Disability on the Question of Monitoring, punto 1.6.

⁴⁴⁶ Véase BARRIFFI, F., (2012b) “Aplicación y seguimiento nacionales a la luz del artículo 33 de la CDPD” en ROSALES, P. (Coord.) *op. cit.*, pp. 475-492.

⁴⁴⁷ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad, A/HRC/4/75, párrafo 47, página 16; [...] since the conception of the basic human rights framework a legalistic approach to human rights has been supplemented with a more pragmatic and functional approach. The existence of a right does not necessarily lead to its full enjoyment. It also requires concrete implementation, in this case of the treaty obligations. The CRPD has been construed exactly to achieve this supplementary dimension of human rights protection. It guides States in the manner to proceed with the concrete realisation of the fundamental rights of persons with disabilities...] DE BECO G, HOEFMANS A, (2010) The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: an Integral and Integrated Approach to the Implementation of Disability Rights, Background document prepared for the international conference ‘Work Forum for the Implementation of the UN Convention on the Rights of People with Disabilities’, 18-19 November 2010, Brussels, Belgium (http://socialsecurity.fgov.be/eu/en/agenda/18-19_11_10.asp).

⁴⁴⁸ Véase: STEIN, M. & LORD, J., (2010) “Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, pp. 689-728 ; SCHULZE, M., (2009) “Effective Exercise of the Rights of Persons with Disabilities: National



El inciso 1º del artículo 33 establece que “...*Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles...*”

Siendo el propio Estado el sujeto obligado internacionalmente por las disposiciones del Convenio, es lógico que el gobierno de cada Estado tenga competencias en el proceso de aplicación nacional a través de un órgano designado a dichos fines. Se utiliza en este punto únicamente el concepto de ‘aplicación’ con el objetivo de enfatizar que este órgano debe tener como principal función la de implementar las disposiciones de la CDPD, y que, consecuentemente, las funciones de seguimiento deben principalmente recaer en un órgano independiente.

Si bien el texto de la CDPD no obliga a la creación de un órgano a dichos efectos, el volumen e importancia de las tareas a llevarse a cabo suponen, evidentemente, una necesaria reestructuración del órgano en cuestión de modo que cuente con recursos y competencias suficientes para el desempeño de sus funciones. Pensemos que en virtud del principio de transversalidad y del alcance de los derechos reconocidos y de las obligaciones impuestas a los Estados Partes, la correcta y efectiva implementación de la CDPD requerirá muy probablemente incidir en prácticamente todas las áreas ministeriales de gobierno. Por ello, el órgano designado para la aplicación de la CDPD debería tener poder o competencia para incidir en las diferentes carteras ministeriales, o, en última instancia, en la coordinación de las políticas públicas en la materia⁴⁴⁹.

Mientras la parte sustantiva de la CDPD supone un verdadero cambio de paradigma en el modo de abordar los derechos de las personas con discapacidad, el artículo 33

Monitoring Mechanisms”, in BENEDEK, W., GREGORY, C., KOZMA, J., NOWAK, M., STROHAL, C. AND THEUERMANN, E. (eds.), *Global Standards – Local Action. 15 Years Vienna World Conference on Human Rights*, Vienna/Graz: Intersentia, pp. 217-226; QUINN, G., (2009) “Resisting the ‘Temptation of Elegance’: Can the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Socialise States to Right Behaviour?”, in ARNARDOTTIR, O. AND QUINN, G. (eds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, London/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 215-256.

⁴⁴⁹ Por un análisis sobre la implementación del Artículo 33 en España véase: BARIFFI, F., (2013), “Implementation of Article 33 CRPD in Spain: A Rather Erratic and Improvised Experience”, en DE BECCO, G. (Ed.), *Article 33 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: National Structures for the Implementation and Monitoring of the Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, pp. 193-212.



supone un cambio de paradigma “estructural” en el modo de aplicar y controlar el cumplimiento del tratado. De este modo, como señalan DE BECO y HOEFMANS, “una de las grandes innovaciones estructurales que introduce la CDPD es el compromiso de las autoridades estatales de organizarse de modo tal que se optimice la implementación de la Convención, y, por extensión, de sus políticas nacionales en discapacidad”⁴⁵⁰. Adicionalmente, como continúan los autores, “resulta claro del texto que esto no es una mera sugerencia de los negociadores del tratado, así como tampoco se trata de una obligación que deba cumplirse progresivamente. Se trata de un prerrequisito para la implementación de la CDPD. Ya sea antes o inmediatamente después de la ratificación del tratado los Estados deben proceder a designar uno o más organismos focales”⁴⁵¹.

El objetivo que persigue el artículo 33(1) con la designación de uno o varios organismos focales gubernamentales para la aplicación de la CDPD es doble. Por un lado, se asegura que exista un lugar adecuado para la discapacidad en la agenda política del Estado Parte, haciendo la temática visible de modo tal que fuerce a los gobiernos a darle impulso y un lugar adecuado. Por otro lado, la designación de uno o más organismos focales es útil como herramienta administrativa para racionalizar y centralizar todos los actores institucionales involucrados en las políticas de derechos de la discapacidad, o, en otras palabras, se requiere de una organización tal que pueda transformar el modelo social de discapacidad en una realidad⁴⁵².

Las funciones que deben asumir el, o los, organismos focales de aplicación de la CDPD no surgen de modo claro del texto internacional. Así, los Estados Partes gozan de cierta flexibilidad al respecto. No obstante, una lectura comprensiva nos permite concluir que el mencionado órgano debería tener, al menos, las funciones que se enuncian a continuación.

En primer lugar, la función de recopilar y documentar información sobre la situación real de las personas con discapacidad en todos los campos (legal, político, social, económico, laboral, etc.). A dichos fines, sería recomendable que el órgano de aplicación tuviera facultad de pedir informes a cualquier organismo público y privado, con la correlativa obligación por parte de los requeridos de responder a la solicitud. La posibilidad de informarse y, por tanto, contar con datos certeros y reales de la situación de las personas con discapacidad resulta esencial para cualquier órgano con pretensiones de llevar a cabo una tarea comprometida y eficaz de aplicación nacional.

⁴⁵⁰ DE BECO G, HOEFMANS A, (2010) *op. cit.*

⁴⁵¹ Ídem.

⁴⁵² Ídem.



En segundo lugar, la función de coordinar la adopción de medidas políticas o legislativas que tengan influencia en la situación de las personas con discapacidad. Ello se justifica desde una doble perspectiva. En primer lugar porque, se trataría del organismo más competente en relación con los estándares internacionales de derecho de las personas con discapacidad. En segundo lugar, porque un órgano de aplicación pierde toda su efectividad si se limita únicamente a documentar o acreditar el grado de protección de los derechos y no puede influir en la mejora de los mismos. En otras palabras, no debe limitarse a constituirse en un órgano experto en la materia, sino también en un órgano promotor del cumplimiento de los estándares internacionales.

En tercer lugar, la función de elaborar y presentar los informes nacionales de seguimiento. Sin perjuicio de utilizar los canales propios del Ministerio de Asuntos Exteriores, sería recomendable que el órgano de aplicación nacional asumiera la responsabilidad de elaborar y presentar en tiempo y forma ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad los informes que se exigen a los Estados Partes en el artículo 35⁴⁵³.

El apartado 2º del artículo 33 parece trascender competencias que tradicionalmente eran consideradas como de exclusiva soberanía nacional, y establece que “...*Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos....*”

Pese a utilizar un lenguaje suave, la norma claramente impone dos obligaciones a los Estados Partes. En primer lugar, la de designar, siempre que no exista ya, un órgano independiente para promover, proteger y supervisar las disposiciones de la CDPD, y, en segundo lugar, la obligación de respetar, en el establecimiento de dicho órgano, ciertos estándares mínimos internacionales que garanticen su estabilidad e independencia.

Como señala QUINN, estas funciones de promoción, protección y seguimiento, deben ser asignadas a organismos que sean genuinamente independientes del Estado.

⁴⁵³ Por una enumeración de ejemplos a nivel nacional en relación con el artículo 33(1), Véase: Study on the Implementation of Article 33 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Europe, Regional Office for Europe of the UN High Commissioner for Human Rights, 2011. Disponible en: http://europe.ohchr.org/Documents/Publications/Art_33_CRPD_study.pdf



Se trata de una importante tarea respecto de la cual el Estado, conjuntamente con otros Estados, deberá procurar un mecanismo apropiado, o ajustar propiamente uno si este ya existe. Las instituciones nacionales de derechos humanos están llamadas a convertirse en un motor clave para asegurar una apropiada implementación⁴⁵⁴.

Debido a que nos encontramos ante un mecanismo “en desarrollo”, el artículo 33.2 no se refiere a ningún estándar internacional existente. La principal característica que debe presentar el mecanismo previsto por el 33.2 es que sea independiente del poder ejecutivo. Puede ser una comisión nacional de derechos humanos, una comisión sobre discapacidad, un defensor oficial u ombudsperson, o similares. Asimismo, el mandato del mecanismo de seguimiento debe incluir el más amplio espectro de funciones necesarias para promover y proteger los derechos humanos, incorporando la CDPD y otros instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes, cubriendo de un modo eficaz los derechos de las personas con discapacidad. La normativa debe incluir disposiciones que establezcan funciones, poderes y obligaciones relativas a personas con discapacidad, que les permitan desempeñar su mandato de un modo eficaz, incluyendo la facultad de recibir denuncias o recopilar toda la información o los documentos necesarios para evaluar las actuaciones dentro de sus competencias⁴⁵⁶.

Sin perjuicio de la falta de indicaciones legales claras señaladas anteriormente, en el propio artículo 33.2 nos encontramos con una especie de “cartel indicativo” que nos señala el camino hacia los llamados Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos (INSDH), también conocidos como “Principios de París”⁴⁵⁷. Adoptados por la AG de la ONU en 1993, los Principios de París se han constituido en la principal fuente de estándares normativos para el establecimiento y funcionamiento de las INSDH⁴⁵⁸. A pesar de su importancia y aceptación generalizada, los principios tienen un mero carácter recomendatorio y no vinculante.

Los Principios funcionan como directrices, por lo que no especifican el modo en que las instituciones nacionales deben crearse o funcionar⁴⁵⁹. De este modo, y en rela-

⁴⁵⁴ QUINN, G., (2009) *op. cit.*

⁴⁵⁵ Intervention by National Human Rights Institutions, Monday, 23 January 2006, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7docs/ahc7nhrimonit.doc>

⁴⁵⁶ Report by the United Nations Special Rapporteur on Disability on the Question of Monitoring, punto 1.4.

⁴⁵⁷ Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (A/RES/48/134, de 4 de marzo de 1994).

⁴⁵⁸ DE BECO, G., (2007) “National Human Rights Institutions in Europe”, *Human Rights Law Review*, Vol. 7(2), pp. 331-370.

⁴⁵⁹ DE BECO, G., (2011) “Article 33 (2) of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Another Role for National Human Rights Institutions?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.29(1), pp. 84-106



ción con el mecanismo previsto en el artículo 33.2, los Principios deben utilizarse como guía de buenas prácticas y no como requisitos legales rígidos. Lo importante del mecanismo establecido a la luz del artículo 33.2 es que tenga las competencias necesarias para ejercer las funciones de seguimiento nacional de un modo eficaz, y que tenga independencia formal y real del ejecutivo, o, en un sentido más general, de aquellos a quienes debe supervisar.

El tercer y último elemento central del artículo 33 lo encontramos en su tercer párrafo, que establece que "...La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento...". Esta disposición debe ser leída a su vez conjuntamente con el artículo 4(3).

Como se ha señalado ya, la CDPD también marca un cambio fundamental en relación con "el nada para nosotros sin nosotros" ya que ahora el mismo ha pasado a ser una obligación jurídicamente vinculante para los Estados que ratifiquen el texto. En otras palabras, ahora la participación activa de las personas con discapacidad, y en especial de sus organizaciones representativas, en el diseño e implementación de leyes y políticas públicas que directa o indirectamente puedan afectar al sector de la discapacidad es una obligación jurídica y ya no sólo un imperativo moral.

Se considera que la gestación del modelo social de la discapacidad pudo haber dado origen a un nuevo movimiento social, esto es, "el movimiento de la discapacidad"⁴⁶⁰. Y este movimiento de la discapacidad se caracteriza principalmente por haberse generado "por" y no "para" las personas con discapacidad. Es decir, desde el propio colectivo de las personas con discapacidad que, en muchos casos, cansadas de que sean siempre "otros" los que decidas por "ellos" se erigieron como los principales actores del movimiento social, que, en un principio, se gestó al margen de los sistemas políticos tradicionales. Este nuevo movimiento de la discapacidad parte del respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas. Se trata de conectar lo personal -o cultural- con el reino de lo político. Así, la politización de las personas con discapacidad tiene sus raíces en la afirmación de que lo personal es político, que sus experiencias personales respecto a la denegación de oportunidades no deben ser explicadas mediante sus limitaciones corporales, sino a través de las barreras sociales, ambientales y de actitud, que forman parte de sus vidas cotidianas.

⁴⁶⁰ PALACIOS, A., (2008), *op. cit.*



Es preciso entender la historia y la ideología del modelo social y del movimiento de la discapacidad para lograr entender el papel que ha jugado la sociedad civil en la negociación e implementación de la CDPD. No fue sólo la sociedad civil organizada de personas con discapacidad la que hizo posible la CDPD, sino también esa relación entre lo personal y lo político que la caracterizó y la hizo fuerte, con total convicción de lo que se estaba demandando.

Por ello, no puede pasarse por alto, o relativizar, el mandato del inciso 3 del artículo 33, que obliga al Estado a incluir a las propias personas con discapacidad en el proceso de aplicación y seguimiento de la CDPD. E inclusión no es meramente informar sobre lo que se decide, o invitar a un grupo de ONGs de forma presencial, sino inclusión política, con recursos necesarios y toma de decisiones.

3.8.4. *El seguimiento internacional: el comité de la CDPD*

En el ámbito de los derechos humanos “si bien es al Estado a quien compete, en primer lugar, proteger los derechos de los individuos sometidos a su jurisdicción, dicha competencia la ejerce en tanto que deriva de una obligación general que le viene impuesta por el Derecho Internacional y, por consiguiente, sometida a control a través de mecanismos internacionales”⁴⁶¹. En otras palabras, no solo compete al derecho internacional el generar normas internacionales vinculantes para los Estados, sino también, y una vez que las mismas hayan entrado en vigor, controlar el cumplimiento de las mismas. Así surge la noción de “control internacional”, que el profesor MARIÑO caracteriza como el “conjunto de procedimientos y técnicas destinados a verificar si el comportamiento de los Estados se adecua o no a lo exigido por normas de conducta internacionales, que son por lo general normas jurídicamente obligatorias establecidas por tratados internacionales”⁴⁶². Esta noción de control internacional también ha sido

⁴⁶¹ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., (2005) “La Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en DíEZ DE VELASCO, M. (Coord), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Tecnos, Madrid, p.632

⁴⁶² MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, [...] Las técnicas de control de sentido estricto son de naturaleza administrativa y deben diferenciarse de las técnicas jurisdiccionales. En efecto, la función jurisdiccional internacional se ejerce en sentido propio para la solución, sobre la base del Derecho Internacional (o ex aequo et bono si las partes dan su consentimiento), de las controversias que las partes someten a jueces independientes de todo poder estatal, cuyas sentencias son definitivas y obligatorias para las partes en el proceso. En cambio (aparte el caso de los controles directamente interestatales) los procedimientos de control propiamente dichos son realizados, a instancia de parte o motu proprio, por órganos internacionales, con la finalidad de verificar, como se ha indicado, si una conducta estatal se adecúa a una norma internacional, pero no para conocer de controversias internacionales que ya existen antes de iniciarse el procedimiento, ni tampoco con la finalidad de “condenar” a un hipotético violador de la propia norma. Por ello un procedimiento de control nunca finaliza con una decisión jurídicamente vinculante, que produzca un efecto de “cosa juzgada”...]



definida en diferentes textos internacionales como “seguimiento”, “supervisión”, “vigilancia” o “monitoreo”. Todos estos conceptos suelen tener la misma finalidad, es decir verificar si una conducta estatal se adecúa a una norma internacional.

La cuestión relativa al seguimiento nacional e internacional fue objeto de intensos debates durante el proceso de negociación tanto por parte de las delegaciones nacionales como, y especialmente, por los representantes de la sociedad civil⁴⁶³. Estos últimos manifestaron mayoritariamente su firme deseo de lograr establecer en el cuerpo del texto un sistema de aplicación y seguimiento acorde a las necesidades actuales, de modo de evitar las falencias evidentes del sistema general de supervisión existente en el marco de los Tratados de derechos humanos.

Simultáneamente al proceso negociador de la Convención, las Naciones Unidas en general, y el sistema de supervisión de Tratados de derechos humanos en particular, se encontraban inmersos en un importante proceso de reforma institucional. Ello motivó que las Delegaciones reflexionaran sobre la pertinencia de establecer un nuevo Comité cuando se hablaba de la creación de un órgano unificado y fuerte para la supervisión de todos los Tratados. La falta de certeza sobre la creación del mencionado órgano unificado, sumado al tiempo en el que se vislumbraba un posible resultado, impulsó a las Delegaciones a optar por el establecimiento de un Comité especializado.

El entusiasmo inicial de muchas Delegaciones y de los representantes de la sociedad civil sobre la posibilidad de establecer un mecanismo de base convencional eficaz y con amplias funciones, como emitir recomendaciones sin necesidad de analizar previamente los informes de los Estados Partes o recibir denuncias individuales, fue poco a poco perdiendo fuerza a medida que las negociaciones avanzaban hacia un texto consolidado. Así, de la idea de establecer una especie de “Super-Comité” se pasó en los últimos momentos previos a la adopción final del texto, a poner en tela de juicio incluso la misma necesidad de contar con un órgano especializado⁴⁶⁴.

El tema de la supervisión recibió un importante tratamiento en la recta final de las negociaciones, destacándose en dicho proceso las contribuciones de la Delegación de

⁴⁶³ *Vid.* Background Documents -Article 33 - National implementation and monitoring, en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata33bkgrnd.htm>.

⁴⁶⁴ Las delegaciones de China, la Federación Rusa, Australia y Sudán manifestaron abiertamente, en la última reunión, su oposición a la creación de un órgano especializado basándose en que la discapacidad era un tema transversal, y por tanto, correspondía que los otros órganos sean los que vigilen lo dispuesto por la nueva convención.



México⁴⁶⁵ como facilitador por un lado, y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por otro. Este último órgano preparó dos importantes documentos sobre supervisión, que presentó en las Quinta y Séptima, reuniones de trabajo del Comité Especial, respectivamente⁴⁶⁶.

Finalmente, y al igual que el resto de tratados de derechos humanos, la CDPD establece un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 34.1), compuesto de 12 miembros expertos e independientes (extensible a 18 una vez alcanzada la 60ª ratificación), y elegidos por los Estados Partes sobre la base de una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad⁴⁶⁷.

Por su parte, los Estados que hayan ratificado la Convención deberán presentar un primer informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones recogidas en las disposiciones de la Convención, así como sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contando a partir de la entrada en vigor del texto. Con posterioridad a dicho plazo, los Estados Partes deberán presentar informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite (art.35.1-2)⁴⁶⁸.

En cuanto al contenido de los informes, y sin perjuicio de las Directrices adoptadas por el Comité⁴⁶⁹, la CDPD invita a los Estados Partes a que, cuando preparen informes

⁴⁶⁵ Véase por ejemplo: *Compilation of proposals on a monitoring mechanism for an International Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Preparado por la delegación de México en su calidad de facilitador, New York, May 12, 2006; y *Facilitator's proposal on draft provisions of an implementing mechanism*, 11 August 2006 (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8documents.htm>)

⁴⁶⁶ *Monitoring implementation of the international human rights instruments: an overview of the current treaty body system; Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, document prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights pursuant to paragraph 6 of General Assembly resolution 59/198 of 20 December 2004.; *Expert paper on existing monitoring mechanisms, possible relevant improvements and possible innovations in monitoring mechanisms for a comprehensive and integral international convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities: Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, A/AC.265/2006/CRP.4; Vid., asimismo: *Report by the United Nations Special Rapporteur on Disability on the Question of Monitoring*.

⁴⁶⁷ Véase PALACIOS, A., & BARIFFI, F., (2007), *op. cit.*

⁴⁶⁸ Hacia fines de 2013 el Comité ha analizado y emitido observaciones finales respecto de Túnez, España, Perú, Argentina, China, Hungría, Paraguay, Australia, El Salvador, Austria, Suecia, Costa Rica y Azerbaiján.

⁴⁶⁹ Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009.



para el Comité, lo hagan mediante un procedimiento abierto y transparente y tengan en cuenta debidamente lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 (art.35.3-4); es decir, la obligación de los Estados Partes de celebrar consultas estrechas y en colaboración activa con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

Con la presentación del informe por el Estado Parte, se inicia un proceso de diálogo entre el Comité y el respectivo Estado, que puede suponer los siguientes pasos. En primer lugar, es obligación convencional para cada Estado Parte presentar el informe, el cual deberá ser considerado por parte del Comité, pudiendo emitir las sugerencias y recomendaciones que estime pertinentes, las cuales deberá notificar inmediatamente al Estado en cuestión. En este punto, el Estado podrá responder al Comité enviándole cualquier información que estime oportuna. Finalmente, el Comité podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de las disposiciones recogidas en la CDPD (art.36.1)

Pero, asimismo, la CDPD recoge una disposición que tiene como principal objetivo dar una respuesta a una situación, a menudo muy usual en los Estados Partes, esto es, la demora considerable en la presentación de los informes. Si no hay informe, en principio, no puede haber sugerencias y recomendaciones. Por ello, el apartado 2º del artículo 36 contempla la posibilidad de que, ante una considerable demora de un Estado Parte en la presentación del informe, el Comité pueda notificarle a dicho Estado la necesidad de examinar la aplicación de la Convención, sobre la base de información fiable que se ponga a disposición del propio Comité, siempre y cuando el informe pertinente no se presente en un plazo de tres meses desde la notificación.

Los informes deben tener un carácter primordialmente públicos, de modo que permita a los otros Estados Partes conocer la situación que se recoge en el respectivo documento. Asimismo, cada Estado debe procurar dar la mayor publicidad posible dentro de su ámbito nacional, tanto a los informes propiamente dichos como respecto de las sugerencias y recomendaciones señaladas por el Comité (art.36.5).

La efectiva implementación y supervisión de las disposiciones contenidas en la CDPD dependen en gran medida de la cooperación tanto entre los Estados Partes y el propio Comité (art.37), como entre el Comité y otros órganos especializados de Naciones Unidas (art.38), así como con relación a otros órganos pertinentes instituidos en virtud de Tratados internacionales de derechos humanos.

Asimismo, el Comité podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general, basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en



la Convención, las cuales se incluirán en el informe sobre sus actividades que el Comité deberá presentar cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social.

Finalmente, el Comité podrá emitir “comentarios generales”, que tienen un importante valor al momento de clarificar o interpretar aspectos poco claros de las obligaciones recogidas en la Convención⁴⁷⁰.

En cuanto a la posibilidad de analizar reclamaciones individuales, aunque no se logró, como pretendían en su gran mayoría los representantes de la sociedad civil, el reconocimiento de la competencia del Comité para considerar denuncias de particulares en el propio Texto de la CDPD, se adoptó de modo adicional al Convenio principal un Protocolo Facultativo. El artículo 1.1 de dicho Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

Pese a su carácter anexo al Convenio principal, el Protocolo constituye en sí mismo un Tratado internacional independiente, por lo que requiere de una ratificación propia para vincular a un Estado Parte. Por ello, el Comité no podrá recibir comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte a su vez del Protocolo (art.1.2)

Con la denuncia particular (el texto habla de comunicaciones)⁴⁷¹, y siempre que la misma no se encuentre dentro de las causales de inadmisibilidad del artículo 2^o ⁴⁷², se

⁴⁷⁰ Hasta el 11^o período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014) el Comité ha adoptado dos comentarios generales: Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014; Observación general N° 2 (2014), Artículo 9: Accesibilidad, CRPD/C/GC/2, 11 de abril de 2014.

⁴⁷¹ Aunque el procedimiento es similar al del resto de los Órganos de Tratados, el propio Comité de la CDPD ha adoptado dos documentos específicos denominados: Hoja informativa sobre el procedimiento para presentar comunicaciones al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de conformidad con el Protocolo facultativo de la Convención, CRPD/C/5/2/Rev.1, 12 de abril de 2012; y Directrices revisadas para la presentación de comunicaciones al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con arreglo al Protocolo Facultativo de la Convención, aprobadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/5/3/Rev.1, 5 de junio de 2012.

⁴⁷² El Comité considerará inadmisibles una comunicación cuando: a) Sea anónima; b) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación o sea incompatible con las disposiciones de la Convención; c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o ya haya sido o esté siendo examinada de conformidad con otro procedimiento de investigación o arreglo; d) No se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o sea improbable que con ellos se logre un remedio efectivo; e) Sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustentada; o f) Los hechos objeto de la comunicación hubieran sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continuasen produciéndose después de esa fecha.



inicia un procedimiento que, según sea el caso, puede tomar diferentes rumbos. Como primer paso, el Comité debe poner en conocimiento al Estado denunciado, de forma confidencial, de toda comunicación recibida. A partir de entonces, y dentro de un plazo de seis meses, ese Estado Parte deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado dicho Estado, de haberlas.

Mientras tanto, el Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba, haciendo llegar sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere, al Estado Parte interesado y al comunicante (art.5). Si la situación lo demanda, el Comité podrá, antes de llegar a una conclusión sobre el fondo de una comunicación, remitir en cualquier momento al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación (art.4)⁴⁷³.

Particular mención merece lo establecido en el artículo 6 respecto de aquellos casos en los que exista información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención. En dicha ocasión, el Comité se encuentra facultado, tras considerar las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a su disposición, para encargar a uno o más de sus miembros una investigación confidencial que si cuenta con el consentimiento del Estado en cuestión, puede incluir una visita a su territorio, presentando como corolario y con carácter urgente, un informe al Comité. Examinadas las conclusiones de la investigación, el Comité trasmite las mismas al Estado Parte interesado, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas, abriéndose, a partir de entonces, un plazo de seis meses en el que el Estado Parte interesado deberá presentar sus propias observaciones al Comité.

Con relación a lo anterior, el artículo 7 faculta al Comité, una vez transcurrido el plazo de seis meses señalado anteriormente, a invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación, así como que incluya en el informe establecido en el artículo 35 de la Convención los pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación.

⁴⁷³ Hasta el 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014) el Comité ha analizado las reclamaciones individuales: Szilvia Nyusti, Péter Takács and Tamás Fazekas v Hungary (Comunicación Nº 1/2010), CRPD/C/9/D/1/2010, 21 de junio de 2013; Liliane Gröninger v. Alemania (Comunicación Nº 2(2010), CRPD/C/11/D/2/2010, 4 de abril de 2014; H.M. v Sweden (Comunicación Nº 3/2011) CRPD/C/7/D/3/2011, 21 de mayo de 2012; Zsolt Bujdosó and five others v. Hungary (Communication No. 4/2011), CRPD/C/10/D/4/2011, 20 September 2013; Kenneth McAlpine v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, (Comunicación Nº 6/2011) CRPD/C/8/D/6/2011, 13 de noviembre de 2012; X. v. Argentina (Comunicación Nº 8/2012) CRPD/C/11/D/8/2012, 11 de abril de 2014.



3.8.5. *La conferencia de estados partes*

Finalmente, el Artículo 40 de la CDPD denominado “Conferencia de los Estados Partes” establece que “... Los Estados Partes se reunirán periódicamente en una Conferencia de los Estados Partes, a fin de considerar todo asunto relativo a la aplicación de la presente Convención...” y que “... El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de los Estados Partes en un plazo que no superará los seis meses contados a partir de la entrada en vigor de la presente Convención. Las reuniones ulteriores, con periodicidad bienal o cuando lo decida la Conferencia de los Estados Partes, serán convocadas por el Secretario General de las Naciones Unidas...”

La celebración de las diferentes reuniones de la Conferencia de Estados Partes (CEP) ha demostrado la importancia y utilidad de este tipo de mecanismo internacional de seguimiento de la CDPD. Aunque en rigor no se trata de un Órgano Internacional de seguimiento, la modalidad de trabajo y la representatividad que confiere la presencia de las delegaciones diplomáticas de los Estados Partes y de miembros de la sociedad civil, confiere a la CEP una importante legitimidad para adoptar medidas internacionales tendentes a considerar cuestiones relativas a la aplicación de la CDPD a nivel nacional e internacional⁴⁷⁴. Más allá de la nominación y elección de los miembros del Comité de la CDPD, la CEP ha servido como medio para el debate y la discusión de cuestiones tales como: la relación de la CDPD y las Metas del Milenio para el Desarrollo⁴⁷⁵; accesibilidad y ajustes razonables; igualdad ante la ley, acceso a la justicia y toma de decisiones con apoyos⁴⁷⁶; inclusión y vida en la comunidad, inclusión de derecho a la educación, implementación de la CDPD por el sistema de la ONU⁴⁷⁷; cooperación internacional, participación en la vida política y pública⁴⁷⁸; accesibilidad y tecnología, niños y niñas con discapacidad, mujeres con discapacidad⁴⁷⁹, y garantía de un nivel de vida adecuado⁴⁸⁰.

⁴⁷⁴ Provisional rules of procedure for the Conferences of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2008/3, 14 October 2008.

⁴⁷⁵ Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. First session, New York, 31 October and 3 November 2008. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2008/4, 23 December 2008.

⁴⁷⁶ Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Second Session New York, 2-4 September 2009. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2009/2, 11 January 2010.

⁴⁷⁷ Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Third session, New York, 1-3 September 2010. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2010/3, 16 December 2010.

⁴⁷⁸ Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Fourth Session, New York, 7-9 September 2011. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2011/2, 8 December 2011.

⁴⁷⁹ Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Fifth session, New York, 12-14 September 2012. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2012/2, 25 October 2012.

⁴⁸⁰ Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Sixth session, New York, 17-19 July 2013. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

PARTE II
CAPACIDAD JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS

Capítulo IV

LA PROTECCIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1. La persona con sujeto de derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos

Aunque a primera vista la subjetividad de la persona frente al ordenamiento jurídico internacional parece no tener una relación directa con el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica a nivel interno, si analizamos la cuestión en detenimiento, vamos a descubrir aspectos verdaderamente similares. Como señala el profesor MARIÑO *“todo ordenamiento jurídico, de acuerdo con los fines que persigue y las exigencias de la comunidad que regula, contiene normas que determinan cuáles son sus sujetos y en qué medida éstos poseen capacidad jurídica y de obrar. Tal situación se da también en el ordenamiento jurídico internacional”*⁴⁸¹.

Así, la diversidad de sujetos de derecho internacional también puede analizarse desde la doble dimensión de capacidad de titularidad (personalidad jurídica internacional) y de capacidad de ejercicio (capacidad internacional de obrar). Mientras los sujetos denominados «originarios» se consideran sujetos con plena capacidad de titularidad y de ejercicio, los sujetos denominados «derivados» se considera que suelen tener capacidad jurídica parcial según su condición o su estatuto constitutivo⁴⁸². Por ello, resulta procedente analizar la subjetividad internacional de la persona en relación con su capacidad jurídica de obrar frente a la comunidad internacional, así como frente al poder del propio Estado.

⁴⁸¹ MARIÑO MENÉNDEZ F (2005), *op. cit.*, p. 95.

⁴⁸² *Idem.* 98.



Como destaca MARIÑO, “*si adaptamos la perspectiva de la protección de los derechos de una persona natural cualquiera, lo cierto es que toda persona humana es hoy en día destinataria de normas (y, por ello, es titular de derechos, obligaciones y –en su caso– “capacidades de obrar” o poderes) pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos: las del orden del Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se halle; las del orden del Estado de su nacionalidad, si es diferente del anterior, y las normas generales del ordenamiento internacional que protegen los derechos y libertades fundamentales de cualquier persona, los cuales integran lo que se ha convenido llamar el “estándar mínimo de los derechos humanos”⁴⁸³”. Entre los más indiscutibles se encuentran “el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, el derecho a una personalidad jurídica propia y el derecho a un proceso debido”⁴⁸⁴”.*

En resumidas cuentas, la subjetividad de la persona frente al ordenamiento jurídico internacional de derechos humanos, puede analizarse desde una doble dimensión: por un lado, la subjetividad de la persona frente a la jurisdicción del Estado respecto del cual se encuentra, y, por otro lado, la subjetividad de la persona frente a los otros sujetos de derecho internacional, esto es, otros Estados, Organizaciones internacionales, etc.⁴⁸⁵. A su vez, cada una de dichas dimensiones debe analizarse desde la doble perspectiva de capacidad de titularidad y capacidad de ejercicio de los derechos conferidos por las normas internacionales.

Como destaca CANÇADO TRINDADE “*todo el nuevo corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido construido sobre la base de los imperativos de protección y los intereses superiores del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad o de su estatuto político, o cualquiera otra situación o circunstancia. De ahí la importancia que asume, en ese nuevo derecho de protección,*

⁴⁸³ MARIÑO MENÉNDEZ F. (1995), “Derechos de la persona humana y distinción ente nacionales y extranjeros”, en *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, MARIÑO et. al., Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), Madrid, pp.111-126.

⁴⁸⁴ MARIÑO MENÉNDEZ F (2005), *op. cit.*, 214.

⁴⁸⁵ [...] La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...] CIADH, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párrafo 29.



la personalidad jurídica del individuo, como sujeto del derecho tanto interno como internacional. Hoy se reconoce la responsabilidad del Estado por todos sus actos – tanto jure gestionis como jure imperii– y todas sus omisiones, lo que pone de relieve la personalidad jurídica de los individuos y su acceso directo a la jurisdicción internacional para hacer valer sus derechos (inclusive contra el propio Estado)⁴⁸⁶”.

No obstante, en el contexto del Derecho Internacional General, como afirma PORTMANN, “*es aún discutido si la afirmación del TIJ sobre derechos individuales (adicionalmente a los derechos de los Estados) fuera del contexto de los derechos humanos en las sentencias LaGrand y Avena puede afirmar la personalidad internacional del individuo o incluso, como se ha sugerido, por analogía respecto de otras entidades no-estatales*”⁴⁸⁷.

4.1.1. La subjetividad frente al propio estado:

El desarrollo del Derecho Internacional claramente ha afianzado la noción de que la relación jurídica entre persona y Estado, en materia de respeto y protección de derechos humanos, debe considerarse desde el criterio de jurisdiccionalidad y no restrictivamente desde un criterio de nacionalidad. En otras palabras, lo que vincula jurídicamente a la persona con el Estado es, al menos en materia de los derechos que conforman el estándar mínimo y universal de derechos humanos, el hecho de encontrarse la persona dentro de la jurisdicción territorial del Estado en cuestión, o dentro del espacio donde dicho Estado ejerce un control real y efectivo de los poderes públicos y/o militares⁴⁸⁸.

Ahora bien, en la relación entre la persona y el propio Estado no cabe duda que el derecho internacional confiere a la persona la titularidad de ciertos derechos exigibles hacia dicho Estado. Es más disputado, sin embargo, si el propio Estado debe reconocer tales derechos a través de una norma de derecho interno, o si, por lo contrario, resultan

⁴⁸⁶ CIADH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, párrafo 18. Véase también KESB, A., (2012) *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*, Oxford University Press.

⁴⁸⁷ PORTMANN, R. (2010), *Legal Personality in International Law*, Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge University Press, p. 11.

⁴⁸⁸ [...] El artículo 2 define el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Partes en el Pacto. A los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción...] Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004). Párrafo 3.



directamente aplicables en virtud del propio instrumento internacional que los recoge. Dicho dilema, que se suele denominar como el carácter programático u operativo de las normas internacionales de derechos humanos, no pone en observación la titularidad del derecho, sino, más bien, los recursos legales o las garantías judiciales disponibles para su reclamación⁴⁸⁹. Otra cuestión diferente a la señalada es el reconocimiento de la capacidad jurídica de ejercicio de los derechos humanos cuya titularidad es conferida, como se ha visto, por el derecho internacional. Hasta tiempos recientes, las posturas relativas a las condiciones de ejercicio de los derechos (capacidad de obrar), incluso de los derechos humanos reconocidos universalmente, han sido consideradas como asuntos domésticos reservados generalmente al ámbito del derecho privado de los Estados. Como se verá más adelante, esta concepción es seriamente cuestionada por la CDPD, pero también por otros instrumentos específicos de derechos humanos, con lo cual, también la dimensión relativa a la capacidad de obrar de la persona se encuentra alcanzada por el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁹⁰. Esta dimensión de análisis, es decir, la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos frente al poder del Estado soberano de regular las condiciones de ejercicio de los derechos humanos, constituye la base sobre la cual se estructura el objeto del presente trabajo⁴⁹¹.

4.1.2. La subjetividad frente a otros sujetos de derecho internacional

Resulta lógico que si el derecho internacional le confiere a la persona la titularidad de ciertos derechos humanos frente a su propio Estado, dicha titularidad también le sea reconocida frente a otros sujetos de derecho internacional, claro está, siempre que se encuentren jurídicamente vinculados por la norma que le reconoce la titularidad de dichos derechos⁴⁹². Ahora bien, mientras la persona es indudablemente titular de dere-

⁴⁸⁹ [...] si bien es al Estado a quien compete, en primer lugar, proteger los derechos de los individuos sometidos a su jurisdicción, dicha competencia la ejerce en tanto que deriva de una obligación general que le viene impuesta por el Derecho Internacional y, por consiguiente, sometida a control a través de mecanismos internacionales...] ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., (2005), *op. cit.*, p. 632.

⁴⁹⁰ BARIFFI, F., (2009) *op. cit.*

⁴⁹¹ En este sentido cabe destacar por ejemplo que el III Protocolo Facultativo a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, otorga legitimación a los niños y niñas para presentar denuncias sin necesidad de hacerlo por medio de sus representantes legales (Cfr. Art. 5(1)). Más aún, el segundo párrafo del artículo 5 establece que: "...Cuando se presente una comunicación en nombre de una persona o un grupo de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento...". A/C.3/66/L.66, 2 de noviembre de 2011.

⁴⁹² [...The recognition of the direct access of individuals to international justice reveals, at the beginning of the XXIst century, the new primacy of the *raison d'humanité* over the *raison d'État*, inspiring the process of humanization of international law. The subjects of international law are no longer only territorial entities. It appears quite clear nowadays that there is nothing intrinsic to international law that would impede, or render impossible, the endowment of non-State 'actors' with international legal personality and capacity...] CANÇADO TRINDADE, A. A., (2011) *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, p. 16.



chos humanos de carácter internacional, es decir, oponible frente a los sujetos de derecho internacional, “carece de capacidad de obrar en el derecho internacional general⁴⁹³”, y sólo posee un capacidad procesal muy restringida frente a ciertas instancias internacionales. Es decir, la persona es titular de derechos frente a la comunidad internacional pero es prácticamente incapaz de ejercerlos en nombre propio. Y es correcto hablar de “prácticamente incapaz” ya que las pocas y excepcionales potestades de obrar del individuo frente a los sujetos de derecho internacional se encuentran reservadas exclusivamente a cuestiones de “capacidad procesal”, que constituye un aspecto puntual y muy acotado de lo que supone o implica jurídicamente la capacidad de obrar plena. Paradójicamente, el derecho internacional de las últimas dos décadas ha evolucionado asimétricamente sobre la contracara de la noción de capacidad jurídica de obrar, esto es, la responsabilidad internacional individual. Es difícil de entender cómo una persona puede carecer de capacidad jurídica de obrar frente al derecho internacional⁴⁹⁴, pero al mismo tiempo, resultar penal⁴⁹⁵ o civilmente⁴⁹⁶ responsable a nivel internacional por la violación de los derechos humanos de los cuales es también titular.

Como ha podido apreciarse, el análisis de la subjetividad del individuo frente al derecho internacional nos ha permitido comprender que la distinción entre titularidad y ejercicio de derechos y obligaciones, en la práctica, puede vaciar de contenido real al derecho que se pretende reconocer cuando su reclamación descansa fuera del alcance de la propia persona en manos del Estado que, en muchos casos, se conforma en juez y parte de la relación jurídica intersubjetiva. A raíz de ello, el derecho internacional ha desarrollado mecanismos internacionales de reclamación que han permitido comenzar a derribar el muro infranqueable del Estado soberano, y donde la persona puede acudir con plena capacidad de obrar propia. Ahora bien, en la medida en que el derecho internacional siga estando al margen de la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos humanos por parte de las legislaciones domésticas, las escasas opciones

⁴⁹³ Véase MARIÑO MENÉNDEZ F (2005), *op. cit.*, p. 215; PÉREZ GONZÁLEZ, M., (2005) “La Subjetividad Internacional (II): Las Personalidad Internacional de Otros Sujetos”, en DÍEZ DE VELASCO, M. (Coord), *op. cit.*, p.301.

⁴⁹⁴ [...] en el plano internacional corresponde en principio a cada Estado tanto la protección diplomática de sus nacionales, como la exigencia a los demás Estados del cumplimiento de los tratados internacionales protectores de la persona...] MARIÑO MENÉNDEZ F (2005), *op. cit.*, p.215.

⁴⁹⁵ CASSESE, A., (2003) *International Criminal Law*, first edition, Oxford University Press, pp.135-159; AMBOS, K., (2006) *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Marcial Pons, pp.123-167; GREPPI E., (1999) “The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law” *International Review of the Red Cross*, No 835, pp.531-553

⁴⁹⁶ HEISER, W., (2002) “Civil Litigation as a Means of Compensating Victims of International Terrorism”, *San Diego International Law Journal*, Vol. 3, pp. 1-50; STEPHENS, B., (2002) “Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, pp.1-58.



de acceder a instancias internacionales podrán verse denegadas por normas de derecho interno que tengan una aplicación discriminatoria frente a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad. Pensemos, por ejemplo, en normas de derecho interno que no le permitan a la mujer acceder a un tribunal sin el asentimiento o presencia de su marido, o en las normas domésticas que establecen la incapacidad procesal del menor sin la representación o presencia de sus padres, o en la declaración de incapacidad de una persona con discapacidad intelectual o mental que no le permite celebrar ningún acto jurídico válido, incluido la reclamación judicial, sin la representación de su tutor o curador. Si el derecho internacional de los derechos humanos no es capaz de introducirse en este tipo de legislaciones y de velar mínimamente por el principio de no discriminación, entonces, la titularidad de estos derechos a favor de estos colectivos resulta retórica y vacía.

Resultan ilustrativas en este sentido las reflexiones del Juez Cançado Trindade en su Voto Concurrente de la Opinión Consultiva de la CIADH sobre la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, *al señalar que “es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (cf. supra), y que el niño (como titular de derechos) no hace excepción a ésto. Frente a las limitaciones de capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño, –como de todo ser humano,– se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos –emanados directamente del Derecho Internacional– sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo –inclusive el niño– de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales”*. A lo cual añade que: *“de ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión, puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición, debe, naturalmente, contar con un representante legal, si es legalmente incapaz. Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno. Tal como me permití señalar en mi supracitado Voto Concurrente en el caso Castillo Petruzzi y Otros versus Perú (Excepciones Preliminares, 1998) ante la Corte Interamericana, las condiciones para el ejercicio del derecho de petición individual internacional no coinciden necesariamente con los criterios de derecho interno relativos al locus standi, y hay toda una jurisprudencia constante en claro apoyo a la autonomía del derecho de petición individual en el plano internacional vis-à-vis conceptos y disposiciones del derecho interno (párrs. 21-22)”*⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ CIADH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Voto concurrente del Juez Cançado Trindade.



4.2. El derecho al reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica en el derecho internacional de los derechos humanos

Como se ha visto en el punto anterior, el ordenamiento jurídico internacional y, en especial, el derecho internacional de los derechos humanos parecen indicar que los derechos universalmente reconocidos a todos los seres humanos, al ser analizados desde un plano jurídico, deben leerse desde la doble perspectiva de titularidad y de ejercicio de los mismos. Aunque la teoría del derecho reconoce esta doble perspectiva como una señal necesaria e inevitable de todo ordenamiento jurídico, lo cierto es que desde un punto de vista semántico, presenta grandes diferencias según lenguas, países, regiones, o sistemas jurídicos, lo que ha generado problemas interpretativos importantes. Un claro ejemplo de esto lo podemos encontrar, sin ir más lejos, en las negociaciones de la propia CDPD, más precisamente en relación con el artículo 12. Desde el momento que el concepto de “capacidad jurídica” apareció en el primer borrador, comenzaron a surgir intensas discusiones sobre su significado jurídico⁴⁹⁸. En términos generales, la disputa se centró en definir si capacidad jurídica debía implicar únicamente “capacidad de tener derechos”, o si, por lo contrario, debía incluir también “capacidad de obrar”.

Ante esto, el ACNUDH presentó ante los Estados conferenciantes, un informe sobre el asunto de la capacidad jurídica, que merece ser destacado en sus puntos principales⁴⁹⁹. Dicho informe ofrece una aproximación general sobre el modo en el cual los términos “personalidad jurídica” y “capacidad jurídica” son utilizados en los tratados de derechos humanos existentes, y en algunos sistemas nacionales específicos⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Por ejemplo, y citando el trabajo de Minkowitz y que sólo tiene en cuenta lenguas oficiales de Naciones Unidas, [... The Arabic translation of “legal capacity” is “ahlia al qanounia,” incorporating both capacity to act and capacity for rights; the Chinese is “falv quanli nengli” meaning capacity for rights; the French is “capacité juridique” meaning capacity to act; the Russian is “pravosposobnost” meaning capacity for rights; the Spanish is “capacidad jurídica” meaning capacity for rights. The English term “legal capacity” in the original text means capacity to act...] MINKOWITZ T, (2006-2007) “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions”, Syracuse Journal of International Law and Commerce, vol., 34, p. 410.

⁴⁹⁹ Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad, sobre el asunto de la “capacidad jurídica”. (De aquí en más “Informe ACNUDH sobre capacidad jurídica”).

⁵⁰⁰ [...] El presente trabajo ofrece una aproximación general sobre el modo en el cual los términos “personalidad jurídica” y “capacidad jurídica” son utilizados en los tratados de derechos humanos existentes, y en algunos sistemas nacionales específicos. El objetivo es analizar la relación –y posible superposición– entre estos dos términos, así como la relación entre los términos señalados y los términos “personalidad jurídica” (legal personality), “capacidad de derecho” (juridical capacity), y “capacidad de obrar” (capacity to act) [...] Idem, p. 40.



Haciendo uso de las técnicas de interpretación del derecho internacional, el informe explora las disposiciones análogas, como el artículo 16 del PIDCP⁵⁰¹, y disposiciones similares de los tratados regionales de derechos humanos, o como el artículo 15.2 de la CEFDM⁵⁰², para concluir que del análisis del contexto histórico de negociaciones del artículo 16 del PIDCP y del artículo 15(2) de la CEFDM, al igual que la evaluación del modo en el cual los términos “capacidad jurídica” y “personalidad jurídica” (o sus equivalentes) son utilizados en los diferentes ordenamientos jurídicos, muestran que ambos términos son diferentes.

El derecho al reconocimiento de la “personalidad jurídica” confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y por tanto, es un requisito previo a todos los otros derechos. El concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio que, lógicamente, presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico)⁵⁰³.

Por ello, y según este informe, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y la facultad de una persona en virtud del derecho

⁵⁰¹ [...El artículo 16 del PIDCP garantiza a todos los seres humanos el derecho humano fundamental al reconocimiento de la “personalidad jurídica” (recognised as a person before the law en Inglés, personnalité juridique en Francés). De conformidad con esta disposición, el individuo es dotado de “personalidad jurídica”, es decir, de ser reconocido como posible titular de derechos y obligaciones (bearer of legal rights and obligations)...] Idem, p.41.

⁵⁰² [...El artículo 15(1) intenta garantizar la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley. Este principio, expresado en términos generales en el artículo 26 del PIDCP, presupone, por simple lógica, la igualdad en el derecho de las mujeres a ser reconocidas como “personas” ante la ley, una interpretación que también encuentra sustento en el análisis de los trabajos preparatorios. Por ello, parece razonable interpretar el primer párrafo como una reafirmación del principio general de igualdad, y los párrafos siguientes, como aplicaciones específicas de este principio en aquellas cuestiones donde las mujeres son más susceptibles de ser discriminadas: celebración de contratos, administración de propiedades, (párrafos 2 y 3), acceso a la justicia (párrafo 2) y libertad de movilidad, incluyendo la libertad de decidir donde fijar su residencia y domicilio (párrafo 4)...] Idem, p. 52.

⁵⁰³ [...El análisis de contexto histórico de negociaciones del artículo 16 del PIDCP y del artículo 15(2) de la CEFDM, al igual que la evaluación del modo en el cual los términos “capacidad jurídica” y “personalidad jurídica” (o sus equivalentes) son utilizados en los diferentes ordenamientos jurídicos, muestran que ambos términos son diferentes. El derecho al reconocimiento de la “personalidad jurídica” confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y por tanto, es un requisito previo a todos los otros derechos. El concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio que, lógicamente, presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos o asumir dichas obligaciones a través de sus propias decisiones, es decir, sin asistencia o representación de un tercero (elemento dinámico). Por ello, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y el poder de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o en un sentido más general, de crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas...] Idem, p. 62.



de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o, en un sentido más general, de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁵⁰⁴.

4.2.1. *El derecho a la personalidad jurídica*

El primer instrumento en recoger una referencia a la «personalidad jurídica» fue la DUDH, cuyo artículo 6 establece que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Prácticamente todos los instrumentos generales de derechos humanos que le sucedieron adoptaron una formulación muy similar, como es el caso del artículo 16 del PIDCP⁵⁰⁵, el artículo 3 de la CADH⁵⁰⁶, y el artículo 5 de la CADHP⁵⁰⁷. El CEDH no cuenta con artículo o mención expresa, aunque en opinión del Comité de Expertos del Consejo de Europa, su inclusión no era necesaria ya que puede deducirse de otros artículos del Convenio.

El concepto de personalidad jurídica (también en algunos instrumentos internacionales formulado como “igualdad como persona ante la ley”)⁵⁰⁸, aunque no ha sido definido en ningún instrumento internacional, nos sitúa indefectiblemente ante la mismísima esencia de los derechos humanos, es decir, ante la conexión entre la persona y los derechos. O, dicho de otro modo, la personalidad jurídica parece referirse a la condición o condiciones que determinan que una persona sea investida de derechos. Por ello, no resulta del todo claro si su formulación como «derecho» no sería, en rigor, una contradicción con el concepto y fundamento de los derechos humanos. ¿Es posible tener un derecho a tener derecho?⁵⁰⁹ Claramente el concepto de personalidad jurídica se encuentra íntimamente conectado con la formulación del artículo 1 de la DUDH cuando declara que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

⁵⁰⁴ BARIFFI, F. J., (2009), *op. cit.*

⁵⁰⁵ Artículo 16. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

⁵⁰⁶ Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

⁵⁰⁷ Artículo 5: Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal (...).

⁵⁰⁸ En inglés: “the right to recognition everywhere as a person before the law”, en francés: “droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique”.

⁵⁰⁹ [...Article 6 is not among those provisions of the UDHR that have attracted the most attention, nor has it been invoked frequently. This may be because article 6 - like article 16 of the CCPR - does not contain any autonomous enforceable subjective claims...] BOGDAN M & KOFOD OLSEN, (1999) “Article 6”, en *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement*, ALFREDSSON & ASBJØRN (Eds), Martinus Nijhoff Publishers, p. 151.



A pesar de que su formulación pudiera resultar tautológica, o incluso si se quiere contradictoria, el reconocimiento al derecho a la personalidad jurídica se ha constituido como una condición previa e ineludible para el goce y ejercicio de todos los derechos individuales. En su comentario al PIDCP NOWAK destaca que “sin este derecho, el individuo podría ser reducido a un mero bien (legal object), donde dicho individuo no sería considerado una persona en el sentido jurídico, y por tanto, podría ser privado de todos los demás derechos, incluido el derecho a la vida”⁵¹⁰. Por ello, debido a que el reconocimiento a la personalidad jurídica representa un requisito sine qua non para todos los otros derechos, este derecho se incluye en el listado de los derechos civiles y políticos que no pueden ser derogados ante situaciones de emergencia pública o amenaza para la seguridad de un Estado⁵¹¹.

Ahora bien, es cierto que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ha sido universalmente reconocido en todos los instrumentos vinculantes de derechos humanos, en especial en el artículo 16 del PIDCP, y también parece indudable que se trata de un derecho que se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte.

En el ámbito Interamericano, la CIADH ha señalado que el derecho a la personalidad jurídica implica el reconocimiento de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones⁵¹². De esta forma, la personalidad jurídica trae consigo la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones por la simple condición de ser humanos⁵¹³, por lo que se erige como un derecho fundamental para el goce de todos los demás derechos⁵¹⁴.

La CIADH ha considerado que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que se reconozca a la persona, en cualquier parte, como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales, lo cual implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes. La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de los derechos y deberes civiles y fundamentales⁵¹⁵.

⁵¹⁰ NOWAK M, (2005) U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2nd revised edition, N.P. Engel Publisher, p. 369.

⁵¹¹ Informe ACNUDH sobre capacidad jurídica, op. cit.

⁵¹² CIADH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179; CIADH, Caso de las Niñas Yean y Bosico. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. párr. 176.

⁵¹³ CIADH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Fondo. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70. Voto concurrente García Ramírez

⁵¹⁴ CIADH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. párrafos. 188-190.

⁵¹⁵ CIADH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179; CIADH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 166. CIADH, Caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 87.



La Corte estima que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares⁵¹⁶.

De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho⁵¹⁷. El deber del Estado de garantizar las condiciones jurídicas y administrativas que aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley, cobra especial relevancia frente a *“aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación”*⁵¹⁸.

De esta forma, los Estados tienen la obligación de respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares⁵¹⁹. Ello es fundamental en tanto dicho reconocimiento determina su existencia efectiva ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado⁵²⁰.

Ahora bien, fuera del contexto del DIDH y de los órganos internacionales específicos en la materia, la personalidad jurídica del individuo es mucho más discutida. No fue hasta 2001 cuando el TIJ, máximo intérprete del Derecho Internacional General, reconoció expresamente que algunas normas internacionales confieren derechos individuales, los cuales resultan oponibles frente al propio Estado como respecto de terceros Estados. En el caso LaGrand, el TIJ señaló que el Artículo 63, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consultares de 1963, “crea derechos indivi-

⁵¹⁶ CIADH, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 179

⁵¹⁷ CIADH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrafo 155.

⁵¹⁸ CIADH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189.

⁵¹⁹ CIADH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 166. CIADH, Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202. párr. 88.

⁵²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 27



duales, los cuales por virtud del Artículo 1 del Protocolo Facultativo, pueden ser invocados en este Tribunal por parte del Estado de la nacionalidad de la persona detenida⁵²¹. Dicha afirmación fue posteriormente reafirmada en el caso Avina en 2004⁵²².

Más recientemente, el TIJ, en el marco del caso Diallo, ha vuelto a reiterar su doctrina sobre la existencia de derechos individuales de fuente de derecho internacional, los cuales pueden ser reclamados ante dicho tribunal por parte del Estado de su nacionalidad frente a otros sujetos de Derecho Internacional legitimados para litigar ante el máximo tribunal internacional⁵²³. Cabe aclarar que el TIJ no dedica gran atención o esfuerzo por interpretar o aportar fundamentos sobre esta afirmación, lo cual resulta entendible dado la naturaleza de su jurisdicción *ratione materiae*, y *ratione personae*. A pesar de ello, es de destacar que el propio TIJ afirma en este caso el valor fundamental de los organismos internacionales de derechos humanos (en especial del CteDH) como intérpretes autorizados de los instrumentos internacionales de derechos humanos⁵²⁴.

4.2.2. *El derecho a la capacidad jurídica*

A diferencia del derecho a la personalidad jurídica, el concepto de “capacidad jurídica” ha sido escasamente recogido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello quizás pueda explicarse dado que la institución de la capacidad jurídica ha sido tradicionalmente abordada desde la perspectiva del derecho privado sobre la base de los antecedentes históricos del derecho romano y, como consecuencia de ello, como un asunto reservado a la jurisdicción interna de los Estados.

Como hemos visto, históricamente los derechos humanos han velado por garantizar la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, estableciendo estándares mínimos de reconocimiento a nivel universal, incluso por encima de cualquier valor o consideración cultural, religiosa, política o de cualquier otra índole. Sin embargo, en los últimos tiempos, la comunidad internacional parece haber hecho eco de la necesidad de incorporar al discurso de los derechos humanos la necesidad de velar por garantizar la puerta de acceso al ejercicio de los derechos, y, más precisamente, introducirse en las condiciones de dicho acceso.

Por ello, la conexión entre capacidad jurídica, entendida como la dimensión de acceso al ejercicio de los derechos, y los derechos humanos nos permite situar a las con-

⁵²¹ Tribunal Internacional de Justicia, Caso LaGrand, sentencia de 27 de junio de 2001, párrafo 77.

⁵²² Tribunal Internacional de Justicia, Caso Avina, sentencia de 31 de marzo de 2004, párrafo 40.

⁵²³ Tribunal Internacional de Justicia, Caso Ahmadou Sadio Diallo, sentencia de 30 de noviembre de 2010, parte II.

⁵²⁴ Ídem, párrafo 66.



diciones de ejercicio estipuladas en normas universales, por encima de toda consideración nacional, cultural, religiosa, e incluso cuestionar instituciones jurídicas con más de un milenio de vigencia, guiados por el principio pro persona como máxima aspiración de justicia⁵²⁵.

El primer instrumento internacional de carácter vinculante que recoge la noción de “capacidad jurídica” es el artículo 15 de la CEFDM, cuyos incisos 2 y 3 establecen que:

“2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.”

El artículo 15(2) de la CEFDM asegura la igual “capacidad jurídica” de la mujer respecto del hombre y las mismas oportunidades para “ejercer dicha capacidad”. Esta disposición tiene su corolario en el principio de autonomía o auto-determinación, según el cual se presume que cada individuo es capaz de adoptar sus propias elecciones de vida y de actuar de un modo independiente sobre la base de su consciencia. Al referirse a la capacidad de llevar a cabo ciertas acciones o ser parte de relaciones jurídicas particulares, esta definición parece sugerir que el término “capacidad jurídica” tiene elementos comunes con el de “capacidad de obrar”, es decir, capacidad de celebrar actos con efectos jurídicos⁵²⁶.

El CteEDM ha señalado en su Recomendación General nº 21 que “cuando la mujer no puede celebrar un contrato en absoluto, ni pedir créditos, o solo puede hacerlo con el consentimiento o el aval del marido o un pariente varón, se le niega su autonomía jurídica. Toda restricción de este género le impide poseer bienes como propietaria exclusiva y le imposibilita la administración legal de sus propios negocios o la celebra-

⁵²⁵ En este sentido, resulta ilustrativa la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en especial: TEDH, Shtukaturov v. Rusia, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Aplicación no. 44009/05.

⁵²⁶ Informe ACNUDH sobre capacidad jurídica, *op. cit.*



ción de cualquier otro tipo de contrato. Las restricciones de esta índole limitan seriamente su capacidad de proveer a sus necesidades o las de sus familiares a cargo⁵²⁷.

Como señala un comentario al Artículo 15(2) de la CEFDM, al centrarse en lograr el mismo reconocimiento de la capacidad jurídica en relación con los hombres, la Convención aborda el desempoderamiento de las mujeres por motivo de género que se encuentra arraizado en muchos sistemas jurídicos. El Artículo 15(2) establece que las mujeres deben gozar de las mismas oportunidades para ejercer su capacidad jurídica. Ello supone que será necesario implementar sistemas de apoyos para ejercer los derechos económicos y sociales incorporados en la Convención, tales como el Artículo 10, sobre educación, o los Artículos 3 y 14, que implícitamente abordan la pobreza⁵²⁸.

Por su parte, la CDN, y sin mencionar expresamente la noción de capacidad jurídica, recoge en sus disposiciones (principalmente por intermedio del Artículo 12) el derecho del niño a participar en la toma de decisiones que se realicen sobre aquellos asuntos que directamente le afecten⁵²⁹. Aquí la CDN también intenta penetrar en materia de regulación de la capacidad jurídica por parte de los Estados en relación con los niños y las niñas. Prueba fehaciente de lo señalado lo podemos evidenciar en la reciente entrada en vigor del III Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones⁵³⁰, el cual otorga legitimación directa a los niños y las niñas, cuyos derechos son protegidos por la CDN. Al respecto, el artículo 5 señala que las comunicaciones individuales podrán ser presentadas “por, o en nombre de, personas o grupos de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados” en la CDN y sus Protocolos Facultativos, con lo cual para el Protocolo, cualquier niño o niña, independientemente del reconocimiento de su capacidad de obrar en virtud del derecho doméstico del Estado cuya violación se alega, tendrá capacidad jurídica internacional para presentar una denuncia ante el Comité. Más aún, el segundo párrafo del citado Artículo 5 señala que “... *Cuando se presente una comunicación en nombre de una persona o un grupo de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento*”, con lo cual se podría señalar que el Protocolo

⁵²⁷ Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación general Nº 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, A/49/38, 1994, para. 7.

⁵²⁸ GOONESEKERE, S. W. E., (2012) “Article 15”, en FREEMAN, CHINKIN, RUDOLF (EDS), CEDAW Commentary, Oxford University Press, p. 396.

⁵²⁹ Véase CAMPOY CERVERA, I., (en prensa), “La Construcción de un Modelo de Derechos Humanos para los Niños, con y sin Discapacidad”.

⁵³⁰ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, Nueva York, 19 de diciembre 2011, A/RES/66/138. Entrada en vigor el 14 de abril de 2014.



no solo reconoce la capacidad jurídica internacional de los niños y las niñas, al menos en lo que respecta a la legitimación activa ante el procedimiento de comunicaciones individuales, sino que también establece salvaguardias para garantizar que incluso en los casos de representación legal el consentimiento del niño o niña sea requerido.

Finalmente, la CDPD en su Artículo 12(2) vuelve a reiterar el concepto utilizado por el Artículo 15 de la CEDFM en un contexto similar al señalar que *“los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*.

Con ello, el contexto actual del desarrollo del DIDH nos permite concluir que la capacidad jurídica es una derivación del derecho a la personalidad jurídica. Ahora bien, y sin perjuicio de ello, mientras la personalidad jurídica se erige como un derecho absoluto y no sujeto a ningún tipo de restricción por parte de los Estados, en el reconocimiento y regulación de la capacidad jurídica los Estados gozan de un cierto margen de apreciación⁵³¹. Dicho margen de apreciación se encuentra limitado por el principio general de no discriminación reconocido universalmente por todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes⁵³². Más aún, algunos instrumentos internacionales específicos comienzan a incluir cláusulas específicas de no discriminación en relación con ciertos grupos o colectivos de personas, tales como mujeres, niños y niñas y personas con discapacidad.

4.3. El ejercicio de la capacidad jurídica como garantía de acceso al goce y ejercicio de todos los derechos humanos

Más allá de los debates y las intensas discusiones que se generaron a lo largo del proceso de negociación de la CDPD, la inclusión final del texto del Artículo 12 en dicho instrumento ha puesto en evidencia algo que el DIDH no había logrado situar en la agenda internacional de los Estados, de los órganos de seguimiento y de los tribunales regionales, esto es, la relevancia jurídica y práctica del reconocimiento de la “capacidad jurídica” de las personas para el goce efectivo de todos los derechos hu-

⁵³¹ [...Recognition as person before the law does not ipso facto require that the individual has full legal capacity...] SMITH, R. K. M., (2007) Textbook on International Human Rights, 3rd Ed., Oxford University Press, p. 237.

⁵³² El Comité de la CDPD ha señalado en su Observación General n° 1 que: [...El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 8.



manos reconocidos universalmente. Por ello, el acceso real y efectivo al ejercicio de la capacidad jurídica se presenta como un pre-requisito esencial, o como puerta de acceso a los derechos humanos.

A este respecto, hay que tener en cuenta que los derechos humanos se refieren a los derechos inalienables de la persona y se definen por el solo hecho de ser persona. De ahí la relación entre la titularidad de los derechos con los derechos humanos. Los derechos humanos reconocen, desde una perspectiva universal, que por el hecho de ser persona se tiene la titularidad de los derechos.

Sin embargo, como hemos visto más arriba, el PIDCP parece no ir más allá de la titularidad y considera que el Estado es el encargado de regular el ejercicio de esos derechos, con lo cual, a pesar de que la persona ha sido reconocida como titular de los derechos humanos, la regulación del ejercicio de éstos queda encomendada al ámbito doméstico.

A partir de la aplicación del discurso de los derechos humanos comienzan a identificarse problemáticas con respecto al ejercicio de dichos derechos, principalmente por parte de las mujeres, aunque también, en ciertos aspectos, en relación con los niños y niñas. Ello condujo a afinar la noción de que los derechos humanos no solo están relacionados con la titularidad de derechos sino también con su ejercicio, con lo cual el derecho internacional de los derechos humanos irrumpe en el ámbito del derecho nacional, principalmente en el ámbito del Derecho Civil.

En efecto, los derechos humanos empiezan a cuestionar el concepto del ejercicio de los derechos al considerar que el ejercicio es precisamente parte intrínseca de los mismos. Los derechos humanos tienen que garantizar igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que significa necesariamente irrumpir en el sistema clásico del derecho civil que viene en nuestros ordenamientos, derivados del Derecho Romano y, más directamente, del Código Napoleónico.

Más allá de los objetivos particulares subyacentes en cada uno de los derechos humanos reconocidos universalmente, en su conjunto, los derechos humanos tienen como objetivo garantizar el respeto de la dignidad inherente al ser humano, la cual se construye principalmente a través del reconocimiento de la autotomía moral y la posibilidad de perseguir un proyecto de vida personal.

Por ello, hoy día, parece indudable que la regulación de la capacidad jurídica está directamente condicionada por estándares de derechos humanos y libertades fundamentales de carácter universal, esto es, el principio general de no discriminación y las obligaciones específicas recogidas en la CEFDM, la CDN y la CDPD.



En el último siglo, la reivindicación y reconocimiento de derechos generales o específicos ha sido incesante, al punto de contar hoy día con una especie de código universal de derechos humanos. Ahora bien, sin perjuicio del valor histórico, político y social que los derechos han adquirido como limitaciones al poder⁵³³, las reivindicaciones del último medio siglo en materia de derechos humanos ya no apuntan tanto el reconocimiento de derechos, sino más bien al cumplimiento o a la realización de los mismos, para lo cual, previa y necesariamente, es preciso centrarse en el ejercicio, es decir, en la capacidad de una persona de ejercer según su propia voluntad los derechos reconocidos⁵³⁴.

De este modo, la condición de persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, y la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de los mismos. Sin un reconocimiento pleno de la capacidad jurídica, no es posible acceder verdaderamente al ejercicio de los derechos humanos en general, pero tampoco al exhaustivo y detallado listado de derechos reconocidos por la CDPD a todas las personas con discapacidad⁵³⁵.

Como señala QUINN, “la capacidad jurídica provee la cubierta jurídica a través de la cual se puede mejorar la personalidad en el “mundo de la vida”. En primer lugar, permite a las personas hacer su propio universo jurídico, una red de derechos y obligaciones recíprocas, lo cual permite una expresión de voluntad en el mundo de la vida. Éste es el rol básico de la capacidad jurídica; es decir, la capacidad jurídica abre un espacio de libertad personal. De manera sencilla y sin ningún tipo de coerción permite interacciones y lo hace principalmente mediante contratos jurídicos”⁵³⁶.

BACH destaca que *“tener capacidad jurídica de obrar propia resulta central para la forma en que una persona puede formar su potestad como persona. Si uno puede heredar un bien (en virtud del derecho a la personalidad jurídica reconocida según la*

⁵³³ ASÍS ROIG R, (2000) *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid.

⁵³⁴ BACH M., (2012) “El derecho a la capacidad jurídica a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa” en BARIFFI F. & PALACIOS A., (coord.), *op. cit.*

⁵³⁵ Como destaca Minkowitz, el modelo adoptado por la CDPD [... reflects established principles in international human rights, such as universality, indivisibility, interdependence, and inter-relatedness of all human rights, and the recognition that the realization of economic, social and cultural rights are necessary to the dignity and free development of the personality of any individual...] MINKOWITZ T, (2006-2007) *op. cit.* pp. 408-409.

⁵³⁶ QUINN, G., (2012) “Personalidad y capacidad jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del Artículo 12 de la CDPD”, en BARIFFI F. & PALACIOS A., (coord.), *op. cit.*, pp. 39-40.



interpretación mayoritaria del artículo 16 del PIDCP), pero no puede enajenar dicho bien para adquirir otros bienes necesarios para un proyecto de vida personal (debido a que se considera que uno no dispone de la capacidad jurídica necesaria para realizar tales actos), es difícil ver el modo en el cual la personalidad de la persona se ve efectivamente reconocida y protegida”⁵³⁷.

Ahora bien, más allá de las reflexiones teóricas esbozadas anteriormente, el fundamento en torno al reconocimiento de la capacidad jurídica como garantía de acceso real y efectivo a todos los derechos humanos puede ser defendido desde la tipología de las obligaciones emergentes para los Estados en materia de derechos humanos es decir, obligación de respetar, proteger y realizar⁵³⁸.

La relación entre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, que surgen principalmente, y como destinatario final, respecto de los Estados, y la regulación de la capacidad jurídica, resulta evidente, en tanto que por un lado el DIDH le impone al Estado una serie de obligaciones (lo que genera derechos en cabeza de las personas), pero el mismo tiempo le otorga cierta discrecionalidad para regular las condiciones jurídicas y prácticas para acceder efectivamente a dichos derechos (capacidad jurídica).

4.3.1. Capacidad jurídica como garantía de respeto

Todas las personas tienen el derecho a que se respeten sus derechos humanos. Esto supone que los Estados tienen la responsabilidad de garantizar el respeto de los derechos humanos dentro de su territorio. En términos generales, se trata de una obligación de las llamadas de “no-hacer”, ya que se exige del Estado principalmente una abstención en su accionar que pueda de algún modo menoscabar los derechos protegidos.

Como señalaba el ex Relator Especial EIDE, “como las obligaciones de los Estados deben examinarse a partir del supuesto de que los seres humanos, las familias o los grupos más amplios procuran buscar soluciones a sus necesidades, los Estados deben (...) respetar los recursos que posee el individuo, su libertad de buscar el trabajo de su preferencia y de aprovechar al máximo sus conocimientos, y la libertad de tomar las medidas necesarias y de utilizar los recursos que hagan falta –solo o en asociación con otros– para satisfacer sus propias necesidades”⁵³⁹.

⁵³⁷ BACH, M., (2012) *op. cit.*, p. 59.

⁵³⁸ Véase lo señalado al respecto en el Capítulo 3, apartado 3.6.1.

⁵³⁹ Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación, presentado por el Sr. Asbjørn Eide en cumplimiento de la decisión 1998/106 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1999/12, 28 de junio de 1999, párrafo 52.



Ahora bien, sin perjuicio de que la obligación de respetar se proyecta principalmente sobre la vida privada de las personas (relaciones de comercio, relaciones de familia, relaciones laborales, relaciones culturales), también se proyecta sobre una esfera de derechos civiles y políticos fundamentales (respeto de la vida, la libertad, la integridad, a la participación política). El Estado debe abstenerse de una intromisión indebida en las relaciones privadas de las personas, y al mismo tiempo debe abstenerse de interferir en las libertades fundamentales de las personas.

La intromisión indebida del Estado que vulnera la obligación de respetar los derechos humanos puede resultar de una acción directa por intermedio de sus funcionarios públicos (policía, militares, personal sanitario), o puede resultar de la imposición de una norma. Por lo general, cuando se habla de que el Estado respete los derechos humanos se piensa en su rol ejecutivo, y se olvidan sus roles legislativos y judiciales. Es justamente en estos últimos roles, principalmente el legislativo, donde el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de su obligación de respetar los derechos humanos, al sancionar leyes u otro tipo de normas que tengan como propósito o efecto menoscabar el reconocimiento y goce de derechos humanos reconocidos internacionalmente.

La regulación de la capacidad jurídica incide de forma exponencial en el reconocimiento y goce efectivo de los derechos humanos de las personas. Si el Estado reconoce el derecho al matrimonio, al voto, o a poseer y disponer de bienes y servicios, pero al mismo tiempo, priva a ciertas personas de acceder a dichos derechos en nombre propio, entonces en esencia está incumpliendo su obligación de respetar dichos derechos.

4.3.2. Capacidad jurídica como garantía de protección

La obligación de “proteger” sugiere que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar el goce de los derechos humanos, lo que, a su vez, interpretado a la luz de los disposiciones pertinentes del DIDH, supone una doble actuación. La primera de ellas, la obligación por parte del Estado de adoptar medidas preventivas tendentes a evitar la violación de derechos humanos; y la segunda de ellas, la obligación de proveer remedios apropiados una vez que la violación ha ocurrido.

Existe un consenso generalizado en que el derecho se diferencia de la moral en tanto que el primero goza de ejecutividad. Es decir, uno de los rasgos principales de los derechos y, en especial, de los derechos humanos, es que su incumplimiento puede ser reclamado ante diferentes instancias nacionales e internacionales. Sin perjuicio del valor moral, y de la influencia que los derechos humanos generan en la conciencia y



la conducta social, lo cierto es que su valor jurídico radica principalmente en la posibilidad de ejecutarlos ante su incumplimiento.

Con el reconocimiento internacional y nacional de derechos humanos en cabeza de cualquier persona tiene implícito, más allá de la titularidad del derecho, la potestad de reclamarlo.

Así, mientras el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido desde sus primeras codificaciones que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva, las condiciones legales para acceder efectivamente ante la autoridad correspondiente (sea un tribunal nacional o incluso ante instancias internacionales), suelen estar reguladas por el régimen jurídico de la capacidad jurídica de las personas. En otras palabras, la capacidad jurídica es la puerta de acceso a la reclamación de los derechos humanos, y se erige como una potestad inherente de toda persona.

Es cierto, como se ha afirmado más arriba, que el DIDH acepta que los Estados tienen un margen de discrecionalidad en la regulación de la capacidad jurídica de las personas. No obstante, dicha discrecionalidad se encuentra limitada por el principio de no discriminación, y se presenta como una limitación excepcional de un derecho que el ordenamiento jurídico internacional le reconoce a la persona por su calidad de tal.

Ahora bien, ¿de qué sirve que el Estado reconozca ciertos derechos básicos, como la vida, la libertad, o la protección de la integridad personal, y que disponga de todo su aparato jurisdiccional para garantizar a las personas la tutela de dichos derechos, si al mismo tiempo les priva a ciertas personas de acceder de forma real y efectiva a los remedios judiciales existentes?

La regulación de la capacidad jurídica, incide de forma directa en la potestad de las personas de acceder en nombre propio a cualquier instancia de reclamación de derechos, sea ello en el ámbito estrictamente jurisdiccional, sea ante instancias administrativas. La privación de la capacidad jurídica le impide a una persona solicitar una revisión de una medida de internamiento involuntario, o demandar a un tercero ante la vulneración de un derecho, o presentar una reclamación administrativa para gozar de algún beneficio social.

4.3.3. Capacidad jurídica como garantía de realización

La capacidad jurídica también se presenta como un pre-requisito fundamental para la realización de los derechos humanos. La obligación de realizar los derechos humanos significa que el Estado debe realizar acciones positivas para asegurar que todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad, puedan ejercer sus derechos hu-



manos. Deben adoptar leyes y políticas que promuevan los derechos humanos, desarrollar programas y tomar otras medidas para implementar estos derechos, destinar los recursos necesarios para que las leyes se apliquen, y proporcionar fondos necesarios.

Las perspectivas de género, de niñez o de discapacidad no se limitan a demandar el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica, o el derecho a ser oído, sino que adicionalmente se requiere de medidas activas que permitan la igualdad real de oportunidades. Una mujer analfabeta, cuyas decisiones legales las ha tomado su marido toda su vida, un adolescente que entra en conflicto sobre decisiones personales con sus padres y que nunca había contemplado la posibilidad de oponerse, o una persona con discapacidad mental que ha vivido 20 años en una institución: todos estos ejemplos demuestran que el reconocimiento, sin más, del derecho a tomar decisiones en nombre propio, puede suponer un gran reto personal, o incluso situar a la persona ante una nueva forma de desprotección y desigualdad. El Estado debe implementar, conjuntamente con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas, una serie de medidas activas que permitan la realización de este derecho, que luego sirve de puerta de acceso para el resto de los derechos. Es decir, las personas que han sido históricamente privadas de su derecho a decidir en nombre propio deben aprender y recibir apoyos para poder ejercerlo en igualdad de condiciones con los demás.

La CDPD, recoge esta dimensión promocional del Estado de forma mucho más clara y categórica que la CEFDM o la CDN, a través de la noción de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica del art. 12(3). Para que el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica no sea meramente formal sino real, y para que dicho reconocimiento no sitúe a la persona en un situación de mayor vulneración de derechos, es preciso que el Estado asegure la provisión de los apoyos necesarios para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, que en última instancia, no es otra cosa que el apoyo en el ejercicio de los derechos humanos (apoyos para administrar y disponer el patrimonio, apoyo para el ejercicio de los derechos de familia, apoyos para el ejercicio de los derechos políticos, apoyos para tomar decisiones médicas o sobre el cuerpo, etc.)

4.3.4. Representación legal (legitimidad y proporcionalidad)

La capacidad jurídica es difícil de entender por la ambigüedad que rodea a este concepto desde el punto de vista jurídico⁵⁴⁰. La capacidad jurídica habla de la aptitud jurídica, de la aptitud legal, de la aptitud para el derecho. Cuando uno tiene capacidad

⁵⁴⁰ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., (2005) (Editor) *La capacidad jurídica. Fundamentos de conocimiento jurídico*, Dykinson, Madrid.



jurídica es apto jurídicamente para algo. La pregunta inmediata que se deriva de ello es entonces ¿aptitud para qué? La primera respuesta consiste en la distinción que se hace entre la aptitud de tener derechos y la aptitud de ejercerlos; es decir, la distinción entre la titularidad del derecho y el ejercicio del mismo.

Históricamente, es la perspectiva del derecho privado, y más concretamente lo que podríamos llamar como la teoría de la representación, lo que justifica la necesidad de realizar la distinción entre la titularidad de derechos y el ejercicio de los mismos.

Las consecuencias de no contar con la teoría de la representación sería la imposibilidad de distinguir entre la titularidad y el ejercicio de derechos y, por ende, disponer, por ejemplo, de figuras jurídicas que resultan necesarias para el derecho civil como las asociaciones (la diferencia entre la titularidad y quién ejerce los derechos en nombre de la asociación), las sociedades o el mandato.

La teoría de la representación mantiene una relación directa con la autonomía de la voluntad. El derecho privado parte de que la persona tiene autonomía de la voluntad para realizar actos jurídicos⁵⁴¹.

Al mismo tiempo, la teoría de la representación reposa sobre dos dimensiones de la autonomía de la voluntad, esto es, *la autonomía de la voluntad crea la representación* (a través de la voluntad la persona crea una representación, o un mandato, que la sustituye en la toma de decisiones, lo que no plantea ningún problema a este nivel), y la falta de autonomía de la voluntad hace necesaria una presunción legal de necesidad de representación. Quizás se pueda hablar de una tercera dimensión que cada vez cobra mayor auge en el ámbito del derecho privado, esto es, *la autonomía de la voluntad crea representación previniendo la eventual pérdida de dicha autonomía en el futuro*, lo que se suele denominar como la voluntad anticipada o autotutela⁵⁴².

⁵⁴¹ [...] La autonomía de la voluntad es el elemento primordial del acto jurídico y alrededor de él giran todos los demás. El reconocimiento del valor de la voluntad jurídica constituye la exaltación del valor del individuo, de la personalidad humana (...) Este principio es de tanta importancia en el derecho privado, que toda las normas de él tienden a interpretar la voluntad de los participantes o a suplir su omisión en los casos o circunstancias no contemplados por el autor o autores del acto. El derecho privado supone, pues, que los particulares tienen voluntad autónoma...] HURTADO, A. L., (1991) *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, p. 44.

⁵⁴² Véase por ejemplo: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2007) "Las voluntades anticipadas. Una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas", en *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico* Vol. 41, p. 135 y ss; LLORENS, L. R. & RAJMIL, A. B., (2010) *Derecho de autoprotección : previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*, Astrea, Buenos Aires; HOWARD ZULUAGA, M., (2012) "Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona" en *Revista de Derecho*, Año 11, N° 21, pp. 171-194.



El sistema clásico de representación legal de personas físicas se fundamenta desde una noción de protección, y tiene como objetivo mitigar los efectos negativos de la privación o limitación de la capacidad jurídica de una persona (sea un menor, o un incapaz), otorgando al representante (padres, tutores o curadores) la potestad de ejercer todos los actos jurídicos en representación y nombre de su representado.

Aunque la institución jurídica de la representación legal tiene sus orígenes en el derecho romano, desde una lectura en el marco del sistema universal de derechos humanos se podría fundamentar como una medida protectora y correctiva de la privación y limitación de la capacidad jurídica de la persona. En otras palabras, los ordenamientos jurídicos son conscientes, que la limitación o privación de la capacidad jurídica es una medida restrictiva de derechos, y que no es posible ordenarla sin más, si no existe alguna medida que mitigue o contrarreste sus efectos jurídicos en el goce y ejercicio de los derechos de la persona.

Con ello, incluso los ordenamientos más clásicos entienden que la privación o limitación de la capacidad jurídica *per se* supone una vulneración en el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas.

Por ello, resulta procedente analizar si la figura de la representación legal resulta compatible con los estándares universales de derechos humanos. Cabe aclarar que las reflexiones que siguen se plantean en el contexto de la representación legal de personas con discapacidad, sin perjuicio de que sus conclusiones también se puedan utilizar para analizar situaciones similares respecto de niños y niñas, adolescentes y mujeres.

A diferencia de lo que sucede con los niños y las niñas, o en algunos países con relación a las mujeres casadas, la representación legal de las personas con discapacidad no opera ipso facto, sino que requiere de un procedimiento legal específico. Dicho procedimiento se suele denominar proceso de incapacitación, y tiene como objetivo limitar o privar la capacidad jurídica de una persona, nombrando a un representante que le va a suplir en todas o algunas decisiones de su vida.

Lejos de ser un mecanismo protector, el sistema de atribución de incapacidad previsto en la mayoría de las legislaciones vigentes supone un perjuicio grave y desproporcionado para el goce y ejercicio de los derechos humanos del presunto incapaz.

La declaración de incapacidad es grave en cuanto al efecto de la misma en la capacidad de cualquier persona de tomar decisiones y ejercer su derecho de autonomía personal. No existe efecto más grave para una persona que la denegación de la “capacidad” de decidir. En primer lugar, porque la capacidad de decidir es la puerta de acceso



a todo el catálogo de derechos humanos, sin la cual se convierten en meras proclamas retóricas y vacías de contenido real, y, en segundo lugar, como destaca DE ASIS, ya que “*la idea de capacidad es uno de los principales referentes del discurso ético y jurídico, y es utilizada a la hora de definir a los seres humanos. En efecto, tanto la idea de sujeto o agente moral, como la de sujeto de Derecho, como la propia Dignidad humana en la que se fundan ambos conceptos, parten de la idea de capacidad*”⁵⁴³.

La gravedad de la atribución de incapacidad por motivo de discapacidad deriva en última instancia de la consideración de la persona como “objeto” legal y no como “sujeto” de derechos. Y esto tiene profundas raíces históricas caracterizadas por la estigmatización de un colectivo de personas que, a raíz de su presunta falta de discernimiento y autonomía personal, han sido marginalizadas y apartadas del goce efectivo de sus derechos humanos más básicos⁵⁴⁴. Los estándares universales de derechos humanos requieren una revisión profunda de instituciones y concepciones claramente anacrónicas y desfasadas que se sostienen más bien en la inercia de una tradición legal de otros tiempos que en criterios o concepciones de justicia y respeto a la igualdad propios del discurso de los derechos humanos.

El hecho de que la privación de la capacidad jurídica del presunto incapaz solo se pueda realizar por intermedio de un proceso legal no resta gravedad al efecto de la sentencia. La denegación del ejercicio de los derechos es un efecto jurídico de suma gravedad y, como destaca el TEDH, la restricción de cualquier derecho humano básico “debe ser impuesta en miras de un objetivo legítimo y que los medios empleados no sean desproporcionados”⁵⁴⁵. Probablemente, se pueda sostener que el “objetivo” de la declaración de incapacidad es la de “proteger” al presunto incapaz, y, consecuentemente, que el mismo sea legítimo. No obstante, es bien sabido que la noción clásica de “protección” puede ser muy riesgosa y servir de base para un paternalismo excesivo que en realidad genere en la práctica una situación de dominación y exclusión de ciertos grupos de personas del goce efectivo de sus derechos. Pensemos, sin más, que la mayoría de las leyes vigentes en países islámicos fundamentan la restricción de derechos de la mujer en un supuesto objetivo de “protección”, con lo cual, si bien es cierto que el objetivo de protección del presunto incapaz, puede ser *prima facie* considerado como “legítimo”, es también cierto que el mismo no debe ser examinado in abstracto, sino más bien, en concreto; es decir, ¿realmente protege derechos o genera mayor restricción de los mismos?

⁵⁴³ DE ASIS ROIG, R., (2012) *op. cit.* p. 14.

⁵⁴⁴ PALACIOS, A., (2008) *op. cit.*

⁵⁴⁵ TEDH, Alajos Kiss v. Hungary, Sentencia de 20 de mayo de 2010, Aplicación no. 38832/06, pp. 10-13. En este sentido el TEDH, en su reciente jurisprudencia, ha considerado desproporcionado y violatorio de los derechos humanos los efectos de la incapacidad en cuestiones tales como el voto (Alajos Kiss v. Hungría), el internamiento psiquiátrico (Stanev v. Bulgaria. Sentencia de 17/01/2012), la adopción (X v. Croacia. Sentencia de 17/07/2008); o el reconocimiento de paternidad (Krušković. V. Croacia. Sentencia de 21/06/2011).



Por ejemplo, el artículo 58 del Código Civil Argentino establece que “Este código protege a los incapaces, pero solo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio”. La supuesta protección se materializa, en rigor, a través de la representación sustitutiva de la toma de decisiones. El único mecanismo de protección tendiente a “suprimir los impedimentos de su incapacidad” es entonces la representación legal, es decir, desplazar el ejercicio de la capacidad de hecho en cabeza de un tercero que, a partir del momento de la designación, va a tomar todas las decisiones posibles sobre la persona y su patrimonio del modo que considere más adecuado y sin necesidad de consultarle o participarle en ningún momento. Y vale decir “todas las decisiones posibles” puesto que el ejercicio de derechos extra patrimoniales, como el voto, el matrimonio, la patria potestad, por nombrar sólo algunos, quedan completamente vedados para el presunto incapaz. La solución del CC en este punto es la “denegación de derechos”, lo que nos llama a la reflexión sobre el supuesto efecto protector de la incapacidad civil. ¿Cómo se puede hablar de protección cuando en realidad lo que existe es una privación total de acceso al derecho? Claramente, la institución de la representación sustitutiva en la toma de decisiones, se basa en una ideología más propia del capitalismo en la que el foco de la protección se centra en los aspectos patrimoniales y no en los aspectos personales del individuo.

En resumidas cuentas, el sistema de incapacidad/tutela protege desde dos formas posibles. La primera es la sustitución en la toma de decisiones, que además adopta un formato muy despersonalizado en el sentido en que el representante no es elegido por la persona y además el mismo no debe consultar a la persona sino obrar según su mejor criterio. La segunda forma de protección es la denegación del ejercicio del derecho cuando el representante no puede hacerlo en nombre de su representado⁵⁴⁶. El derecho comparado nos brinda ejemplos del uso de herramientas jurídicas tendentes a proteger los bienes y la persona sin necesidad de incapacitar y anular la capacidad decisoria de la persona⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ La propia esencia de los derechos personalísimos indica que los mismos son "derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de las personas y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse, ni disponerse en forma absoluta y radical", CIFUENTES, S., (2008) *Los derechos personalísimos*, ASTREA, Buenos Aires, p. 157.

⁵⁴⁷ En el ámbito patrimonial la figura del “Patrimonio Protegido” recogida por el CC Español (cfr. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad), para el ámbito patrimonial y extrapatrimonial el uso de la voluntad anticipada, o acuerdos preventivos, por ejemplo: la Ley sobre Capacidad Mental de 2005 (Inglaterra y Gales) “Lasting powers of attorney”; o la Ley de Protección de los Derechos Personales y Patrimoniales de 1988 de Nueva Zelanda “Enduring powers of attorney”, o la Ley de Convenio de Representación del Estado de Columbia Británica de 1996.



Por ello, más allá de la gravedad del efecto jurídico de la incapacitación civil, la misma también resulta a todas luces desproporcionada, en cuanto a que afecta a “todos los aspectos personales y patrimoniales” de la persona.

Algunas legislaciones comparadas han reencusado estas concepciones “totalitarias” (en rigor, la incapacitación absoluta supone la denegación total y absoluta del derecho a tomar decisiones sobre el patrimonio y sobre la persona) por concepciones mucho menos graves y restrictivas de derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Civil Alemán, el Código Civil Francés, el Código Civil de Quebec, o la Ley de Capacidad Mental del Reino Unido, donde, y como punto de partida, se establece la “presunción de capacidad” de todas las personas, y donde, además, se restringe el poder de la autoridad judicial de restringir la capacidad de obrar de la persona “únicamente” a los actos jurídicos o decisiones respecto de las cuales se alega y prueba una falta de discernimiento y, consecuentemente, necesidad de protección. En todos los demás aspectos personales y patrimoniales la persona conserva, en virtud del principio de presunción de capacidad, su derecho a tomar decisiones en nombre propio⁵⁴⁸.

4.4. La protección de la capacidad jurídica en la casuística de los órganos internacionales sobre derechos humanos

Como se ha señalado anteriormente, los órganos internacionales de derechos humanos han abordado escasamente las cuestiones relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y, por lo general cuando lo han hecho, ha sido para reafirmar el viejo paradigma del modelo tutelar. No obstante, la práctica reciente comienza a reflejar un cambio significativo en el abordaje de la temática más en consonancia con lo estipulado por la CDPD.

Fuera del contexto de los órganos internacionales de derechos humanos, como se ha señalado más arriba, el TIJ se ha limitado a señalar que las personas poseen derechos individuales oponibles frente a sujetos de derecho internacional plenos, pero sin brindar mayores fundamentos, ni tampoco aclarando si dichos derechos individuales son consecuencia o derivación del derecho a la personalidad jurídica⁵⁴⁹. Mucho menos el TIJ ha abordado las cuestiones relativas a la capacidad jurídica de los individuos. A pesar de ello, es precedente notar las reflexiones del Juez CANÇADO TRINDADE en su voto separado en el caso Diallo, cuando expresa que “*El reto que enfrenta hoy el Tribunal Mundial es de una naturaleza que va más allá de la dimensión inter-Estatal. Se*

⁵⁴⁸ BARIFFI, F., (2012) *op. cit.*

⁵⁴⁹ Véase punto 4.1 *supra*.



requiere que el Tribunal esté preparado para explorar los modos de incorporar, en su modus operandi y comenzando por su propia doctrina, el reconocimiento de la consolidación de la personalidad jurídica internacional de los individuos, y de la gradual afirmación de su capacidad jurídica internacional, para reclamar derechos que les pertenecen y no sus respectivos Estados, como sujetos de derechos y titulares de obligaciones que emanan directamente del derecho internacional, es decir, como verdaderos sujetos de derecho internacional”⁵⁵⁰.

4.4.1. Tribunales de derechos humanos

4.4.1.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIADH solo ha abordado casos sobre derechos de las personas con discapacidad en dos ocasiones⁵⁵¹, y en dichos casos no ha tratado directa o indirectamente aspectos relativos a la capacidad jurídica. Sin perjuicio de ello, la CIADH se ha referido a la capacidad jurídica de las personas en el abordaje de otros casos contenciosos, así como en el marco de sus funciones consultivas.

En primer lugar, la Corte ha señalado reiteradamente como principio general que “el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que, precisamente, se reconozca a la persona en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y que pueda ésta gozar de los derechos civiles fundamentales, lo cual implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de los derechos y deberes civiles y fundamentales”⁵⁵². Es decir, para la CIADH, la capacidad jurídica es una derivación del derecho a la personalidad jurídica. Más aún, la CIADH ha aclarado que “el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares. Dicho reconocimiento determina su existencia efectiva ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana”⁵⁵³.

⁵⁵⁰ Tribunal Internacional de Justicia, Caso Ahmadou Sadio Diallo, Sentencia de 30 de noviembre de 2010, Voto Separado del Juez Caçado Trindade, párrafo 221.

⁵⁵¹ Véase CIADH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. CIADH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246.

⁵⁵² CIADH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párrafo 109.

⁵⁵³ Ídem, párrafo 197.



En segundo lugar, la Corte ha señalado que *“Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”*⁵⁵⁴. Es decir, para la CIADH existe un deber especial de los Estados de tomar medidas especiales para garantizar el goce efectivo del derecho a la personalidad jurídica y su consecuente derivación del derecho a la capacidad jurídica respecto de personas en situación de vulnerabilidad, sin discriminación.

En tercer lugar, la Corte ha reconocido específicamente el derecho a la capacidad jurídica respecto de víctimas de violaciones graves a los derechos humanos⁵⁵⁵, e incluso respecto de comunidades indígenas⁵⁵⁶.

Finalmente, y a pesar de las observaciones de la CIADH señaladas anteriormente, la CIADH ha reafirmado el viejo modelo tutelar que justifica el derecho de los Estados de limitar o privar la capacidad jurídica de las personas, en especial respecto de niños o niñas y de personas con discapacidad mental.

En la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Niños, la Corte ha señalado que *“La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”*⁵⁵⁷. Frente a lo cual añadió que *“no existe discriminación (...) en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”*⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ CIADH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrafo 189.

⁵⁵⁵ Véase por ejemplo, CIADH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párrafo 286.

⁵⁵⁶ Véase por ejemplo, CIADH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 174.

⁵⁵⁷ CIADH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. párr. 41.

⁵⁵⁸ Ídem. párrafo 48.



Más aún, en un reciente caso la CIADH ha dejado entrever que la capacidad jurídica de una persona de ejercer en nombre propio los derechos derivados de la autoridad parental (patria potestad) podrían legítimamente ser limitados mediante la existencia de una incapacidad del padre o madre⁵⁵⁹.

4.4.1.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH cuenta con una jurisprudencia amplia y específica en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Curiosamente, a diferencia del ámbito interamericano, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce de forma expresa el derecho a la personalidad jurídica con lo cual la construcción y el tratamiento del derecho a la capacidad jurídica en la jurisprudencia del TEDH se ha desarrollado principalmente en el marco del Artículo 8 del CEDH, es decir, del derecho al respeto de la vida privada.

En *Winterwerp*, primer pronunciamiento del TEDH en materia de discapacidad mental y que se ha conformado en un verdadero dictum, el tribunal analizó, entre otras cuestiones, la relación en el derecho al debido proceso (Artículo 6.1) y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. El Tribunal señaló que la capacidad de una persona de gestionar en nombre propio sus derechos patrimoniales involucra derechos privados que afectan “derechos y obligaciones de carácter civiles” según el significado del Artículo 6(1). Adicionalmente, señaló que sin perjuicio de la justificación para privar a una persona con trastorno mental de su capacidad de administrar su patrimonio, las garantías establecidas en el Artículo 6(1) deben ser respetadas. Finalmente, el tribunal concluye que mientras la enfermedad mental puede justificar ciertas limitaciones en el ejercicio del derecho a la tutela judicial, no puede permitir la ausencia total del derecho recogido en el Artículo 6(1)⁵⁶⁰.

A pesar de las conclusiones arribadas en *Winterwerp*, el TEDH sostuvo durante décadas que la designación de un tutor a una persona privada de su capacidad jurídica no suponía una violación del artículo 6(1), en la medida que éste se encontrase facul-

⁵⁵⁹ [...el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Convención. La determinación de separar a un niño de su familia debe hacerse de acuerdo a la ley, lo cual no fue cumplido en el caso, ya que el señor Fornerón manifestó su oposición a la guarda, y no consta que haya una declaración de incapacidad que hubiese obviado este requerimiento o el cumplimiento de los demás requisitos del artículo 317 del Código Civil argentino...] CIADH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párrafo 112.

⁵⁶⁰ TEDH, *Winterwerp v. Netherlands*, Sentencia de 24 de octubre de 1979, Aplicación no. 6301/73, párrafos 73-75.



tado para ejercer en nombre del representado las garantías estipuladas en dicha norma⁵⁶¹. En *H.F. v. Slovakia*, el TEDH señaló que es evidente que la privación de la capacidad jurídica que constituye una grave violación de los derechos de la persona garantizados por el artículo 8, también incluye el derecho a la identidad y el desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. No obstante, el Tribunal observó que no es tarea del mismo sustituir a las autoridades nacionales para evaluar la capacidad jurídica de una persona, sino que debe examinar el margen de apreciación de los Estados en el marco de lo establecido en el Convenio⁵⁶².

En 2008, con la publicación de la sentencia del caso *Shtukaturov*, se generaría un cambio progresivo pero sustancial en la jurisprudencia del TEDH en materia del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (principalmente discapacidad mental e intelectual). Analizando la situación de una persona con discapacidad mental internada en un hospital psiquiátrico de Rusia, el Tribunal señaló que existía una interferencia muy seria en la vida privada del reclamante, toda vez que como resultado de su incapacitación el reclamante se encontraba totalmente dependiente de su tutor oficial en prácticamente todas las áreas de la vida. Adicionalmente, la incapacitación absoluta se había aplicado de forma indefinida, y no podía ser revisada o apelada por otra vía que por la de su tutor, el cual en dicho caso se oponía a restablecer la capacidad jurídica de su representado⁵⁶³. Asimismo, el Tribunal concluyó que la decisión de privación de la capacidad jurídica del reclamante se basó exclusivamente en un informe médico que más allá de sostener su conducta agresiva y antisocial, no lograba explicar qué tipo de acciones el reclamante se encontraba impedido de comprender o controlar. Para el tribunal, la incidencia de la enfermedad del reclamante era confusa, al igual que sus posibles consecuencias para la vida social, la salud, y los intereses patrimoniales⁵⁶⁴. Finalmente, el TEDH reformula su principio fundamental, que establece que “la existencia de un desorden mental, incluso de uno severo, no puede ser la única razón para justificar la incapacitación absoluta⁵⁶⁵”. Esta conclusión se podía entrever en *Winterwerp*, aunque en dicho pronunciamiento el TEDH lo plantea específicamente en el contexto del Artículo 6(1). A partir de *Shtukaturov*, el TEDH establece este cri-

⁵⁶¹ Véase por ejemplo: TEDH, *Egger v. Austria*, Sentencia de 11 de octubre de 1993, Aplicación no. 15780/89; TEDH, *Bosci v. Hungary*, Sentencia de 21 de mayo de 1998, Aplicación no. 24240/94; TEDH, *Matter v. Slovakia*, Sentencia de 5 de julio de 1999, Aplicación no. 31534/96.

⁵⁶² TEDH, *H.F. v. Slovakia*, Sentencia de 8 de noviembre de 2005, Aplicación no. 54797/00, párrafos 47-48.

⁵⁶³ TEDH, *Shtukaturov v. Rusia*, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Aplicación no. 44009/05, párrafo 90.

⁵⁶⁴ *Ídem*, párrafo 93.

⁵⁶⁵ *Ídem*, párrafo 94.



terio en el marco de los derechos humanos en su conjunto. Como se verá a continuación, esto ha permitido al TEDH extender esta interpretación al ejercicio de derechos de familia (matrimonio y adopción), o derechos políticos (voto).

En *X. v. Croacia*, el TEDH tuvo oportunidad de analizar una reclamación de una persona con discapacidad mental que había sido incapacitada, y que alegaba violación del Artículo 8, ya que su hija había sido dada en adopción sin haber sido notificada de ello o de poder ser parte en dicho proceso. Al respecto, el tribunal indicó que pese a no haberse acreditado una decisión judicial que privase a la reclamante de sus derechos parentales, su hija había sido dada en adopción mediante un proceso en el cual la madre no había podido participar de ninguna forma posible. El Tribunal reconoce que la reclamante (madre) había sido privada de su capacidad jurídica, pero pese a ello, “encuentra dificultad en aceptar que toda persona privada de su capacidad de obrar deba ser automáticamente excluida de un proceso de adopción que involucra a su hijo como en el presente caso”. Sin perjuicio de la importancia de estas conclusiones, el TEDH no indica que la reclamante debía conservar sus derechos parentales, sino, más bien, que debía haber podido presenciar el proceso y tener la posibilidad de ser oída⁵⁶⁶.

En *Salontaji-Drobnjak*, las autoridades nacionales de Serbia habían incapacitado al reclamante como medida para evitar una presumible compulsión del mismo de demandar abusivamente a empleadores, a terceras personas y al Estado. A pesar de ello, el TEDH consideró que la limitación de la capacidad jurídica del demandante había sido muy grave ya que le privó absolutamente de ser parte de forma independiente en acciones judiciales, solicitud de pensión de invalidez, decidir sobre su propio tratamiento médico, o incluso obtener un préstamo. Asimismo, el Tribunal observó que el procedimiento de incapacitación en los tribunales nacionales había sido deficiente y, cuatro años más tarde, aún no había reexaminado su decisión a pesar de las numerosas solicitudes de la misma. El Tribunal concluyó que, si bien debía existir un mecanismo legal para proteger al reclamante como litigante temerario, resultaba abusiva y desproporcionada la medida de “limitar absolutamente la capacidad jurídica” del reclamante con todas sus consecuencias jurídicas⁵⁶⁷.

En *Alajos Kiss*, el Tribunal encuentra al Estado responsable de violar el artículo 3 del Protocolo nº 1 por denegarle el derecho al Sr. Kiss a participar en las elecciones nacionales de 2009 por motivo de encontrarse bajo un régimen de tutela parcial. El Tribunal reconoce, en relación con el derecho a la participación política (activa y pasiva),

⁵⁶⁶ TEDH, *X. v. Croatia*, Sentencia de 17 de Julio de 2008, Aplicación no. 11223/04, párrafo 53.

⁵⁶⁷ TEDH, *Salontaji-Drobnjak v. Serbia*, Sentencia de 13 de octubre de 2009, Aplicación no. 36500/05, párrafo 144.



que existe lugar para limitaciones implícitas y se debe reconocer a los Estados Partes un margen de apreciación en este sentido. No obstante, establece que para evaluar las limitaciones al derecho a la participación política (activa y pasiva) se debe determinar si las condiciones no menoscaban el derecho en cuestión al punto de impedir su esencia y privarlo de efectividad, esto es: que sean impuestos en miras de un objetivo legítimo y que los medios empleados no sean desproporcionados. El Tribunal manifiesta que no puede aceptar que una restricción absoluta al voto de cualquier persona que se encuentre bajo un régimen de tutela y sin distinción de sus facultades actuales pueda considerarse como un margen de apreciación aceptable. Más aún, el Tribunal observa que si una restricción de derechos fundamentales se aplica particularmente respecto de grupos sociales vulnerables que han sido históricamente discriminados, como es el caso de las personas con discapacidad mental, entonces el margen de apreciación del Estado se reduce considerablemente, y debe, por tanto, justificar razones de peso para sostener dicha restricción⁵⁶⁸.

En *Krušković*, un caso donde el reclamante demanda al Estado Croata por no permitirle reconocer a su hijo, pese a la conformidad de la madre, debido a que se encontraba privado de su capacidad jurídica, el TEDH señaló que es aceptable que las restricciones a los derechos de las personas privadas de su capacidad jurídica, incluso en los casos que afectan las esferas de la vida privada y familiar, no están en principio en contradicción con las exigencias del Artículo 8 del Convenio. No obstante, estas restricciones deben, en principio, estar sujetas a garantías procesales efectivas. El Tribunal determina que existe violación del Artículo 8 en tanto que el Estado Croata no otorgó al reclamante ninguna posibilidad de brindar su descargo en relación con el reconocimiento de la paternidad del que consideraba su hijo al haberle privado de su capacidad jurídica, privación que incluye indirectamente, la posibilidad de ejercer en nombre propio el derecho al reconocimiento de la paternidad⁵⁶⁹.

En *Stanev*, un caso donde el reclamante es ingresado involuntariamente en un hospital psiquiátrico, el TEDH expresa “que existen situaciones donde los deseos de una persona impedida en sus facultades mentales pueden ser válidamente reemplazados por los de otra persona que actúe en el marco de una medida de protección y que, en ocasiones, resulta difícil determinar los verdaderos deseos y preferencias de la persona en cuestión”⁵⁷⁰. No obstante el Tribunal reitera su doctrina que el hecho de que una

⁵⁶⁸ TEDH, *Alajos Kiss v. Hungary*, Sentencia de 20 de mayo de 2010, Aplicación no. 38832/06), párrafo 42

⁵⁶⁹ TEDH, *Krušković v. Croatia*, Sentencia de 21 de junio de 2011, Aplicación no. 46185/08, párrafos 30-32.

⁵⁷⁰ TEDH, *Stanev v. Bulgaria*, Sentencia de 17 de enero de 2012, Aplicación no. 36760/06, párrafo 130.



persona esté privada de ejercer su capacidad jurídica no necesariamente implica que la misma esté incapacitada de comprender una situación determinada. El Tribunal concluye que en el caso bajo análisis el ingreso involuntario en un hospital del reclamante “fue consecuencia directa de su estado de salud mental, de la declaración de incapacidad parcial y de la designación de un tutor⁵⁷¹”.

En D.D. v. Lituania, un caso con grandes similitudes a Stanev, el TEDH señaló que “cuando una persona capaz de expresar su punto de vista es privada de su libertad por requerimiento de su tutor, y sin perjuicio de estar privada de su capacidad jurídica, debe tener la posibilidad de cuestionar u oponerse a dicho internamiento ante un tribunal con representación legal independiente⁵⁷²”.

Finalmente en Sýkora, el TEDH ha declarado que “cualquier privación o limitación de la capacidad jurídica debe basarse en pruebas fiables concluyentes. El informe médico del experto debe explicar los tipos de acciones que la persona se encuentra imposibilitada de comprender o controlar, y cuáles son las consecuencias de la enfermedad para su vida social, la salud, los intereses patrimoniales, etc.⁵⁷³”.

4.4.2. Órganos de tratados

Los órganos de tratados de derechos humanos han abordado escasamente las cuestiones relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en sus procedimientos de trabajo (Observaciones Generales, Observaciones Finales a los Informes de los Estados, y Comunicaciones Individuales). No obstante, se trata de un fenómeno que comienza a revertirse paulatinamente desde la entrada en vigor de la CDPD. Adicionalmente, algunas referencias a la capacidad jurídica pueden apreciarse en materia de derechos de las mujeres y de los niños y niñas.

4.4.2.1. Observaciones Generales

Comité de Derechos Humanos:

En la Observación general N° 19 el CteDH destaca que “en el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto se reafirma el derecho del hombre y de la mujer de contraer matrimonio y de fundar una familia si tienen edad para ello. En el párrafo 3 del mismo artículo se

⁵⁷¹ Ídem, párrafo 154.

⁵⁷² TEDH, D.D. v. Lituania, Sentencia de 14 de febrero de 2012, Aplicación no. 13469/06, párrafo 166.

⁵⁷³ TEDH, Sýkora v. the Czech Republic, Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Aplicación no. 23419/07, párrafo 103.



establece que el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. En los informes de los Estados Partes debería indicarse si existen restricciones o impedimentos al ejercicio del derecho a contraer matrimonio sobre la base de factores especiales como el grado de parentesco o la incapacidad mental⁵⁷⁴”.

En la Observación general N° 25 el CteDH adopta un criterio que hoy día parece encontrarse en contradicción con lo estipulado por la CDPD (Artículos 12 y 29). El Comité señala que “cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. Por ejemplo, puede ser razonable exigir que, a fin de ser elegido o nombrado para determinados cargos, se tenga más edad que para ejercer el derecho de voto, que deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos. El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público⁵⁷⁵”.

En la Observación General n° 28, el CteDH expresa que el “derecho que enuncia el artículo 16 en el sentido de que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica es particularmente pertinente en el caso de la mujer, que suele verlo vulnerado en razón de su sexo o su estado civil. Este derecho supone que no se puede restringir en razón del estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad de la mujer para ejercer el derecho de propiedad, concertar un contrato o ejercer otros derechos civiles⁵⁷⁶”.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales

En la Observación General n° 5, el CteDESC observa que “las medidas contra la discriminación deberían basarse en el principio de la igualdad de derechos para las personas con discapacidad y para las personas que no tienen discapacidad (...) Las políticas en materia de incapacidad deben asegurar el acceso de los impedidos a todos los servicios de la comunidad⁵⁷⁷”.

⁵⁷⁴ Observación general N° 19 sobre “La familia (artículo 23)” del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 39° período de sesiones (1990), párrafo 4. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).

⁵⁷⁵ Observación General No. 25, Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), párrafo 4.

⁵⁷⁶ Observación general N° 28, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (art. 3), Comité de Derechos Humanos de la ONU, 68° período de sesiones (2000), párrafo 19. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I))

⁵⁷⁷ Observación General Nro. 5, las personas con discapacidad, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1994, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004, párrafo 17.



En la Observación General n° 16, el CteDESC indica que “las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias⁵⁷⁸”.

En la Observación General n° 20, el CteDESC expresa que “el carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad. En las observaciones generales y finales del Comité se han señalado varios de estos motivos, que se describen en mayor detalle a continuación, aunque sin intención de ser exhaustivos. Otros posibles motivos prohibidos de discriminación podrían ser la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria, o una intersección de dos causas prohibidas de discriminación, como en el caso que se deniega un servicio social a alguien por ser mujer y tener una discapacidad⁵⁷⁹”.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

En la Observación General n° 21, el CteEFDM señala que en “en algunos países, el derecho de la mujer a litigar está limitado por la ley o por su acceso al asesoramiento jurídico y su capacidad de obtener una reparación en los tribunales. En otros países, se respeta o da menos importancia a las mujeres en calidad de testigos o las pruebas que presenten que a los varones. Tales leyes o costumbres coartan efectivamente el derecho de la mujer a tratar de obtener o conservar una parte igual del patrimonio y menoscaban su posición de miembro independiente, responsable y valioso de la colectividad a que pertenece. Cuando los países limitan la capacidad jurídica de una

⁵⁷⁸ Observación general N° 16 (2005), La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Párrafo 14.

⁵⁷⁹ Observación General n°20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párrafo 27.



mujer mediante sus leyes, o permiten que los individuos o las instituciones hagan otro tanto, le están negando su derecho a la igualdad con el hombre y limitan su capacidad de proveer a sus necesidades y las de sus familiares a cargo⁵⁸⁰. Adicionalmente, el CteDESC declara que “toda ley o costumbre que conceda al hombre el derecho a una mayor parte del patrimonio al extinguirse el matrimonio o el amancebamiento o al fallecer un pariente es discriminatoria y tendrá graves repercusiones en la capacidad práctica de la mujer para divorciarse, para mantenerse, para sostener a su familia o para vivir dignamente como persona independiente⁵⁸¹. Finalmente, “el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas⁵⁸²”.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

En la Recomendación General n° 29, el CteEDR señala una serie de medidas que los Estados deben adoptar a los efectos de evitar la discriminación basada en la ascendencia por la presencia de diversos factores, entre los que incluye “incapacidad o capacidad limitada para modificar la condición hereditaria⁵⁸³”.

Comité sobre los Derechos del Niño

En la Observación General n° 1, el CteDN al establecer los propósitos de la educación, señala “que el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias”, a lo cual añade que “los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas⁵⁸⁴”.

Por su parte en la Observación General n° 4, el CteDN indica que es igualmente “fundamental en la realización de los derechos del niño a la salud y el desarrollo, el

⁵⁸⁰ Recomendación General n° 21, (13° período de sesiones, 1994), La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Párrafo 8.

⁵⁸¹ Párrafo 28.

⁵⁸² Párrafo 36.

⁵⁸³ Recomendación general N° XXIX relativa a la discriminación basada en la ascendencia, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 61° período de sesiones (2002).

⁵⁸⁴ Observación general N° 1 (Propósito de la Educación) Comité sobre los Derechos del Niño, 26° período de sesiones (2001) (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párrafo 9.



derecho a expresar su opinión libremente y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones (art. 12). Los Estados Partes necesitan tener la seguridad de que se da a los adolescentes una posibilidad genuina de expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que le afectan, especialmente en el seno de la familia, en la escuela y en sus respectivas comunidades. Para que los adolescentes puedan ejercer debidamente y con seguridad este derecho las autoridades públicas, los padres y cualesquiera otros adultos que trabajen con los niños o en favor de éstos necesitan crear un entorno basado en la confianza, la compartición de información, la capacidad de escuchar toda opinión razonable que lleve a participar a los adolescentes en condiciones de igualdad, inclusive la adopción de decisiones⁵⁸⁵”.

Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) (OEA)

Seguramente el planteo más claro y vanguardista en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad efectuado por un organismo internacional de derechos humanos sea la reciente “Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁸⁶”.

La Observación menciona que “la mayoría de los Códigos Civiles, principalmente, de los Estados de la región, mantienen en sus normativas legales institutos jurídicos como la declaración de insania y la curatela como forma de representación legal de las personas con discapacidad, particularmente, personas sordas y personas con discapacidad mental o intelectual y que dichas instituciones deben ser revisadas en el marco de lo establecido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de la O.N.U. por mandato del artículo 4.1 inciso a) y b) de dicha Convención”.

En cuanto al mandato de naturaleza jurídica el Comité resuelve “Instar a los Estados partes a que efectúen un estudio comparativo entre su legislación interna y el Derecho

⁵⁸⁵ Observación general N° 4(La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño) Comité sobre los Derechos del Niño, 33° período de sesiones (2003), (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párrafo 8.

⁵⁸⁶ Adoptada en la Primera Reunión Extraordinaria del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, OEA/ Ser.L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 4 y 5 de Mayo de 2011



nacional de los demás Estados parte en la Convención Interamericana, en lo que respecta a las disposiciones sobre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a fin de asegurarse que efectivamente mantienen una regulación acorde con sus necesidades desde todos los estratos sociales, y con la realidad institucional del país, pero en el marco del artículo 12 de la Convención de la ONU⁵⁸⁷. En cuanto al mandato de naturaleza práctica el Comité resuelve: “ Solicitar al Secretario General de la OEA disponer, a través de sus instancias jurídicas pertinentes, la revisión del artículo I.2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, con el objeto de armonizarlo con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad de las Naciones Unidas, recomendando lo más conveniente, sea su inaplicación práctica, o su derogación⁵⁸⁸. ”

Finalmente, se decide “ Instar a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo⁵⁸⁹. ”

La Observación del Comité de la OEA es de trascendencia porque no deja lugar a dudas respecto de la consideración del modelo de sustitución en la toma de decisiones como un modelo discriminatorio, y asimismo porque insta a la edificación de todo un sistema que garantice el apoyo para la toma de decisiones como parte de la garantía de igualdad. En este sentido, se hace necesario comprender que, como afirman Bach y Kerzner, desde el modelo social de discapacidad la definición de capacidad jurídica no se concentra en los atributos o limitaciones individuales de la persona, sino más bien en las barreras sociales, económicas y legales que la persona enfrenta a la hora de formular o ejecutar decisiones personales, y en el apoyo y los ajustes que requieren ser dados para facilitar la toma de decisiones⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, punto 1.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, punto 2

⁵⁸⁹ *Ibidem*, punto 3

⁵⁹⁰ BACH, M. & KERZNER, L., (2010) *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Prepared for the Law Commission of Ontario, October 2010, p. 18



Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Como se ha mencionado ya, en abril de 2014 el CteCDPD ha adoptado la Observación General N° 1 sobre el artículo 12 “Igual reconocimiento como persona ante la ley”. Dada la relevancia de dicho documento para el objeto del presente trabajo, el mismo será abordado en detalle en el Capítulo 5.

4.4.2.2. *Observaciones Finales a los Informes de los Estados*

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El CteCDPD señala en las Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” en relación con el artículo 12 que “...Este artículo reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Los Estados partes informarán sobre: • Las medidas adoptadas para asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, en particular las medidas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a mantener su integridad física y mental, a la plena participación como ciudadanos, a ser propietarias y heredar bienes, a controlar sus propios asuntos económicos y a acceder en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y su derecho a no ser privadas de sus bienes de manera arbitraria; • Si existe o no legislación que restrinja la plena capacidad jurídica por razón de discapacidad, así como las medidas adoptadas para ajustarse al artículo 12 de la Convención; • El apoyo de que disponen las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica y manejar sus finanzas;...”⁵⁹¹.

Consecuentemente, era de esperar que el CteCDPD abordara con gran énfasis la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el marco de las primeras observaciones finales a los informes de los Estados.

En las Observaciones Finales al Informe de Túnez, de 2011, el CteCDPD “recomienda que el Estado Parte revise las leyes relativas a la tutela y la curatela y adopte medidas legislativas y de política para convertir esos regímenes de sustitución en la adopción de decisiones en uno de asistencia para la adopción de decisiones”⁵⁹².

⁵⁹¹ CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009, p. 10.

⁵⁹² CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011, párrafo 23.



En las Observaciones Finales al Informe de España, de 2011, el CteCDPD vuelve a reiterar la misma observación respecto del estado tunecino, añadiendo al final que el régimen de asistencia para la toma de decisiones “respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”⁵⁹³. Asimismo, el Comité deplora “que los tutores que representan a personas con discapacidad consideradas “legalmente incapacitadas” puedan legalmente consentir en que se terminen o se suspendan el tratamiento médico, la nutrición u otros medios de sustentación de la vida de esas personas”⁵⁹⁴. También el Comité solicita al Estado “que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada”⁵⁹⁵. Finalmente, el Comité señala su preocupación de que en España “se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución”⁵⁹⁶.

En las Observaciones Finales al Informe de Perú, de 2012, el CteCDPD “recomienda al Estado Parte que derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención”. Adicionalmente, el Comité “insta al Estado Parte a que modifique el Código Civil con el fin de garantizar adecuadamente a todas las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos civiles, en particular el derecho a contraer matrimonio”⁵⁹⁷. Luego, el Comité recomienda al Estado Peruano que “restituya el derecho de voto a todas las personas con discapacidad que están excluidas del registro electoral, en particular las personas con discapacidad que hubieran estado sujetas a interdicción judicial”⁵⁹⁸. Finalmente, el Comité expresa su preocupación porque normativa doméstica (de tipo administrativa) “permita, como método anticonceptivo, esterilizar a las personas “mentalmente incompetentes” sin su consentimiento libre e informado”⁵⁹⁹.

En las Observaciones Finales al Informe de Argentina, de 2012, el CteCDPD “urge al Estado Parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica”⁶⁰⁰. En relación con el Artículo 25, el Comité expresa su preocupación sobre los obstáculos en el sistema de salud del Estado Parte como las “restricciones

⁵⁹³ CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 34.

⁵⁹⁴ Ídem, 29.

⁵⁹⁵ Ídem, 36.

⁵⁹⁶ Ídem, párrafo 47.

⁵⁹⁷ CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafos 25 y 27.

⁵⁹⁸ Ídem, párrafo 45(a).

⁵⁹⁹ Ídem, párrafo 34.

⁶⁰⁰ CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 20.



en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para tomar decisiones sobre sus propios tratamientos⁶⁰¹". En relación con el Artículo 29, el Comité recomienda que el Estado Argentino "revise el Código Electoral y haga las modificaciones necesarias para alinearlos con los estándares de la Convención, en particular en materia de capacidad jurídica y el ejercicio del derecho al voto en igualdad de condiciones"⁶⁰². Finalmente, en relación con el Artículo 31, el Comité "subraya la importancia de disponer de datos actualizados que permitan conocer con precisión la situación de sectores específicos de personas con discapacidad que puedan estar sujetas a múltiples formas de exclusión, en particular, las mujeres, la infancia, las personas institucionalizadas, aquellas que han sido privadas de su capacidad jurídica⁶⁰³".

En las Observaciones Finales al Informe de China, de 2012, el CteCDPD reitera sus conclusiones anteriores sobre la necesidad de "reemplazar los regímenes de sustitución de la capacidad de obrar por un sistema que sirva de complemento de dicha capacidad", y adicionalmente recomienda al Estado Chino que "prepare, regule y aplique un sistema que sirva de complemento de la capacidad de obrar que incluya lo siguiente: a) Reconocimiento de la capacidad de obrar de todas las personas y del derecho a ejercerla; b) Ajustes y mecanismos de acceso en apoyo, en caso necesario, del ejercicio de la capacidad de obrar; c) Normas que garanticen que el complemento de la capacidad de obrar respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona y establecimiento de mecanismos de información para asegurarse de que ese complemento satisfaga las necesidades de la persona; d) Arreglos para la promoción y el establecimiento de sistemas de complemento de la capacidad de obrar"⁶⁰⁴. En relación con el Artículo 13, el Comité "propone que el Estado Parte revise sus leyes de procedimiento civil y penal a fin de exigir el establecimiento de ajustes procedimentales para que las personas con discapacidad que intervengan en el sistema judicial lo hagan como sujetos de derechos y no como objetos de protección⁶⁰⁵".

En las Observaciones Finales al Informe de Hungría, de 2012, el CteCDPD recomienda al Estado Parte que adopte "medidas inmediatas encaminadas a eliminar la tutela a fin de que, en materia de toma de decisiones, se pase del modelo de sustitución al de asistencia, que respeta la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona y se ajusta plenamente al artículo 12 de la Convención, en particular con respecto al derecho de la persona, en su propia capacidad, a dar y retirar el consentimiento infor-

⁶⁰¹ Ídem, párrafo 39.

⁶⁰² Ídem, párrafo 48.

⁶⁰³ Ídem, párrafo 49.

⁶⁰⁴ CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 22.

⁶⁰⁵ Ídem, párrafo 24.



mado para el tratamiento médico, acceder a la justicia, votar, casarse, trabajar y elegir un lugar de residencia⁶⁰⁶". En relación con el Artículo 15, el Comité insta al Estado Parte a que modifique la Ley de salud y a que "derogue las disposiciones de esta que establecen un marco jurídico que permite someter a las personas con discapacidad cuya capacidad jurídica esté limitada a experimentos médicos sin su consentimiento libre e informado"⁶⁰⁷. Asimismo, en relación con el Artículo 29, el Comité expresa su preocupación por "la nueva Constitución del Estado Parte según la cual un juez puede privar del derecho de voto a las personas con "capacidad mental limitada", y que la legislación permita limitar el derecho de voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si dichas personas han sido privadas de su capacidad jurídica⁶⁰⁸".

En las *Observaciones Finales al Informe de Austria*, de 2012, el CteCDPD recomienda al Estado Parte que "reemplace la sustitución en la toma de decisiones por el apoyo a la toma de decisiones de las personas con discapacidad y que vele más por que las personas con discapacidad tengan acceso a mecanismos de apoyo a la toma de decisiones y no queden sujetas a tutela. Recomienda que los mecanismos de apoyo a la toma de decisiones respeten la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona y se ajusten plenamente al artículo 12 de la Convención, entre otras cosas con respecto al derecho de la persona, a título individual, a dar y retirar el consentimiento informado para el tratamiento médico, acceder a la justicia, votar, casarse, trabajar y elegir un lugar de residencia⁶⁰⁹".

En las *Observaciones Finales al Informe de El Salvador*, de 2012, el CteCDPD recomienda al Estado Parte reemplazar el régimen de interdicción basado en la discapacidad por un mecanismo de apoyo en el proceso de toma de decisiones que sea respetuoso de la autonomía, voluntad y preferencias de la persona y adoptar medidas inmediatas con la participación de las organizaciones de personas con discapacidad para desarrollar los servicios de apoyo apropiados en la toma de decisiones, en consonancia con las provisiones de la Convención⁶¹⁰". En relación con el artículo 14, el Comité "llama al Estado parte a abolir las normas que autorizan la privación de libertad en razón de la discapacidad, que atribuyen a la discapacidad la posibilidad de generar daño para sí mismo u otras personas o le adscriben la necesidad de cuidado y tratamiento, y establecer los procedimientos idóneos para que los servicios de salud, incluida la salud mental, proceda únicamente previo el consentimiento libre e informado

⁶⁰⁶ CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafo 26.

⁶⁰⁷ Ídem, párrafo 30.

⁶⁰⁸ Ídem, párrafo 45.

⁶⁰⁹ CRPD/C/AUT/CO/1, 30 de septiembre de 2013. Párrafo 28.

⁶¹⁰ CRPD/C/SLV/CO/1, 13 de septiembre de 2013. párrafo 28



de la persona interesada⁶¹¹". Respecto de la protección contra la tortura, el Comité "recomienda al Estado parte prohibir y prevenir la práctica de experimentos médicos o científicos en las personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado"⁶¹². En materia de protección de la integridad personal, el Comité "recomienda al Estado parte remover de su legislación las disposiciones que permiten la esterilización de mujeres con discapacidad sin su consentimiento y prevenir e investigar la práctica de abortos como consecuencia de abusos sexuales"⁶¹³, y respecto de la protección del hogar y la familia manifiesta su preocupación respecto de "el régimen de privación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial y a las personas con discapacidad auditiva, y otras barreras que les impiden contraer matrimonio y ejercer sus derechos en el ámbito de la familia, la maternidad y las relaciones personales"⁶¹⁴.

En las Observaciones Finales al Informe de Australia, de 2012, el CteCDPD recomienda al Estado Parte que "utilice eficazmente el proceso de investigación en curso para adoptar medidas inmediatas encaminadas a reemplazar la sustitución en la toma de decisiones por un apoyo en la toma de decisiones, y que ofrezca un amplio abanico de medidas que respeten la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona y sean plenamente conformes con el artículo 12 de la Convención, particularmente en lo tocante al respeto del derecho de la persona, en el ejercicio de su propia capacidad, a dar o retirar su consentimiento informado para recibir tratamiento médico, acceder a la justicia, votar, contraer matrimonio y trabajar"⁶¹⁵. En relación con la protección de la libertad y seguridad personal, el Comité "recomienda al Estado Parte derogar toda ley que autorice la realización de intervenciones médicas sin el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad interesadas, el confinamiento forzoso de personas en centros de salud mental o la imposición de tratamientos obligatorios, ya sea en instituciones o en la comunidad, mediante órdenes de tratamiento en la comunidad"⁶¹⁶. Finalmente, respecto de la protección de la integridad personal, el Comité "insta al Estado Parte a que adopte una legislación nacional uniforme que prohíba la esterilización de los niños y las niñas con discapacidad, así como de los adultos con discapacidad, sin su consentimiento previo, libre y plenamente informado"⁶¹⁷.

⁶¹¹ Ídem, párrafo 32.

⁶¹² Ídem, párrafo 34.

⁶¹³ Ídem, párrafo 38.

⁶¹⁴ Ídem, párrafo 47.

⁶¹⁵ CRPD/C/AUS/CO/1, 21 de octubre de 2013, párrafo 25.

⁶¹⁶ Ídem, párrafo 34.

⁶¹⁷ Ídem, párrafo 40.



En las Observaciones Finales al Informe de Costa Rica, de 2013, el CteCDPD recomienda al Estado Parte que “establezca mecanismos de salvaguarda necesarios para las personas con discapacidad y desarrolle un modelo de apoyo en el proceso de toma de decisiones que sea respetuoso de la autonomía, voluntad y preferencias de la persona, así como el respeto de su derecho al consentimiento libre e informado para recibir tratamiento médico, acceder a la justicia, votar, contraer matrimonio y elegir un lugar de residencia, entre otros”⁶¹⁸.

Comité de Derechos Humanos

En las Observaciones Finales al Tercer Informe Periódico de Bulgaria, de 2011, el CteDH, expresa su preocupación por que “las personas con discapacidad mental no tengan acceso a salvaguardias procesales y sustantivas adecuadas que las protejan de restricciones desproporcionadas de su disfrute de los derechos que les garantiza el Pacto. En particular, preocupa al Comité que las personas privadas de su capacidad jurídica no tengan recurso a medios para impugnar las violaciones de sus derechos, que no exista ningún mecanismo independiente de inspección de las instituciones de salud mental y que el sistema de tutela prevea a menudo la participación de agentes de la misma institución en que se encuentra recluida la persona (arts. 2, 9, 10, 25 y 26). El Estado Parte debería: a) Revisar su política de privar de su capacidad jurídica a las personas con discapacidad mental y establecer la necesidad y proporcionalidad de toda medida caso por caso con salvaguardias procesales eficaces, velando en toda circunstancia por que todas las personas privadas de su capacidad jurídica puedan obtener con prontitud una revisión judicial efectiva de las decisiones; b) Velar por que las personas con discapacidad mental o sus representantes legales puedan ejercer el derecho a un recurso eficaz contra las violaciones de sus derechos, y considerar la posibilidad de proporcionar alternativas menos restrictivas al confinamiento y tratamiento forzoso de las personas con discapacidad mental;...”⁶¹⁹.

En las Observaciones Finales al Sexto Informe Periódico de la Federación Rusa, de 2009, el CteDH “expresa su preocupación por el elevado número de personas con discapacidad mental que son privadas de su capacidad jurídica en el Estado Parte y por la ausencia aparente de salvaguardias adecuadas, sustantivas y de procedimiento, contra las restricciones desproporcionadas al goce de los derechos que el Pacto garan-

⁶¹⁸ CRPD/C/CRI/CO/1, 12 de mayo de 2014, párrafo 22. El mismo lenguaje es utilizado por el Comité al analizar el Informe de Suecia CRPD/C/SWE/CO/1, 12 de mayo de 2014, párrafo 34; o de Azeibaijan CRPD/C/AZE/CO/1, 12 de mayo de 2014, párrafo 27.

⁶¹⁹ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al tercer informe periódico presentado por Bulgaria, CCPR/C/BGR/CO/3, 19 de agosto de 2011, párrafo 17.



tiza a esas personas. En particular, el Comité está preocupado por la falta de salvaguardias de procedimiento y de recursos de apelación contra las decisiones judiciales, basadas en la mera existencia de un diagnóstico psiquiátrico, que privan a las personas de su capacidad jurídica, y contra las decisiones de internamiento que con frecuencia siguen a la incapacitación jurídica de la persona. Al Comité le preocupa igualmente que las personas privadas de capacidad jurídica no dispongan de recursos judiciales para impugnar otras violaciones de sus derechos, incluidos los malos tratos o los insultos de los guardianes y/o el personal de las instituciones en que estén internadas, lo que se ve agravado por la ausencia de un mecanismo independiente de inspección de las instituciones de salud mental (arts. 9 y 10). El Estado Parte debería: a) Revisar su política de privar de su capacidad jurídica a las personas con discapacidad mental y determinar la necesidad y la proporcionalidad de toda medida de ese tipo en cada caso y previendo salvaguardias efectivas de procedimiento, asegurándose en cualquier eventualidad de que todas las personas privadas de su capacidad jurídica tengan acceso fácil a una revisión judicial efectiva de la decisión original y, cuando sea pertinente, de la decisión de internarlas; b) Asegurarse de que las personas con discapacidad mental puedan ejercer el derecho a un recurso efectivo contra las violaciones de sus derechos y considerar la posibilidad de prever alternativas menos restrictivas a la reclusión y el tratamiento forzoso de las personas con discapacidad mental;...⁶²⁰.

En las Observaciones Finales al Tercer Informe Periódico de Panamá, de 2008, el CteDH expresa su preocupación por que, “según el artículo 12 de la Constitución, el Estado podrá negar una solicitud de naturalización por razones de incapacidad física o mental. (Artículo 2 del Pacto). El Estado Parte debería modificar la Constitución con miras a eliminar de la misma esta disposición discriminatoria, que resulta contraria al Pacto”⁶²¹.

En las Observaciones Finales al Segundo Informe Periódico de la República Checa, de 2007, el CteDH “observa con preocupación que el confinamiento en los hospitales psiquiátricos pueda basarse en meros "indicios de enfermedad mental". Deplora que en las inspecciones judiciales de las admisiones de pacientes en instituciones psiquiátricas no se garantice suficientemente el respeto de las opiniones de los pacientes, y que a veces se otorgue la tutela a abogados que no se reúnen con el paciente (arts. 9 y 16). El Estado Parte debería asegurarse de que no se llevaran a cabo confinamientos psiquiátricos innecesarios desde el punto de vista médico, de que se provea una tutela

⁶²⁰ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al Sexto Informe Periódico de la Federación Rusa, CCPR/C/RUS/CO/6, 24 de noviembre de 2009, párrafo 19.

⁶²¹ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al Tercer Informe Periódico de Panamá, CCPR/C/PAN/CO/3, 17 de abril de 2008, párrafo 8.



apropiada a todas las personas sin plena capacidad jurídica y de que en cada caso se proceda a una inspección judicial efectiva de la licitud de la admisión y el confinamiento de esas personas en las instituciones de salud⁶²².

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En las Observaciones Finales al Informe Inicial de Mauritania, de 2012 el CteDESC “observa con preocupación que los matrimonios precoces siguen siendo corrientes en el Estado Parte y que una persona sin capacidad jurídica puede ser parte en un contrato de matrimonio sin su consentimiento, si su tutor entiende que ello redundaría en interés de la persona (art. 10). El Comité insta al Estado Parte a impedir los matrimonios precoces contraídos antes de la edad mínima legal de 18 años y a modificar el artículo 6 del Código del Estatuto Personal para asegurarse de que los matrimonios se contraen con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”⁶²³.

En las Observaciones Finales al Segundo Informe Periódico de la República de Moldova, de 2011, el CteDESC expresa su preocupación por “el trato que reciben los pacientes de servicios psiquiátricos que se ven privados de capacidad jurídica por la junta medicopsiquiátrica, carecen de medios en algunos pabellones para satisfacer sus necesidades básicas, no tienen acceso diario a una ducha ni a un teléfono público en la mayoría de los pabellones y a los cuales se dan presuntamente medicamentos con carácter punitivo cuando se oponen al tratamiento. Preocupa asimismo al Comité la falta de una supervisión independiente y eficaz del trato que se da a los pacientes en las instituciones psiquiátricas (art. 12). El Comité recomienda al Estado Parte que adopte medidas para ofrecer formas alternativas de tratamiento psiquiátrico, en particular, tratamiento ambulatorio. En aquellos casos en que el internamiento en una institución psiquiátrica sea la única alternativa, el Comité exhorta al Estado Parte a que garantice el pleno respeto de los derechos humanos de los pacientes, en particular mediante una supervisión independiente y eficaz del tratamiento que se les da en dichas instituciones y el control judicial efectivo del internamiento psiquiátrico. También recomienda al Estado Parte que incorpore en su legislación la prohibición de las prácticas violentas y discriminatorias contra niños y adultos discapacitados en el contexto médico, en particular la privación de libertad, el uso de restricciones físicas y la administración forzosa de tratamientos perturbadores e irreversibles, como los medicamentos

⁶²² Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al Segundo Informe Periódico de la República Checa, CCPR/C/CZE/CO/2, 9 de agosto de 2007, párrafo 14.

⁶²³ Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Informe Inicial de Mauritania, E/C.12/MRT/CO/1, 10 de diciembre de 2012, párrafo 18.



neurolépticos o la terapia electroconvulsiva. Además, el Comité recomienda asimismo modificar las disposiciones legales vigentes en virtud de las cuales es posible la anulación o la suspensión total de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, intelectual u otra, a fin de evitar abusos. Asimismo, el Comité recomienda que se elaboren y apliquen sin demora disposiciones para una toma de decisiones asistida⁶²⁴.

⁶²⁴ Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Segundo Informe Periódico de la República de Moldava, E/C.12/MDA/CO/2, 12 de julio de 2011, párrafo 24.

Capítulo V

LAS DISPOSICIONES DE LA CDPD EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA: DETERMINACIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES IMPUESTAS A LOS ESTADOS PARTES

5.1. Introducción

Como se ha mencionado ya, la CDPD supone un cambio de paradigma en el modo de abordar la discapacidad impulsado por el modelo social de discapacidad que se impregna y propaga a lo largo de todo su articulado. Así, el marco legal establecido por el artículo 12 contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros cuando la persona enfrenta barreras o restricciones para tomar decisiones propias. Mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de “sustitución”, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la CDPD, aboga por un modelo de “apoyo”.

Las disposiciones principales relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se encuentran recogidas especialmente en el artículo 12, aunque la correcta interpretación del artículo 12 debe realizarse de modo sistemático con toda la Convención, principalmente con relación al artículo 2 (definición de discriminación por motivo de discapacidad), artículo 5 (no-discriminación), artículo 13 (acceso a la justicia), artículo 14 (libertad y seguridad), artículo 15 (protección contra tortura), artículo 16 (protección contra la explotación y malos tratos), artículo 19 (vida independiente e inclusión social), artículo 23 (relaciones de familia) y artículo 29 (derechos políticos).



El artículo 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la CDPD, es decir, garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica. Los trabajos preparatorios y todo el debate previo muestran que, si bien el modelo social fue más fácilmente aceptado con respecto a la discapacidad física o sensorial, parece que falta mucho camino por andar y muchas barreras y prejuicios que derribar en lo que a discapacidades mentales o intelectuales se trate. El modelo de apoyo en la toma de decisiones reemplaza en el texto de la CDPD al modelo de sustitución. Como principio parece aceptado, pero aún quedan por desarrollar los fundamentos teóricos del modelo de apoyos, y mucho más los métodos instrumentales de implementación en los diferentes sistemas jurídicos internos. Mientras tanto, las personas con discapacidades mentales o intelectuales viven una situación de especial vulnerabilidad en lo que al ejercicio de sus derechos fundamentales atañe. Y estos derechos se relacionan con cuestiones que tienen que ver con la institucionalización, la privación de libertad por motivo de discapacidad, las esterilizaciones forzadas por motivo de discapacidad, los experimentos médicos o científicos, los tratamientos forzados, la integridad personal y el matrimonio, entre otras tantas.

Mucho se ha dicho ya en relación con el cambio de paradigma que en materia de capacidad jurídica incorpora la CDPD. La mayoría de los pronunciamientos se refieren a este aspecto como el más innovador, y al mismo tiempo el más controversial, de la CDPD. El proceso de negociación, al igual que el proceso que se ha iniciado desde la adopción de la CDPD, demuestra una alta expectativa por parte de las propias personas con discapacidad, aunque una cierta cautela por parte de los actores políticos y legislativos. En este punto, las expectativas de la sociedad civil y las respuestas gubernamentales parecen lejos de encontrarse.

El artículo 12 de la CDPD lleva como título “Igual reconocimiento como persona ante la ley” y establece que:

- 1) Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
- 2) Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
- 3) Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*



4) *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

5) *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Debido a la importancia de cada precepto se propone a continuación un análisis de forma individualizada.

5.2. Aspectos generales del artículo 12

Como se viene afirmando a lo largo del presente trabajo, el artículo 12 debe interpretarse de forma sistemática con todo el articulado de la CDPD y en especial, en el marco del modelo social y derechos humanos que ha sido su fuente de inspiración⁶²⁵.

Desde dicha perspectiva, es posible identificar una serie de principios interpretativos que se debería aplicar de forma general al artículo 12:

⁶²⁵ PALACIOS, A., (2008), op cit; DINERSTEIN, R. D., (2012), “Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making”, en *Human Rights Brief*, vol. 19, Issue 2, pp.8-12.



En primer lugar, el artículo 12 debe considerarse como el estándar máximo de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad⁶²⁶. Debido a que se trata de una norma emergente de derecho internacional vinculante y caracterizada como *lex specialis* y *lex posteriori*, deberá prevalecer sobre cualquier otra disposición de derecho internacional, sea convencional, consuetudinaria o de derecho blando⁶²⁷.

En segundo lugar, el artículo 12 tiene como objeto asegurar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en relación con el goce y ejercicio del derecho a la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El derecho a la igualdad y a la no discriminación puede ser considerado como norma de *jus cogens* internacional, y que refleja la esencia de la CDPD⁶²⁸. Por ello, y a luz del artículo 19 de la Convención de Viena sobre los tratados, los Estados Partes de la Convención deberán abstenerse de emitir reservas o declaraciones interpretativas⁶²⁹.

En tercer lugar, el artículo 12 se aplica específicamente a personas con discapacidad. Consecuentemente, el concepto de persona con discapacidad deberá interpretarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la CDPD, es decir, deberá incluir

⁶²⁶ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...La igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los derechos humanos y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos (...)] En el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se describe en mayor profundidad el contenido de ese derecho civil, centrándose en las esferas en que tradicionalmente se les ha denegado a las personas con discapacidad. En el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos específicos que los Estados Partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 1.

⁶²⁷ Este punto se desarrolla en detalle en el capítulo siguiente.

⁶²⁸ Aunque la jurisprudencia internacional ha hecho referencia específica al principio de no discriminación racial como norma de *jus cogens*, no existe ningún motivo de peso por el cual dicha consideración no pueda hacerse extensiva a la no discriminación por otros motivos como género, edad, o discapacidad. Véase: BARRIFF F (2006), "El principio de la jurisdicción universal a la luz del carácter *jus cogens* de ciertos crímenes internacionales", en Revista Jurídica El Derecho, Universidad Católica de Buenos Aires, 18/05/2006, pp.4-9; MARIÑO MENÉNDEZ F (2005), op. cit. pp.84-87; BROWNLIE I (1998), *Principles of Public International Law*, fifth edition, Clarendon Press, p.515. En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad especifican que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo "en todas partes". En otras palabras, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 5.

⁶²⁹ Este punto se desarrolla en detalle en el capítulo siguiente.



“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁶³⁰. Esta definición deberá incluir a todas las personas que, sin perjuicio del concepto o definición adoptado a nivel nacional por parte de los Estados Partes pueden quedar comprendidas según lo estipulado en el artículo 1 de la CDPD⁶³¹.

En cuarto lugar, el artículo 12 pretende asegurar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en relación con el derecho a la personalidad y a la capacidad jurídica. El concepto de discriminación por motivo de discapacidad deberá interpretarse de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la CDPD y deberá comprender “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. No se consideran discriminatorias las medidas positivas orientadas a alcanzar la igualdad de hecho de las personas con discapacidad⁶³².

Finalmente, el artículo 12 pretende asegurar que las personas con discapacidad tengan el derecho a tomar decisiones acerca del goce y ejercicio de todos sus derechos humanos. El derecho a tomar decisiones deberá interpretarse de conformidad con lo establecido en los principios recogidos en el artículo 3 de la CDPD, por lo que deberá

⁶³⁰ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones. No obstante, los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas y la negación de la capacidad jurídica han afectado y siguen afectando de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 9.

⁶³¹ De este modo, el artículo 12 se deberá aplicar inclusive a personas con discapacidad aunque el derecho interno las denomine o defina como “dementes”, “locos”, “insanos”, o “incapaces”.

⁶³² En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...Para lograr el igual reconocimiento como persona ante la ley, no debe negarse la capacidad jurídica de modo discriminatorio. El artículo 5 de la Convención garantiza la igualdad de todas las personas ante la ley y en virtud de ella y el derecho a igual protección legal, y prohíbe expresamente toda discriminación por motivos de discapacidad (...) La negación de la capacidad jurídica con el propósito o el efecto de obstaculizar el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley es una violación de los artículos 5 y 12 de la Convención...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 32.



asegurar “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” con discapacidad⁶³³.

5.3. Artículo 12.1: reafirmando la personalidad jurídica de las personas con discapacidad

La primera parte de la norma reafirma el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, al establecer que:

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica;”

A primera vista, esta formulación no parece indicar nada nuevo o novedoso en materia de derechos humanos ya que, como se ha visto, el derecho a la personalidad jurídica se encuentra ampliamente cubierto por el derecho internacional de los derechos humanos⁶³⁴. Prueba de ello es quizás la utilización de la palabra “reafirman” que, como su propia etimología lo indica, pretende volver a afirmar un derecho previamente reconocido⁶³⁵. Sin embargo, la cláusula del artículo 12(1) de la CDPD en conexión con el objeto y fin del tratado, y, principalmente con los conceptos de “persona con discapacidad” (artículo 1) y de discriminación por motivo de discapacidad (artículo 2), nos permite interpretar otras disposiciones de la CDPD de un modo que, a primera vista, podría tener un gran impacto en las legislaciones nacionales vigentes.

En primer lugar, es preciso conectar el artículo 12(1) con el artículo 10, que reafirma el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y requiere a los Estados

⁶³³ Este es otro elemento que afirma el distanciamiento del artículo 12 en relación con los regímenes tradicionales de tutela sustitutiva, y, especialmente, de la noción de protección clásica que intenta imponer un sistema paternalista que ipso facto asume que las personas con discapacidad intelectual o mental no pueden tomar sus propias decisiones sobre actos jurídicos. Véase, en este sentido, DINERSTEIN, R. D., (2012), *op. cit.* En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...La no discriminación en el reconocimiento de la capacidad jurídica restablece la autonomía y respeta la dignidad humana de la persona, en consonancia con los principios consagrados en el artículo 3 a) de la Convención. La libertad de tomar las propias decisiones exige casi siempre el goce de capacidad jurídica. La independencia y la autonomía incluyen la facultad de lograr que se respeten jurídicamente las propias decisiones...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 33.

⁶³⁴ Véase en este sentido lo señalado en el Capítulo 4 (4.2.1)

⁶³⁵ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...En el artículo 12, párrafo 1, se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo



Partes adoptar “todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. En otras palabras, de la interpretación sistemática del artículo 12(1) con el contenido del artículo 10 de la CDPD, y en el artículo 2, que trata sobre “la discriminación basada en discapacidad”, se puede llegar a la conclusión de que cualquier acción que pudiera impedir la vida o el disfrute del derecho a la vida (y, en consecuencia, el derecho a la personalidad jurídica) debe ser considerada discriminatoria y contraria a los preceptos de la CDPD. Pensemos, por ejemplo, en aquellas legislaciones como la española, que contempla la posibilidad de interrumpir el embarazo cuando se alega que el feto pueda tener algún tipo de discapacidad⁶³⁶. También podría constituir discriminación aquellas normas o prácticas que permiten prácticas eugenésicas solo en casos de personas con discapacidad, o en prácticas que denieguen asistencia o tratamientos médicos necesarios para preservar la vida, como podría ser un trasplante de órganos, o técnicas de resucitación por motivo de discapacidad⁶³⁷.

⁶³⁶ En este sentido, cabe destacar las observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Español en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD: [... 17. El Comité toma nota de la Ley Nº 2/2010, de 3 de marzo de 2010, sobre la salud sexual y reproductiva, que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo, permite que se ponga fin al embarazo durante las primeras 14 semanas e incluye dos casos específicos en los que se amplían los plazos para el aborto si el feto tiene una discapacidad: hasta las 22 semanas de gestación cuando exista un “riesgo de graves anomalías en el feto”, y después de 22 semanas de gestación cuando, entre otras cosas, “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable”. El Comité también toma nota de las explicaciones del mantenimiento de esta distinción dadas por el Estado Parte.... 18. El Comité recomienda al Estado Parte que suprima la distinción hecha en la Ley Nº 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente...] Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al Reino de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011.

⁶³⁷ En este sentido, cabe destacar las observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Español en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD: [...29. El Comité toma nota con satisfacción de que la Ley Nº 26/2011 modifica la reglamentación incluyendo disposiciones que reflejan el derecho a la accesibilidad cuando se consiente con conocimiento de causa en recibir tratamiento médico. Sin embargo, deplora que los tutores que representan a personas con discapacidad consideradas “legalmente incapacitadas” puedan legalmente consentir en que se terminen o se suspendan el tratamiento médico, la nutrición u otros medios de sustentación de la vida de esas personas. El Comité desea recordar al Estado Parte que el derecho a la vida es absoluto y que la sustitución en la adopción de decisiones en lo que atañe a la terminación o el retiro de medios de sustentación de la vida es incompatible con ese derecho. 30. El Comité solicita al Estado Parte que vele por que se obtenga el consentimiento, otorgado con conocimiento de causa, de todas las personas con discapacidad en todas las cuestiones relativas al tratamiento médico, especialmente la retirada del tratamiento, de la nutrición o de otros medios de sustentación de la vida...] Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al Reino de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011.



En segundo lugar, es también importante conectar el artículo 12(1) con el artículo 18 sobre “libertad de desplazamiento y nacionalidad”. Este último artículo pretende asegurar el derecho de las personas con discapacidad de acceder a ciertos derechos que se encuentran íntimamente relacionados con el reconocimiento de la personalidad jurídica como son la nacionalidad, el nombre, el domicilio, el patrimonio, etc. Prácticas frecuentes en muchos Estados que, ya sea por prejuicios o por falta de accesibilidad, no permiten que las personas con discapacidad sean registradas al nacimiento, o que puedan acceder a un documento nacional de identidad, generan un efecto en cadena donde aspectos vitales de los derechos de la personalidad, como son el nombre, la nacionalidad, el domicilio y el patrimonio, son sistemáticamente vulnerados. En otras palabras, el artículo 12(1) en conexión con el artículo 18 nos exige reflexionar y, sobre todo, revisar el modo en el cual las normas o prácticas nacionales garantizan el derecho a la identidad de las personas con discapacidad⁶³⁸.

En tercer lugar, el artículo 12(1) resulta de vital importancia también para analizar si las normas o prácticas nacionales permiten un trato discriminatorio en materia de titularidad de derechos. Pensemos, por ejemplo, en aquellas normas que denieguen a las personas con discapacidad del derecho a heredar o recibir legados, o incluso aque-

⁶³⁸ En este sentido cabe destacar las observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Peruano en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD: [... 22. Al Comité le preocupan los informes de que hay una serie de personas con discapacidad, en particular las que viven en zonas rurales y en entornos institucionales de larga permanencia, que carecen de documentos de identidad, y, en algunos casos, de nombre... 23. El Comité insta al Estado Parte a que ponga en marcha de inmediato programas para expedir documentos de identidad a las personas con discapacidad, incluidas las que se encuentran en zonas rurales y en entornos institucionales de larga permanencia, y a que recopile datos completos y precisos sobre las personas con discapacidad que se encuentran en instituciones y que carecen en la actualidad de documentos de identidad o que no gozan de su derecho a tener un nombre....] Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la República del Perú, CRPD/C/PER/CO/1, 20 de abril 2012; Del mismo también respecto del Informe de Paraguay: [... 45. Al Comité le preocupa que los niños y niñas con discapacidad no sean registrados en el Estado Parte y que en la actualidad no existan medidas concretas para promover la inscripción de niños y niñas con discapacidad, en particular en el área rural... 46. El Comité urge al Estado Parte a que impulse un programa para la inscripción de los niños y niñas con discapacidad en el registro civil en el momento de su nacimiento, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y que los servicios de registro estén descentralizados y se puedan llevar a cabo de manera sencilla, expedita y gratuita....] Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la República del Paraguay, CRPD/C/PRY/CO/1, 15 de mayo de 2013. En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [... Esto no solo los priva de la ciudadanía, sino que a menudo también los priva de acceso a la atención de salud y la educación y puede incluso conducir a su muerte. Puesto que no existe ningún registro oficial de su existencia, su muerte puede ocurrir con relativa impunidad....] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 43.



llas normas que privan a las personas con discapacidad del derecho de ejercer cargos públicos o ciertas profesiones por el simple motivo de su discapacidad⁶³⁹.

Finalmente, el artículo 12(1) también cobra especial relevancia como criterio o parámetro interpretativo del artículo 12(2). Aunque a esto se hará especial referencia en el punto siguiente, si el artículo 12(2) debe interpretarse, como afirman algunas reservas⁶⁴⁰, como el reconocimiento de la capacidad de la titularidad de los derechos y no de la capacidad de ejercicio o de obrar de los mismos, entonces el citado artículo 12(1) resulta innecesario, redundante y reiterativo⁶⁴¹.

5.3.1. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales

A la luz de lo señalado, es posible inferir que el artículo 12(1) establece las obligaciones de los Estados Partes de:

- Asegurar la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad en el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica. El párrafo 1 del artículo 12 reafirma una norma consolidada de derecho internacional de los derechos humanos recogida en varios tratados internacionales tales como el PIDCP (artículo 16), la CIADH (artículo 3) y el CEDH.
- Reconocer que todas las personas con discapacidad deben ser reconocidas como titulares de derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás;
- Asegurar que ninguna persona con discapacidad sea discriminada por motivo de discapacidad en el reconocimiento de su derecho a la personalidad jurídica, y, por tanto, en el reconocimiento de los demás derechos humanos. A dichos

⁶³⁹ Este punto de vista se encuentra reafirmado por lo señalado por el Artículo 12(5), el cual se analiza más adelante.

⁶⁴⁰ Véase por ejemplo la reserva (declaración interpretativa) de Egipto al ratificar la CDPD en la que se señala: [...The Arab Republic of Egypt declares that its interpretation of article 12 of the International Convention on the Protection and Promotion of the Rights of Persons with Disabilities, which deals with the recognition of persons with disabilities on an equal basis with others before the law, with regard to the concept of legal capacity dealt with in paragraph 2 of the said article, is that persons with disabilities enjoy the capacity to acquire rights and assume legal responsibility ('ahliyyat al-wujub) but not the capacity to perform ('ahliyyat al-'ada'), under Egyptian law...], UN Treaty Collection <http://treaties.un.org>

⁶⁴¹ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 8.



efectos deberán “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la” CDPD;

- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 1 en conexión con el artículo 10. Las normas o prácticas que permitan un tratamiento diferenciado entre personas con o sin discapacidad en relación con el derecho a la vida, tanto antes como luego del nacimiento de las personas, constituye una discriminación por motivo de discapacidad y, consecuentemente, una denegación del derecho a la personalidad jurídica reconocido en el párrafo 1 del artículo 12;

- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 1 en conexión con el artículo 18. La denegación del derecho a la registración ante el nacimiento y, como consecuencia de ello, del derecho al nombre, a la documentación (en formatos accesibles) y a la nacionalidad podría dejar sin efecto el derecho a la personalidad jurídica reconocido en el párrafo 1 del artículo 12;

- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 1 en conexión con el artículo 23. Las normas o prácticas que permitan la esterilización forzada (considerada como crimen internacional en virtud del Estatuto de Roma de 1998 sobre la Corte Penal Internacional) o la denegación de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás podrían dejar sin efecto el derecho a la personalidad jurídica reconocido en el párrafo 1 del artículo 12;

5.4. Artículo 12(2): el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica

El párrafo 2 del artículo 12 establece que:

“Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”

Aunque se trata de una enunciación breve, a los efectos de comprender su significado jurídico resulta oportuno desmembrar sus elementos medulares. En especial resultan relevantes definir o clarificar lo que el artículo 12(2) quiere decir cuando hace referencia a: “personas con discapacidad”, “capacidad jurídica”, “igualdad de condiciones con los demás”, y “todos los aspectos de la vida”.



5.4.1. *Personas con discapacidad*

El primer elemento a tener en cuenta para interpretar el alcance jurídico del artículo 12(2) es el de “persona con discapacidad”. Claramente, el artículo 12(2) establece un reconocimiento de derecho destinado a un sujeto jurídico determinado, esto es, las personas con discapacidad. Afortunadamente, la CDPD recoge en su articulado el concepto jurídico de “persona con discapacidad” que, tal hemos visto en la primera parte de este trabajo, se inspira en el modelo social de discapacidad. Y este punto de partida para analizar el artículo 12(2) no es nada banal o superfluo puesto que, dependiendo del modelo que se utilice, las consecuencias jurídicas pueden ser diametralmente opuestas.

Si partimos de un concepto de discapacidad sustentado en el modelo médico - modelo que define la discapacidad desde la limitación de la persona-, la sucesión lógica en términos jurídicos determinará que la discapacidad derive inevitablemente en la incapacitación jurídica, con lo cual el cambio que propone la CDPD no se producirá, sin perjuicio de que pueda haber cambios cosméticos como son los de lenguaje.

Para comenzar es preciso citar el inciso e) del preámbulo de la CDPD, que recoge de un modo claro y sencillo una definición de “discapacidad” al establecer que:

“...la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Esta definición responde al modelo social y está constituida por la interacción de dos elementos: I) el concepto de deficiencia, el cual es parte de la diversidad humana pero no es lo que determina la discapacidad; y, particularmente, II) el concepto de barrera, que impiden o limita el goce de los derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás.

Así, el modelo social integra una dimensión social al reconocer la existencia de barrera en la sociedad que limitan o impiden el ejercicio de derechos, a diferencia del modelo médico en el que se basa el actual sistema de incapacitación y que considera a la persona con discapacidad como “anormal” y por lo cual debe rehabilitarse o quedar excluida.



Es cierto que los preámbulos en los tratados de derechos humanos no son considerados en rigor como derecho vinculante pero poseen un valor interpretativo importante⁶⁴². Así el citado inciso e) se constituye como un elemento más de apoyo a la tesis que señala al modelo social de discapacidad como el marco ideológico, filosófico, jurídico en el que basar la interpretación, de sus postulados.

Por su parte, la definición de “persona con discapacidad” se encuentra en el artículo 1 párrafo 2 de la Convención que establece:

“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

De lo mencionado se desprende, por un lado, la asunción del modelo social de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno; y por otro, que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados⁶⁴³.

Como se observa, la definición incluye a personas con discapacidad mental o intelectual, por lo que ninguna interpretación del artículo 12(2) puede llevar a la conclusión de que éste las excluye. También se fundamenta en el modelo social. Así se considera que el problema no es, por ejemplo, que la persona con síndrome de Down no pueda comprender un acto jurídico, sino que el problema es que, según como se plantean los actos jurídicos, esa persona enfrenta la barrera social que no le permite situarse en igualdad de condiciones con los demás. Con esto, se le da la vuelta a la aproximación del modelo médico (no es la limitación personal sino la barrera contextual la que impide ejercer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones).

Ahora bien, esta definición amplia de persona con discapacidad empieza a ser ampliamente aceptada por la sociedad en el área de la discapacidad física, pero cuando se busca aplicarla a la discapacidad intelectual o mental, la sociedad aún se resiste al cambio de paradigma que propone la CDPD. De ahí la importancia que tiene el artículo 12, que en definitiva no es otra cosa que la aplicación del modelo social a la discapacidad intelectual o mental⁶⁴⁴.

⁶⁴² Véase CVDT artículo 31(2).

⁶⁴³ PALACIOS, A., & BARIFFI, F., (2007), *op. cit.*, p.65.

⁶⁴⁴ Véase MINKOWITZ T, (2006-2007), *op. cit.*



Por ello, la consecuencia más importante a la hora de aplicar este concepto a nivel nacional es la diferencia sutil y no siempre comprendida, entre la "deficiencia" y la "discapacidad". El artículo 12 utiliza el concepto "discapacidad" y, por tanto, centra la atención en dicha discapacidad, entendida como las barreras que impiden la participación plena y efectiva en la sociedad en pie de igualdad con los demás. En consecuencia, el análisis debe limitarse a estas situaciones y no a la deficiencia individual de la persona. Esto tiene una importancia especial cuando se trata de cuestiones de capacidad jurídica a nivel nacional. La mayoría de las restricciones legales de derecho interno relativas al ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad se siguen centrandando y justificando en la deficiencia de la persona (sordera, ceguera, demencia, estado de salud mental, etc.) Además, este enfoque plantea dos inconvenientes. El primero es que la determinación de la causa o motivo que permite la restricción legal queda inevitablemente reducida a una evaluación médica, o, en el mejor de los casos, a un equipo forense interdisciplinario que, de todos modos, se basa en un enfoque de modelo médico. El segundo de los inconvenientes señalados radica en una cuestión conceptual ya que la mayoría de las legislaciones nacionales que limitan el ejercicio de la capacidad jurídica no utilizan el concepto de "discapacidad", sino que en su lugar se valen de conceptos técnicos o de uso común que denotan deficiencias como la demencia, la ceguera, la sordera, etc. Esto no debe ser utilizado como una excusa para no aplicar la CDPD a estas legislaciones debido a que las personas nombradas en dichas normas no son las mismas personas protegidas por el CDPD⁶⁴⁵.

En resumidas cuentas, el artículo 12(2) resulta de aplicación a todas las personas con discapacidad, sin importar el tipo o grado de deficiencia en cuestión⁶⁴⁶.

5.4.2. *Capacidad jurídica*

La capacidad jurídica es difícil de entender tanto para juristas como para no juristas por la ambigüedad que rodea a este concepto desde el punto de vista jurídico. La capacidad jurídica habla de la aptitud jurídica, de la aptitud legal, de la aptitud para el derecho. Cuando uno tiene capacidad jurídica es apto jurídicamente para algo. La pre-

⁶⁴⁵ BARIFFI, F. J., (2009), *op. cit.*

⁶⁴⁶ En la Observación General N° 1 el CteCDPD reafirma que: [...el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 9.



gunta inmediata que se deriva de ello es entonces ¿aptitud para qué? La primera respuesta podría derivar de la distinción que se hace entre la aptitud de tener derechos y la aptitud de ejercerlos; es decir, la distinción entre la titularidad del derecho y el ejercicio del mismo.

La ficción jurídica de distinguir entre titularidad y ejercicio de los derechos parece a primera vista como necesaria para el derecho. Así, por ejemplo, deviene necesario mantener esta dualidad jurídica para instrumentar lo que en un sentido genérico podríamos denominar como la “teoría de la representación jurídica” que, en esencia, sirve de base ineludible para poder pensar en instituciones jurídicas como el mandato, la gestión, la patria potestad, la tutela, o la curatela, por nombrar sólo algunas⁶⁴⁷.

Como se ha visto anteriormente, el concepto de capacidad jurídica generó importantes debates durante el proceso de negociación de la CDPD, a lo que hay que sumar las escasas referencias al mismo por parte del derecho internacional de los derechos humanos. Desde el momento que el concepto de “capacidad jurídica” apareció en el primer borrador, comenzaron a surgir intensas discusiones sobre su significado jurídico⁶⁴⁸. En términos generales, la disputa se centró en definir si capacidad jurídica debía implicar únicamente “capacidad de tener derechos”, o si, por lo contrario, debía incluir también “capacidad de obrar”.

Esto nos lleva a analizar la dinámica de la relación jurídica, que en prácticamente todos los sistemas jurídicos del mundo distingue entre una dimensión de titularidad de los derechos y una dimensión de ejercicio de los mismos, y que, por lo tanto, no necesariamente se pueden presentar en cabeza de la misma persona. Así, la condición de persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, y la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de los mismos⁶⁴⁹. Sin un reconocimiento pleno de capacidad jurídica no es posible acceder verdaderamente al ejercicio de los derechos

⁶⁴⁷ DÍEZ-PICAZO L, (2003) *Sistema de derecho civil. Volumen I. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 11ª ed., Tecnos, Madrid; RABINOVICH BERKMAN, R D, (2000) *Derecho Civil, Parte General*, Astrea, Buenos Aires; FERNÁNDEZ-CREUHET F, (2004) “La teoría de la representación como aleph de la filosofía jurídica de F. C. Savigny”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. XXI, Enero; CIFUENTES S. (2004) *Negocio Jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires.

⁶⁴⁸ Véase lo señalado en el Capítulo 4 (4.2)

⁶⁴⁹ Aunque para la doctrina civilista española, el término de capacidad jurídica se suele utilizar con un significado análogo al de personalidad jurídica, a los efectos del presente trabajo se utilizará el término capacidad jurídica como un significado análogo del de capacidad de obrar.



humanos en general, pero tampoco al exhaustivo y detallado listado de derechos reconocidos por la CDPD a todas las personas con discapacidad⁶⁵⁰.

De este modo, parece ganar apoyos la concepción que entiende que “el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica” confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley y por tanto, es un requisito previo a todos los otros derechos. El concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio, que, lógicamente presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico)”. Por ello, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y la facultad de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o, en un sentido más general, de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁶⁵¹.

Ahora bien, interpretar que el artículo 12(2) de la CDPD está generando obligaciones internacionales en el ámbito de las condiciones de goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad significa que el ordenamiento jurídico internacional está avanzando sobre aspectos regulatorios que tradicionalmente se han considerado como de exclusivo asunto doméstico.

Así, en las últimas dos décadas, y dentro del ámbito de las Naciones Unidas, se ha comenzado a cuestionar la compatibilidad del uso de la sustitución en la toma de decisiones de personas por parte de los ordenamientos nacionales en circunstancias que pudieran resultar discriminatorias. Y es importante enfatizar “el criterio” del test de compatibilidad, puesto que no cuestiona la facultad de los Estados de situar el ejercicio de la capacidad jurídica fuera de la propia persona, sino, más bien, intenta garantizar que la sustitución no se genere de un modo discriminatorio⁶⁵².

⁶⁵⁰ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [... En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 12.

⁶⁵¹ Véase BARRIFFI, F. J., (2009) op. cit;

⁶⁵² En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [... En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capa-



El primer gran cuestionamiento a nivel universal se produjo en relación con el género, a la vista de los numerosos ordenamientos jurídicos que denegaban el ejercicio de la capacidad jurídica a las mujeres, por el simple hecho de su género sexual. El artículo 15(2) de la CEFDM garantiza de un modo claro y absoluto la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica entre hombres y mujeres⁶⁵³.

El Segundo gran cuestionamiento a nivel universal lo podríamos situar en relación con los derechos humanos del niño a través de la adopción de la CDN. Aunque no se podría afirmar que la CDN reconoce el derecho pleno al ejercicio de la capacidad jurídica del niño, lo cierto es que incorpora algunas disposiciones y principios que tienen como objetivo justamente cuestionar los modelos paternalistas y tutelares donde los niños sólo pueden ejercer sus derechos y tomar decisiones jurídicamente vinculantes por intermedio de sus padres o representantes legales. Así, en la CDN se establece, en el artículo 3.1, que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 12.1, que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de ex-

cidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 15.

⁶⁵³ REHOF L. A. (1993) Guide to the “Travaux Préparatoires” of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Martinus Nijhoff; [... Cuando la mujer no puede celebrar un contrato en absoluto, ni pedir créditos, o sólo puede hacerlo con el consentimiento o el aval del marido o un pariente varón, se le niega su autonomía jurídica. Toda restricción de este género le impide poseer bienes como propietaria exclusiva y le imposibilita la administración legal de sus propios negocios o la celebración de cualquier otro tipo de contrato...] Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación general N° 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, A/49/38, 1994, para. 7.



presar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño⁶⁵⁴”

El tercer gran cuestionamiento⁶⁵⁵, no exento de grandes polémicas e incógnitas, se produjo precisamente con la adopción de la CDPD. Por primera vez se refleja en un instrumento vinculante de derechos humanos un serio cuestionamiento al modo en el cual la inmensa mayoría de los ordenamientos nacionales relacionan el ejercicio de la capacidad jurídica con la discapacidad, lo que, en la inmensa mayoría de los casos, se salda con la privación absoluta de este derecho.

Por ello, la conexión entre capacidad jurídica, entendida como la dimensión de acceso al ejercicio de los derechos, y los derechos humanos nos permite situar a las condiciones de ejercicio estipuladas en normas universales, por encima de toda consideración nacional, cultural, religiosa, e incluso cuestionar instituciones jurídicas con más de un milenio de vigencia, guiados por el principio *pro homine* como máxima aspiración de justicia⁶⁵⁶.

En resumidas cuentas, el artículo 12(2) cuando hace referencia al derecho de ejercicio de la capacidad jurídica, el mismo debe interpretarse como el derecho a la capa-

⁶⁵⁴ El propio Comité de los Derechos del Niño ha identificado los artículos 2, 3.1, 6 y 12 de la Convención como los que marcan los principios generales de la misma. Lo que añade otros artículos como principios generales. No obstante, y aunque es claro el carácter principal que tienen los artículos 2, 6 y 12.2 de la Convención, los mismos no tienen el mismo carácter esencial que el 3.1 y el 12.1 para entender las bases teóricas y legitimadoras del nuevo sistema. Los artículos 2 y 6 reconocen, respectivamente, el derecho a la no discriminación y el derecho a la vida, el desarrollo y la supervivencia. Así, en el 2 se establece la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, y en el 6 se reconoce el derecho intrínseco que todo niño tiene a la vida y que los Estados Partes han de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo. De esta manera, lo que ambos artículos constituyen es la base necesaria para asegurar que todos los niños puedan gozar de los derechos reconocidos en la Convención. Por su parte, el artículo 12.2 no deja de ser una concreción de la necesaria aplicación del principio establecido en el artículo 12.1, del respeto debido a la opinión del niño, en los correspondientes procedimientos judiciales y administrativos.

⁶⁵⁵ Quizás en breve podamos hablar de un nuevo cuestionamiento al modo de regular el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de los Estados en materia de derechos humanos de las personas mayores. Véase en este sentido las negociaciones en curso para establecer una convención interamericana sobre los derechos de las personas mayores: Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-37/12 add. 16, 3 mayo 2013.

⁶⁵⁶ En este sentido, resulta ilustrativa la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial: TEDH, *Shtukaturov v. Rusia*, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Aplicación no. 44009/05, TEDH, *H.F. v. Slovakia*, Sentencia de 8 de noviembre de 2005, Aplicación no. 54797/00.



cidad de obrar, es decir, a tomar decisiones en nombre propio. El valor jurídico y el verdadero cambio de paradigma del artículo 12(2) radican justamente en dicha interpretación⁶⁵⁷.

5.4.3. *Igualdad de condiciones con los demás*

El artículo 12(2) no recoge un derecho absoluto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que establece una garantía de igualdad en el ejercicio del mismo. Esto supone que el Estado puede restringir el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, pero no lo puede hacer por motivo de discapacidad.

Por ello, para comprender de forma adecuada las implicancias y consecuencias jurídicas del artículo 12(2), es preciso identificar cuándo nos encontramos ante un caso de discriminación por motivo de discapacidad.

La definición de “discriminación por motivos de discapacidad” la encontramos en el artículo 2 de la Convención: “Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

Este es uno de los artículos que potencialmente mayor impacto deberían tener en las legislaciones antidiscriminatorias en materia de discapacidad en los derechos nacionales, debido a que incluye un concepto amplio y adecuado basado en el modelo social de la discapacidad.

La definición de discriminación en la CDPD tiene varias particularidades que representan grandes logros, probablemente la principal, la de servir de base interpretativa de todos derechos de las personas con discapacidad en el derecho interno de cada Estado.

⁶⁵⁷ Véase los principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance (IDA), entre los que cabe destacar: [...1) "Legal capacity" is best translated as the "capacity for rights and capacity to act"; 2) "Legal capacity" for the purpose of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities means both the capacity for rights and the capacity to act. This applies in the legal systems of all countries for all people, including those with disabilities; 3) The right to enjoy and exercise legal capacity applies equally to all people, including those with disabilities, irrespective of the nature or effects of their disability or apparent need for support. Legal capacity cannot be questioned or challenged based on disability..] Accesible en www.internationaldisabilityalliance.org



Por una parte, se refiere a discriminación “por motivo” de discapacidad y no así a discriminación “a personas con discapacidad”. Esta precisión conceptual es muy relevante porque no importa la discapacidad en sí, sino que la persona sea percibida como persona con discapacidad. Lo anterior cobra importancia en ordenamientos, como el nuestro, que determinan si una persona tiene o no discapacidad sobre la base de un certificado, con lo que en muchas ocasiones pueden quedar excluidas ciertas personas de la protección de los marcos antidiscriminatorios.

Por otra parte, la definición se refiere a que la discriminación por motivos de discapacidad pueda tener “el propósito” o “el efecto” de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. A este respecto destaca que no importa si la persona tiene la intención de discriminar; basta con que se produzca el efecto para que se presente un acto discriminatorio.

El derecho a la igualdad está recogido en la CDPD desde varias perspectivas. En primer lugar, como propósito del tratado (artículo 1); en segundo lugar, como principio y como valor (artículo 3); en tercer lugar, como obligación directa a los Estados Partes (artículo 4); y en cuarto lugar, como derecho autónomo (artículo 5). Por ello, podría decirse que la CDPD recoge un concepto amplio de igualdad, el cual no se resume en la igualdad formal, sino más bien en la igualdad material. Esto supone el respeto de la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana, lo cual necesariamente supone la adopción de políticas de reconocimiento, así como de medidas para garantizar la participación e inclusión total y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad⁶⁵⁸.

Consecuentemente, al trasladar estas premisas sobre el derecho a la no discriminación al ámbito de la capacidad jurídica es posible extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, y en consonancia con el concepto de discapacidad basado en el modelo social que recoge la CDPD, la base de la discriminación se centra en las barreras que obstaculizan o dejan sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y no en las deficiencias personales⁶⁵⁹. Así, una persona usuaria de lengua de signos que no

⁶⁵⁸ Véase: PALACIOS A, & WALLS M, (2007) *op. cit.*

⁶⁵⁹ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...Para reconocer plenamente la "capacidad jurídica universal", en virtud de la cual todas las personas, con independencia de su discapacidad o de su aptitud para adoptar decisiones, poseen una capacidad jurídica inherente, los Estados partes deben dejar de negar la capacidad jurídica cuando el propósito o efecto de esa negación sea una discriminación por motivos de discapacidad...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 25.



puede comprender los términos de un acto jurídico será discriminada si no cuenta con un intérprete que le permita generar las condiciones de igualdad con los demás⁶⁶⁰.

En segundo lugar, la discapacidad tiene como uno de sus elementos constitutivos la existencia de una deficiencia que puede ser física, sensorial, intelectual o mental, lo cual no puede ser un motivo de distinción o de trato desigual. Por ello, toda diferenciación que se base en alguna de dichas deficiencias deberá ser considerada una discriminación por motivo de discapacidad. Esto cobra gran relevancia al momento de analizar las condiciones por las cuales la mayoría de los ordenamientos jurídicos domésticos determinan las causas o motivos de la incapacidad, que generalizadamente se asocian a la existencia de una demencia, locura, estado de salud mental o minusvalía intelectual⁶⁶¹.

Como se ha señalado en un estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "...En muchos países la legislación en vigor permite declarar incapaz a una persona por deficiencia mental, intelectual o sensorial y atribuir a un tutor la capacidad jurídica para actuar en su nombre. Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12"⁶⁶².

5.4.4. Todos los aspectos de la vida

Finalmente, el artículo 12(2) finaliza mediante la referencia a "todos los aspectos de la vida". Esta mención puede tener importantes consecuencias jurídicas al momento de aplicarlo a nivel doméstico, en especial en aquellos Estados cuyos ordenamientos jurídicos están basados en el sistema de derecho civil.

⁶⁶⁰ Recordemos que aún numerosos ordenamientos jurídicos domésticos consideran a las personas sordas como "incapaces" de ejercer su capacidad jurídica debido a su deficiencia personal. Por ejemplo, el Artículo 153 del Código Civil Argentino señala que "Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito".

⁶⁶¹ Véase al respecto: BARIFFI, F., (2012) *op. cit.* pp. 219-331. En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...]. La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales (...). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 13.

⁶⁶² Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párrafo 24.



Los sistemas de derecho civil de origen en el derecho romano, y que tradicionalmente abordan los aspectos relativos al ejercicio de la capacidad jurídica en códigos civiles, se han centrado históricamente en la dimensión patrimonial de los derechos (contratos, derechos reales, responsabilidad civil, sucesiones etc.), dejando de lado, o abordando insuficientemente, la dimensión personal de los derechos (matrimonio, patria potestad, adopción, decisiones sobre el cuerpo o la salud, etc.).

El artículo 12(2) claramente se debe aplicar tanto a los aspectos patrimoniales como personales de las personas con discapacidad. Y esto cobra especial importancia al momento de pensar en su aplicación a nivel nacional, puesto que la mayoría de los códigos civiles contienen expresas y precisas disposiciones sobre el modo de proteger a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos patrimoniales, pero suelen guardar silencio, o denegar directa o indirectamente el ejercicio de los derechos personales. Esto encuentra su razón de ser básicamente en dos motivos, uno de base ideológica, y otro de base práctica. Desde un punto de vista ideológico, la mayoría de los códigos civiles han sido gestados desde el auge del liberalismo capitalista y tienen como principal objetivo regular y proteger el derecho a la propiedad privada. Desde un punto de vista práctico, el remedio o herramienta legal de protección que se aplica, esto es la representación sustitutiva, no permite en muchos casos trasladar la toma de decisiones de tipo personal al tutor o representante cuando se trata de derechos personalísimos que sólo puede llevar a cabo la persona en nombre propio, como podría ser el ejemplo del matrimonio, o el ejercicio del derecho al sufragio⁶⁶³.

5.4.5. La garantía de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica y su conexión con otros derechos

Habiendo esclarecido y precisado el alcance conceptual de los términos utilizados por el artículo 12(2), corresponde ahora establecer las consecuencias jurídicas de esta disposición.

⁶⁶³ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...El reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre ellos los siguientes: el derecho al acceso a la justicia (art. 13); el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental (art. 14); el derecho al respeto de la integridad física y mental (art. 17); el derecho a la libertad de desplazamiento y a la nacionalidad (art. 18); el derecho a elegir dónde y con quién vivir (art. 19); el derecho a la libertad de expresión (art. 21); el derecho a casarse y fundar una familia (art. 23); el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico (art. 25); y el derecho a votar y a presentarse como candidato en las elecciones (art. 29). El no reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona compromete notablemente su capacidad de reivindicar, ejercer y hacer cumplir esos derechos y muchos otros derechos establecidos en la Convención...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 31.



La primera conclusión que se puede inferir del artículo 12(2) es que debe entenderse como una verdadera “garantía” de goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad más básicos y fundamentales, como la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad y la libertad. Se trata de una “garantía” de la persona tanto frente al poder del Estado como frente a la acción u omisión de otras personas. Y como garantía que pretende resguardar derechos que forman parte del estándar mínimo y universal de los derechos humanos⁶⁶⁴, debe ser operativa y de aplicación directa por cualquier autoridad judicial, *irrenunciable*, y no sujeta de *restricciones o suspensiones*⁶⁶⁵.

Para entender el alcance de esta garantía debemos ser conscientes que estamos frente a un cambio de paradigma y, con ello, frente a un cambio radical del sistema imperante, quizás solo comparable con el cambio de paradigma que supuso en su momento la implementación del principio de legalidad en el derecho penal y que obliga a los estado a “garantizar” ciertos derechos sin excepción y bajo pena de incumplir con las normas básicas de derechos humanos, como el derecho de defensa en juicio, la inviolabilidad de la persona, el principio de *nullum crime sin lege*, por nombrar solo algunos.

El artículo 12(2) impone a los Estado, el deber de garantizar que ninguna persona con discapacidad sea restringida en el goce y ejercicio de su capacidad jurídica por motivo de su discapacidad. ¿Qué significa esto? Pues en un sentido muy general, que la opción de “proteger” a las personas con discapacidad mediante la institución jurídica de la “incapacitación” y la “representación sustitutiva en la toma de decisiones”, tenga esta nombre de tutela, curatela, guarda, o cualquier otra, “no puede seguir siendo” una opción posible o válida a la luz de lo que estipula la CDPD. Debemos entender esta garantía como un límite al poder del Estado, que, aunque tenga los motivos más nobles o crea que la representación sustitutiva es la mejor herramienta de protección, ya no

⁶⁶⁴ Véase lo señalado en el Capítulo 4 (4.1)

⁶⁶⁵ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...El derecho a la igualdad ante la ley se reconoce desde hace mucho tiempo como un derecho civil y político, con raíces en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los derechos civiles y políticos nacen en el momento de la ratificación, y los Estados partes deben adoptar medidas para hacerlos efectivos de inmediato. Como tales, los derechos establecidos en el artículo 12 se aplican desde el momento de la ratificación y deben hacerse efectivos inmediatamente. La obligación del Estado, establecida en el artículo 12, párrafo 3, de proporcionar acceso al apoyo necesario en el ejercicio de la capacidad jurídica es una obligación para dar efectividad al derecho civil y político de gozar de igual reconocimiento como persona ante la ley. La "efectividad progresiva" (art. 4, párr. 2) no se aplica a las disposiciones del artículo 12. Tras la ratificación de la Convención, los Estados partes deben comenzar inmediatamente a adoptar medidas para hacer realidad los derechos consagrados en el artículo 12...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 30.



puede seguir por esta vía y debe pensar en otras alternativas que “protejan” pero al mismo tiempo “no sustituyan” la voluntad de “todas las personas con discapacidad”⁶⁶⁶ del mismo modo que el sistema penal inquisitorio tuvo que cambiar a un sistema acusatorio para adaptar el accionar del Estado frente a las garantías que exigía el principio de legalidad.

Se trata, probablemente, del enunciado más importante de toda la CDPD, y que se extrae principalmente del inciso 2 del artículo 12, pero también de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 que establece en el primer caso que *“los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”* y en el segundo caso, que *“los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”*.

⁶⁶⁶ En este sentido las Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto de los informes remitidos por los Estados Partes en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD resultan concluyentes: Respecto del Informe de Túnez el Comité ha dicho: [...22. Preocupa al Comité que no se hayan adoptado medidas para transformar el concepto de sustitución en la adopción de decisiones en el de asistencia para la adopción de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica. 23. El Comité recomienda que el Estado Parte revise las leyes relativas a la tutela y la curatela y adopte medidas legislativas y de política para convertir esos regímenes de sustitución en la adopción de decisiones en uno de asistencia para la adopción de decisiones. Recomienda además que se imparta formación sobre esta cuestión a los funcionarios públicos que corresponda y a los demás interesados...], CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011; Respecto de España, el Comité ha señalado: [...33. El Comité observa que la Ley N° 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica. 34. El Comité recomienda al Estado Parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes...] CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011; Respecto de Perú el Comité ha señalado: [...24. El Comité toma nota con preocupación de que la legislación del Estado Parte (artículo 7 de la Constitución y artículos 564 y 565 del Código Civil) no está en conformidad con el artículo 12 de la Convención, ya que establece un modelo de sustitución en la toma de decisiones en lugar de un modelo de apoyo o asistencia en esa toma de decisiones y permite la suspensión de los derechos civiles de las personas con discapacidad en los casos de interdicción judicial. Preocupa también al Comité la falta de información acerca del número de personas que han estado sujetas a tutela y curatela, así como la falta de recursos y garantías jurídicas en vigor, como la realización de exámenes independientes y el derecho a recurrir, para revocar la imposición de esas medidas. 25. El Comité recomienda al Estado Parte que derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención. Le recomienda también que adopte medidas para cambiar el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia a las personas con discapacidad en esa toma de decisiones que respete su autonomía, voluntad y preferencias...] CRPD/C/PER/CO/1, 20 April 2012.



De la interacción de estas disposiciones se pueden extraer las siguientes premisas: 1) que las personas con discapacidad (incluidas las que tengan deficiencias mentales o intelectuales) tienen como presupuesto general plena capacidad jurídica, que incluye la capacidad de obrar, y 2) que la discapacidad nunca debe ser motivo de discriminación. Ello ocurrirá cuando exista “*cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo*”.

El primer gran elemento de discusión ante este principio surge al intentar dilucidar si la garantía de igualdad supone el inmediato reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de todas las personas de un modo absoluto y sin excepciones, es decir, una especie de presunción *iure et de iure*, o si, por el contrario, reconoce un principio general pero que permite excepciones, es decir, una especie de presunción *iuris tantum*. Curiosamente, el lenguaje del artículo 12 podría permitir ambas conclusiones⁶⁶⁷.

La primera de las interpretaciones, que fuera, y actualmente es, intensamente defendida por las propias personas con discapacidad⁶⁶⁸, encuentra apoyo en tres fundamentos básicos pero que en esencia se encuentran directamente interrelacionados: 1) el modelo filosófico que inspira la CDPD (modelo social), que supone la plasmación de los valores que sustentan los derechos humanos; 2) que ésta es la interpretación que

⁶⁶⁷ [..The text of Article 12 does not prohibit substituted decision making and there is language which could even be used to justify substitution...] DHANDA A, (2006-2007) “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?” en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, pp.461-462.

⁶⁶⁸ En este sentido véase los principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance (IDA) entre los que cabe destacar: [...1) "Legal capacity" is best translated as the "capacity for rights and capacity to act"; 2) "Legal capacity" for the purpose of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities means both the capacity for rights and the capacity to act. This applies in the legal systems of all countries for all people, including those with disabilities; 3) The right to enjoy and exercise legal capacity applies equally to all people, including those with disabilities, irrespective of the nature or effects of their disability or apparent need for support. Legal capacity cannot be questioned or challenged based on disability..] Accesible en www.internationaldisabilityalliance.org; también la postura del European Disability Forum [...Según el principio de la plena capacidad jurídica del artículo 12, los Estados partes tienen la obligación de poner en marcha un sistema integral de apoyo en la toma de decisiones y de garantías efectivas para todas las personas con discapacidad...] Elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones, Propuesta de Posicionamiento del Foro Europeo de la Discapacidad (EDF), DOC-AGA-08-05-02; o la postura de la Inclusion Europe; [...Supported decision-making as enshrined in the UN Convention, starts from the full and equal legal capacity of all citizens, even of those with severe and profound levels of disability...] Key Elements of a System for Supported Decision-Making, Position Paper of Inclusion Europe, Adopted at the General Assembly 2008.



se encuentra en mayor sintonía con el resto de la CDPD y con el objeto y fin del tratado; y 3) que el artículo 12 incorpora el sistema de apoyo en la toma de decisiones en el inciso 3 para las situaciones donde la intervención de un tercero resulte necesaria⁶⁹. La principal crítica interna de este razonamiento radica en la asunción de que “todas” las personas con discapacidad pueden ejercer su capacidad jurídica sin necesidad de sustitución en la toma de decisiones si median los ajustes necesarios. Es decir, este planteo no permitiría dar lugar a ninguna forma de sustitución en la toma de decisiones, incluso en casos extremos donde es imposible, incluso con apoyos, que una persona pueda tomar decisiones en nombre propio (por ejemplo, una persona con un Alzheimer muy avanzado).

La segunda de las interpretaciones encuentra apoyo en los siguiente fundamentos: 1) la literalidad de la formulación del artículo 12 no permite sostener que exista una prohibición expresa de sustitución en la toma de decisiones. En este sentido, la práctica de los Estados demuestra que las normas prohibitivas internacionales son muy precisas y más bien escasas; 2) el amplio abanico de discapacidades y situaciones particulares que requieren de un solución jurídica evidencia la necesidad de seguir contando, en ciertas y específicas situaciones, con mecanismos de sustitución en la toma de decisiones; 3) la aceptación del principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de la capacidad jurídica supone la garantía de tratamiento equitativo en igualdad de condiciones, pero no la garantía absoluta y abstracta de ejercicio de la capacidad jurídica por cualquier persona y en cualquier circunstancia. La principal crítica interna a este razonamiento radica en que por la vía de la excepción luego se puede generar una regla o una generalización en la práctica. Más aún, la práctica demuestra que incluso en aquellos Estados que contemplan mecanismos de protección menos restrictivos, como la incapacidad relativa o la inhabilitación, los mismos son escasamente utilizados.

Independientemente de cualquiera de los dos caminos a tomar, la garantía del artículo 12 leída trasversalmente con toda la CDPD supone, al menos, un reconocimiento muy claro de los siguientes principios:

Presunción de capacidad jurídica:

La CDPD claramente reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad de tener capacidad jurídica para ejercer en nombre propio los derechos reconocidos

⁶⁹ [...The Convention replaces the dualistic model of capacity versus incapacity with an equality-based model that complements full legal rights to individual autonomy and self-determination with entitlement to support when needed, to ensure substantial equality of opportunities to exercise those rights...] MINKOWITZ T, (2006-2007) *op. cit.*, p.408.



en dicho instrumento, así como todos los demás derechos reconocidos en otros tratados internacionales. Consecuentemente, la capacidad jurídica se debe “*siempre presumir*”, lo que invierte la carga de la prueba que tradicionalmente ha estado en cabeza de la persona con discapacidad. Aunque en rigor la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes parten formalmente del principio de presunción de capacidad de todas las personas, en la práctica dicha presunción no es más que una ficción jurídica y, por imperio de los modelos de atribución por estatus⁶⁷⁰, se genera una especie de inversión de la carga de la prueba donde es el presunto incapaz el que debe demostrar que no corresponde declarar la incapacidad, o, en su caso, que puede conservar su capacidad en ciertos aspectos (capacidad residual). Más allá de en quién recae la carga probatoria, los modelos vigentes que permiten algún tipo de incapacidad relativa se ciñen a evaluar los actos que la persona puede realizar en nombre propio, cuando en realidad, si estuviéramos en el marco de un principio de presunción de capacidad, la labor probatoria debería ser justamente la opuesta, es decir, qué actos no puede hacer en nombre propio, y de dicho modo conservar la capacidad en todo aquello no expresamente limitado en la sentencia.

Consecuentemente, la presunción de capacidad no se limita exclusivamente a que una persona es capaz hasta que se demuestre que es incapaz, sino, más bien, a que una persona con discapacidad tiene como presupuesto capacidad jurídica (capacidad de obrar) y solo podrá ser limitada respecto de actos específicos, y siempre y cuando dicha limitación no esté basada en un criterio discriminatorio, como la existencia de una discapacidad mental o intelectual⁶⁷¹. Con ello, no se trata simplemente de una presunción legal, sino también de una presunción procesal, es decir, la capacidad se presume siempre, y solo podrá ser limitada respecto de aquellos actos o ámbitos donde se pruebe fehacientemente que dicha persona requiere de este tipo de medida grave y excepcional; y en todo aquello no expresamente indicado en la sentencia, la persona debe conservar su plena capacidad de obrar.

Prohibición de atribución por discapacidad

La discapacidad no puede por sí misma ser una justificación para la denegación del ejercicio de la capacidad jurídica. Consecuentemente, las legislaciones que con-

⁶⁷⁰ Para un análisis de los modelos de atribución de incapacidad del derecho comparado véase: BARRIFFI, F. (2012c), “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del derecho comparado” en BARRIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), (2012), *op. cit.*

⁶⁷¹ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica (...) El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 8.



tienen causas de interdicción que directamente hacen referencia a una discapacidad (por ejemplo los sordo-mudos que no puedan darse a entender por escrito son incapaces absolutos), se encuentran frontalmente en contradicción a la CDPD⁶⁷². Como ha reiterado el TEDH, en lo que constituye una especie de doctrina consolidada, “la existencia de una deficiencia mental, incluso si se trata de una muy seria, no puede por sí misma ser la razón de una incapacitación absoluta”⁶⁷³.

Ahora bien, y partiendo del presupuesto de que la existencia de una discapacidad no puede ser elemento suficiente para probar la incapacidad de una persona, entonces ¿Cómo ha de efectuarse el juicio de capacidad de una persona para poder declararla incapaz? ¿Qué analizamos de una persona para saber si tiene capacidad? ¿Sus errores y aciertos? ¿Su contexto socio-económico? ¿Su formación? ¿Su salud? ¿Su condición mental o intelectual? ¿Sobre qué actos se realiza el juicio de capacidad? ¿Sobre actos o acciones concretas? ¿Sobre actos personales o patrimoniales? ¿Sobre actos o acciones futuras? ¿Sobre qué actos se evalúa la capacidad?

En la práctica, el juicio de capacidad se realiza “a priori” e “in abstracto”; es decir, con un efecto hacia el futuro, ya que tiene el objeto de afectar actos o acciones futuras generalmente indeterminadas e inciertas. Como consecuencia de ello, el juicio de capacidad afecta todos los actos de cara al futuro, del mismo modo actos personales como patrimoniales. El juez no se cuestiona qué acto podrá o no podrá realizar la persona, sino que el juicio define en sentido general, y en abstracto, que la persona no tiene capacidad jurídica. Ello no supone que la sentencia de incapacitación pueda llegar a tener efectos sobre actos pasados.

Ahora bien, más allá de las respuestas a los interrogantes planteados anteriormente ¿En qué medios probatorios se basa el juez para un juicio de capacidad?

La mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes permiten al juez tomar contacto con la persona y con sus familiares, lo cual podría ser un primer elemento probatorio testimonial y personal, sobre el cual el juez podría basar su decisión. Sin embargo, en

⁶⁷² En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...Para reconocer plenamente la "capacidad jurídica universal", en virtud de la cual todas las personas, con independencia de su discapacidad o de su aptitud para adoptar decisiones, poseen una capacidad jurídica inherente, los Estados partes deben dejar de negar la capacidad jurídica cuando el propósito o efecto de esa negación sea una discriminación por motivos de discapacidad...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 25.

⁶⁷³ [...the existence of a mental disorder, even a serious one cannot be the sole reason to justify full incapacitation...] TEDH, Shtkaturov v. Rusia, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Aplicación no. 44009/05, pp. 18-19, para. 94.



dichos ordenamientos jurídicos, en rigor, la única y legalmente exigida prueba es el “dictamen médico”. Es la prueba principal en la que el juez basa su decisión fundamentándose en la opinión de un médico sobre si una persona es médicamente capaz o no.

La garantía de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica que recoge el artículo 12(2) nos lleva a reflexionar sobre el juicio de capacidad que se realiza desde una dimensión médica y el juicio que se realiza desde una dimensión legal.

No es lo mismo lo que para un médico es capacidad, que lo que un juez debiera considerar como capacidad legal. Son dos dimensiones que deberían mantenerse separadas. Existe una tendencia de emplear los términos “discernimiento” y “capacidad” de modo intercambiable en relación con la salud mental; sin embargo, no son idénticos. En general, “discernimiento” se refiere específicamente a la presencia de facultades mentales para tomar decisiones o adoptar cursos de acción (...) mientras que “capacidad” se refiere a las consecuencias jurídicas de la falta de discernimiento. En estas definiciones, “discernimiento” es un concepto de salud, mientras que “capacidad” es un concepto jurídico. “Discernimiento” se refiere a niveles individuales de funcionamiento, y “capacidad” a su impacto en su estatus legal y social. Aquí tenemos dos ámbitos que debieran mantenerse aparte: la evaluación que hace el médico y la evaluación que hace el juez.

Al respecto, la OMS ha dicho que la presencia de un trastorno mental importante no implica por sí y por su sola existencia, la inexistencia de discernimiento para adoptar decisiones, de modo que la presencia de un trastorno mental no constituye el factor determinante y último del discernimiento, y menos aún de la capacidad. En otras palabras, además de la necesidad de separar estos dos ámbitos, la OMS ha dicho que incluso desde una evaluación médica, “los trastornos graves no significan que la persona no tiene discernimiento y, por ende, no debiera significar que no tiene capacidad jurídica”⁶⁷⁴.

El discernimiento y la capacidad son relativos a decisiones y funciones específicas. Dado que el discernimiento puede fluctuar con el tiempo y no constituye un concepto de “todo o nada”, es necesario considerarlo en el contexto de la decisión específica a ser adoptada, o a la función específica a ser cumplida. Nuevamente, la falta de discernimiento no puede ser igual a la falta de capacidad jurídica⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2006, pp. 45-46.

⁶⁷⁵ En la práctica, lo que ocurre es que en algún punto las dimensiones médica y legal son llamadas a interactuar y es allí donde habitualmente el binomio médico-juez suele transitar el camino fácil del modelo de atribución directa; esto es, el trastorno mental o intelectual severo se equipara a la falta de discernimiento y, subsecuentemente, a la falta de capacidad y a la incapacidad jurídica. Ello explica que un dictamen médico que acredite un trastorno mental severo tenga como consecuencia médica y jurídica la determinación de falta de discernimiento y, como consecuencia jurídica, se determine la incapacidad jurídica; de ahí que el único medio probatorio necesario bajo esa lógica sea el dictamen médico.



Pero el alcance del artículo 12(2) no se agota en los sistemas de incapacidad o en el establecimiento de tutelas sustitutivas de la toma de decisiones. La garantía de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica también tiene importantes consecuencias en la lectura y en el reconocimiento de otros derechos recogidos en la CDPD.

Como se ha afirmado, la capacidad jurídica está compuesta de dos elementos: capacidad de goce y de ejercicio, es decir, capacidad de ostentar un derecho y la capacidad de actuar y ejercer ese derecho, incluida la capacidad de accionar procesalmente, siendo ambos conceptos interdependientes. Por ello, la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica niega el acceso a los demás derechos, como el acceso a la justicia (Art. 13); derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente y a la seguridad (Art. 14); a no ser sometidos a experimentos médicos o científicos sin el consentimiento libre e informado, a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 15); a desplazarse de forma libre y a tener una nacionalidad (Art. 18); a tener una vida independiente y a vivir en la comunidad (Art. 19); a tener acceso y movilidad independientes (Art. 20); a elegir con quién se relaciona, a casarse, tener hijos o adoptarlos, construir una familia y vivir en su propio hogar (Art. 23); a decidir en materia de educación (Art. 24); a decidir en materia de salud y gozar de buena salud (Art. 25); a acceder y elegir el trabajo en el que se quiera desarrollar (Art. 27); a elegir dónde vivir y de forma digna estando protegidos por la sociedad y a ser asesorados para la toma de decisiones en materia financiera (Art. 28); a decidir en el ejercicio de sus derechos de participación en la vida pública y política, como votar, ocupar cargos públicos, servir en jurados (Art. 29), pues el tutor opera como una persona que tiene un poder dado por la persona con discapacidad pero que no debiera implicar la pérdida de los derechos civiles y, por supuesto, no se debiera sustituir por una voluntad ajena a la persona con discapacidad.

5.4.5.1. Capacidad jurídica y acceso a la justicia

En primer lugar el artículo 12(2) tiene un fuerte impacto en relación con el artículo 13 sobre acceso a la justicia. Cuando nos referimos al acceso a la justicia lo podemos hacer desde una noción amplia o bien desde una visión restringida. Desde una visión restringida, al acceso a la justicia se lo suele asociar con la noción de “tutela judicial efectiva”, y que en rigor supone el compromiso del Estado de Derecho de garantizar a todas las personas la intervención de la justicia ante cualquier conflicto de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico. Si el Estado asume el monopolio de la fuerza y priva a las personas del uso de la autocomposición, es lógico que, a cambio, garantice el acceso a un tercero imparcial para la resolución de los conflictos. Desde una visión más amplia, el acceso a la justicia comprende obviamente al derecho a la tutela judicial efectiva, pero amplía su alcance a todas aquellas circunstancias sociales, económicas, personales, y de cualquier otro tipo que pudieran, en la práctica, dificultar o impedir a



las personas acceder al amparo de la justicia. En otras palabras, mientras la visión restringida del acceso a la justicia está planteada en términos de igualdad formal, la visión amplia de la misma, se plantea en términos de igualdad material, o incluso, de igualdad de oportunidades⁶⁷⁶.

Podría afirmarse, entonces, que el derecho de acceso a la justicia es, además de un derecho autónomo, un derecho instrumental para la realización de los demás derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales). Como expresa LAWSON, cuando el derecho a la justicia es denegado, el resultado es la “*muerte civil*” de la persona⁶⁷⁷.

Este derecho, en su doble vertiente (autónomo e instrumental), es un derecho humano fundamental, cuyo contenido esencial engloba el acceso efectivo de las personas “*a los sistemas, procedimientos, información y lugares utilizados por la administración de justicia*”⁶⁷⁸.

Dicho acceso efectivo no solo se refiere a la persona en su carácter de administrado, sino también para formar parte de dicha administración. Históricamente, las personas con discapacidad han visto denegado su acceso a la justicia y al igual tratamiento por parte de cortes, tribunales, operadores jurídicos, sistema penitenciario, y demás cuerpos involucrados en la administración de justicia. Ello no solo a la hora de querer acceder a la justicia buscando reparación, sino también a la hora de aspirar a posiciones tales como jueces y demás actores en el ámbito de la administración de justicia. De este modo, diferentes barreras no solo limitan la posibilidad de utilizar el sistema de justicia por parte de las personas con discapacidad, sino que también limitan y/o impiden su posibilidad de contribuir a la administración de justicia, a la sociedad y a la comunidad.

En relación con el ejercicio de la capacidad jurídica, el modelo vigente de incapacidad y el nombramiento de un tutor genera automáticamente la falta de legitimación procesal, lo que, en esencia, no es más que la denegación de un derecho fundamental fuertemente resguardado y garantizado en la inmensa mayoría de los sistemas constitucionales, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva. Es cierto que el sistema tutelar permite al tutor o representante legal accionar en nombre del incapaz, pero en rigor la persona depende total y exclusivamente de la voluntad o buena fe de su tutor

⁶⁷⁶ BARIFFI, F. & PALACIOS, A., (2012), *op. cit.*

⁶⁷⁷ LAWSON, A., (2006-2007), *op. cit.*, p. 563.

⁶⁷⁸ ORTOLEVA, S., (2011), *op. cit.*



para tener un acceso efectivo a la justicia, lo cual puede resultar particularmente complicado cuando lo que se pretende es acceder a la justicia por diferencias o problemas entre tutor y tutelado. Asimismo, en el ámbito penal, las personas con discapacidad también enfrentan serios problemas de legitimación procesal y de ejercicio del derecho de defensa desde el momento en que son declaradas inimputables para la ley penal.

El artículo 13(1) de la CDPD 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 ámbito de la competencia civil (lo que engloba todas aquellas instancias que no sean del fuero penal, como el laboral o social, familia, mercantil, o administrativo), (artículo 12(2) en conexión con el artículo 13(1) y con el objeto de garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad es necesario reconocer su capacidad “procesal” para intervenir activamente en todas las fases de los procedimientos judiciales, estableciéndose para ello los ajustes que puedan resultar necesarios y, por tanto, en este ámbito han de operar también los mecanismos de apoyo –artículo 12(3)–⁶⁷⁹. En este sentido, deben eliminarse todas las trabas legales que niegan a las personas con discapacidad su actuación como partes plenas en los procesos judiciales y esta-

⁶⁷⁹ En este sentido, el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado en las Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados Partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en relación con el artículo 13 que: [... Este artículo reconoce el derecho de las personas con discapacidad de tener acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, sin ser excluidas de los procedimientos judiciales. Los Estados partes informarán sobre: • Las medidas adoptadas para asegurar a todas las personas con discapacidad el acceso efectivo a la justicia en todas las etapas de los procedimientos judiciales, incluyendo las fases de instrucción y otras etapas preliminares; • Las medidas adoptadas para asegurar que se capacite efectivamente al personal del poder judicial y el sistema penitenciario nacionales sobre el respeto de los derechos de las personas con discapacidad; • La existencia de ajustes razonables, incluso ajustes de procedimiento en los procesos judiciales para asegurar la participación efectiva de las personas con todo tipo de discapacidad en el sistema de justicia, independientemente de la situación en que se encuentren (por ejemplo, como víctimas, acusados, testigos, miembros del jurado, etc.); • Ajustes relacionados con la edad para garantizar la participación efectiva de niños y jóvenes con discapacidad...] CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009.



blecerse las medidas positivas necesarias que faciliten su participación⁶⁸⁰. Pero, además, la combinación entre estos dos artículos obliga a revisar aquellas legislaciones que consideren que algunas “deficiencias” suponen la falta de capacidad para actuar como testigos, jurados o como profesionales en el ámbito de la administración de justicia⁶⁸¹.

Como señala CISTERNAS⁶⁸², el verbo rector utilizado es “asegurar”, lo que implica que la garantía obliga a los Estados Partes a realizar todo lo necesario para que el sujeto de derecho pueda acceder a las distintas fases de conocimiento, consideración y juzgamiento que envuelve un proceso judicial. Por un lado, esta prescripción impera particularmente a la aplicación del principio de accesibilidad y sus disposiciones de implementación. Ello obliga tanto a la eliminación de barreras como al diseño de políticas y medidas que den cobertura a tal mandato, significando tribunales cuya infraestructura, distribución de sus espacios, mobiliarios, instalaciones y señalizaciones estén acordes a la exigencia actual, de igual modo que la información, las comunicaciones, la tecnología y también el transporte a través del cual se llega a los recintos judiciales y policiales. También se hace aplicable la asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a los juzgados y cortes.

Por ello, se podría afirmar que la noción de acceso a la justicia del artículo 13 de la CDPD se proyecta en al menos tres dimensiones, esto es, legal, física, y comunicacional⁶⁸³. En lo que respecta a la dimensión legal, los Estados Partes deben asegurar

⁶⁸⁰ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...Los Estados partes tienen la obligación de velar por que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. El reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica es esencial para el acceso a la justicia en muchos aspectos. Para que las personas con discapacidad puedan exigir el cumplimiento de sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con las demás, debe reconocérseles la personalidad jurídica con la misma capacidad ante las cortes de justicia y los tribunales. Los Estados partes también deben velar por que las personas con discapacidad tengan acceso a representación jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Se ha determinado que en muchas jurisdicciones este es un problema que debe solucionarse, entre otros medios, garantizando que las personas que vean obstaculizado su derecho a la capacidad jurídica tengan la oportunidad de impugnar esos obstáculos —en su propio nombre o por medio de su representante legal— y de defender sus derechos ante los tribunales...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 38.

⁶⁸¹ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...También se debe reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para testificar en igualdad de condiciones con las demás. El artículo 12 de la Convención garantiza el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluida la capacidad de testificar en las actuaciones judiciales y administrativas y otras actuaciones jurídicas...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 39.

⁶⁸² CISTERNAS S., (2012), *op. cit.*

⁶⁸³ BARIFFI, F., (2011a), *op. cit.*



que todas las personas con discapacidad tengan legitimación activa y pasiva para acceder efectivamente a los procedimientos judiciales en nombre propio. Esto se vincula directamente con el artículo 12 sobre la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica⁶⁸⁴. En la dimensión física, los Estados Partes deberán asegurar que las instalaciones judiciales o las oficinas públicas de reclamación de derechos, sean accesibles a las personas con discapacidad. Esto se vincula directamente con el artículo 9, sobre accesibilidad⁶⁸⁵. Finalmente, en lo que respecta a la dimensión comunicacional, los Estados Partes deberán asegurar que toda la información relevante que se provea en el curso de un proceso judicial sea accesible para las personas con discapacidad en formatos alternativos de comunicación. Esto se vincula directamente con los artículos 2 y 21⁶⁸⁶.

En este sentido, el TEDH en el caso *Stanev v. Bulgaria*, en el cual el peticionante –una persona con discapacidad mental– demandó al Estado Búlgaro debido a que este no le permitió cuestionar una medida judicial de institucionalización en un centro psiquiátrico, sostuvo que “ el Estado sí violó el artículo 6.1 de la CEDH en tanto incumplió con su obligación de establecer recursos judiciales que sean accesibles a cualquier persona, incluidas aquellas con discapacidad mental que hayan sido declaradas incapaces relativas”⁶⁸⁷. En un mismo sentido también se ha manifestado el Tribunal Constitucional español al señalar que el derecho del presunto incapaz de expresar su voluntad en el proceso y que se le garantice su derecho de tutela y defensa efectiva también se aplica respecto en el marco de un proceso de incapacitación⁶⁸⁸.

En el ámbito del proceso penal, la conexión ente el artículo 12(2) y el artículo 13(1) también conlleva importantes consecuencias frente al modelo predominante de inimputabilidad penal. Como ha afirmado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas

⁶⁸⁴ BARIFFI, F., (2009), *op. cit.*; BARIFFI, F., (2012c), *op. cit.*

⁶⁸⁵ ASÍS ROIG, R., AIELLO, A. L., BARIFFI, F., CAMPOY, I., & PALACIOS, A., (2007), *op. cit.*

⁶⁸⁶ BARIFFI, F., BARRANCO, M., MORENO, L., PALACIOS, A., UTRAY, F., VIDA, J., (2008), *op. cit.*

⁶⁸⁷ TEDH. *Stanev v. Bulgaria*. Sentencia de 17 de enero de 2012. Aplicación no. 36760/06, párrafo 176.

⁶⁸⁸ [...] Si bien el derecho a la asistencia letrada y a la defensa (art. 24.2. CE) se ha vinculado especialmente al proceso penal y sólo en menor medida al resto de procesos, es indudable que también despliega todo el potencial de su contenido en relación con procedimientos como el de incapacitación no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento. Esta conclusión también cabe extraerla del arto 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (BOE 21 de abril de 2008), en cuyo apartado primero, a los efectos de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, se prevé la posibilidad de ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de estas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales. En su apartado segundo se incluye, además, una apelación a la necesidad de que los Estados Parte promuevan la formación adecuada de los que trabajan en la Administración de Justicia a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectiva a la justicia...] STC España, de 14 de febrero de 2011.



para los Derechos Humanos: “...en el ámbito del derecho penal, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad lleva a suprimir la circunstancia eximente de la responsabilidad penal constituida por la discapacidad mental o intelectual. Por consiguiente, al examinar el elemento subjetivo del delito, se debe prescindir de la discapacidad y atender a la situación concreta del autor. De conformidad con el artículo 13 de la Convención, tal vez sea necesario retocar las normas procesales referidas, tanto a la fase de instrucción como al juicio, y ponerlas en práctica”⁶⁸⁹.

La noción de inimputabilidad penal⁶⁹⁰ plantea al menos dos aspectos conflictivos en relación con la aplicación de los artículos 12(2) y 13(1) de la CDPD.

En primer lugar, en relación con la propia naturaleza jurídica de la noción de inimputabilidad penal, ya que si el artículo 12(2) establece que todas las personas con discapacidad pueden comprender las consecuencias de sus acciones, con la debida asistencia o ajustes razonables, entonces por analogía también deberían poder ser responsables de sus acciones en el ámbito delictivo en igualdad de condiciones con los demás. Esto supone que la existencia de una deficiencia, como puede ser una psicosis, no debería ser razón suficiente para determinar que la persona no ha podido comprender la antijuridicidad del acto. Al igual que sucede en el ámbito de la incapacitación civil, la evaluación de las capacidades de la persona se remiten a criterios estrictamente médicos que generan el efecto del etiquetamiento y la evaluación sobre la base de la deficiencia personal y no respecto de las circunstancias personales, sociales o contextuales de la persona⁶⁹¹. No obstante, y tal como señala O’MAHONY, el análisis de la relación entre la perspectiva de la discapacidad desde la mirada de los derechos humanos y la institución de la inimputabilidad penal no ha sido aun debidamente explorada⁶⁹².

⁶⁸⁹ Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párrafo 47.

⁶⁹⁰ Se podría afirmar que prácticamente todos los Estados de la Comunidad Internacional contemplan en sus legislaciones internas algún tipo de instituto jurídico con las características centrales de la inimputabilidad penal. En los sistemas del common law se lo suele denominar como “insanity defense”. En el derecho español se encuentra regulado principalmente por el artículo 20(1)(3) del Código Penal.

⁶⁹¹ Por ejemplo la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, señala en el artículo 381 que: “Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviere en libertad...”

⁶⁹² [... while the CRPD has had an immediate impact in “reconceptualising disability as a human rights issue” the implications of the Convention remain unclear in respect of persons with disabilities embroiled in the criminal justice system. After all the issues faced by this category of persons are not the same as the issues faced by persons with disabilities facing barriers to employment or access to justice in the civil context. The commission or alleged commission of criminal offences has consequences that can legitimately mandate punishment and restrict liberty and indeed go beyond that in terms of policies that address the perceived dangerousness and risk of offenders with mental health problems....] O’MAHONY, C., (2012) “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Abolition of the Insanity Defence”, Berkley



En segundo lugar, la noción de inimputabilidad penal plantea serios conflictos respecto del derecho de defensa de la persona con discapacidad, así como respecto del principio de *nullum crime sine poena*. En este punto, el impacto de los artículos 12(2) y 13(1), a lo que se podría añadir el artículo 14(1)(b), resultan mucho más claros y contundentes. Lejos de operar como un mecanismo protector de los derechos de las personas con discapacidad mental o intelectual, la declaración de inimputabilidad priva a la persona de un derecho de defensa adecuado, y no permite acceder a la instancia probatoria que eventualmente podría acreditar su inocencia. Desde un punto de vista procesal, la declaración de inimputabilidad se lleva a cabo de forma previa a la etapa probatoria y convierte el proceso penal en una especie de instancia de verificación de la deficiencia, en la cual el principio de legalidad se hace a un lado para dar entrada al dictamen médico que acreditará si la persona puede o no ser declarada inimputable.

Pero unido a lo anterior, los efectos negativos de la inimputabilidad en los derechos de las personas con discapacidad también se proyectan hacia el ámbito punitivo, ya que la persona puede ser pasible de lo que se denomina como una “medida de seguridad”, que puede suponer una privación de la libertad de persona. Es decir que no hay delito, no hay culpabilidad, pero hay pena privativa de libertad. Obviamente, desde una mirada basada en el modelo médico de la discapacidad y que considera el internamiento como una medida protectora de la persona, no se vería a la medida de seguridad como una pena en el sentido de menoscabar el principio de *nullum crime sine poena*. Pero lo cierto es que, en rigor, la medida de seguridad ordenada frente a un caso de inimputabilidad penal en detrimento de una persona que tiene discapacidad mental o intelectual puede ser un claro ejemplo de “privación de la libertad por motivo de discapacidad”, que claramente prohíbe el artículo 14(1)(b) de la CDPD.

5.4.5.2. Capacidad jurídica y protección de la libertad

En segundo lugar, el artículo 12(2) tiene un fuerte impacto en relación con el artículo 14, en especial respecto del inciso (1)(b). El internamiento involuntario de personas con discapacidad en centros psiquiátricos es una práctica generalizada y aceptada por prácticamente todas las legislaciones domésticas, pese a que el propio sistema reconoce que, en esencia, se trata de una privación de la libertad. Una vez más, el modelo social y el reconocimiento del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica se conjugan para cuestionar seriamente esta práctica, y al menos revisar su viabilidad desde la perspectiva de la CDPD.

El artículo 14 de la CDPD establece que:

“...1) Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:



a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2) Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables”.

Esta disposición claramente apunta a garantizar que las personas con discapacidad no se vean confinadas a instituciones o centros de régimen cerrado en razón de su discapacidad, y debe leerse en conexión con el artículo 19, relativo al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Ahora bien, si el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, que a su vez se encuentra reforzado por una garantía de no privación de la libertad por motivo de discapacidad, no es acompañado del reconocimiento al ejercicio de la capacidad jurídica, la persona queda completamente vulnerable a la decisión de su representante legal, que será quien decida sobre un derecho inalienable y personalísimo como este.

El artículo 14 no prohíbe al Estado la posibilidad de ingresar involuntariamente a personas para tratamientos médicos, pero sí prohíbe que dichas medidas se apliquen por “motivo de discapacidad”, es decir, exclusivamente respecto de personas con discapacidad⁶⁹³. El modelo imperante en las legislaciones domésticas establece un régimen

⁶⁹³ En este sentido el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado en las Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados Partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en relación con el artículo 13 que: [...Este artículo asegura que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y la seguridad personal y no sean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente, en razón de la existencia de una discapacidad. Los Estados partes informarán sobre: • Las medidas adoptadas por el Estado Parte para asegurar que todas las personas con cualquier tipo de discapacidad disfruten del derecho a la libertad y la seguridad de la persona y que nadie sea privado de su libertad en razón de su discapacidad; • Las medidas adoptadas para abolir toda legislación que permita la institucionalización o privación de la libertad de todas las personas con cualquier tipo de discapacidad; • Las medidas legislativas y de otra índole adoptadas para asegurar que se ofrezcan a las personas con discapacidad que han sido privadas de su libertad los ajustes razonables necesarios, y se beneficien de las mismas garantías procesales que el resto de las personas para que puedan disfrutar plenamente de los demás derechos humanos...] CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009



diferenciado para la privación legítima de la libertad entre personas con y sin discapacidad, tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal. En el ámbito penal, como se ha visto más arriba, el sistema establece una diferenciación entre imputables e inimputables, y en el ámbito civil, restringe las medidas de internamiento forzoso exclusivamente respecto de personas con discapacidad.

Ahora bien, el modelo imperante en materia de internamiento forzoso se basa en dos premisas, esto es, que existe una enfermedad o trastorno psíquico que requiere de atención médica, y que la persona no puede decidir por sí misma a raíz de dicho trastorno o enfermedad. A su vez, se suele justificar el internamiento (a veces de modo explícito y otras de modo implícito) por los siguientes tres motivos: i) riesgo grave para la salud de la persona; ii) riesgo grave de agresividad social; o iii) grave disminución de la autonomía personal⁶⁹⁴.

Desde el prisma de la CDPD, y más concretamente desde la interacción de los artículos 12 y 14, el esquema señalado queda seriamente cuestionado y requiere una revisión⁶⁹⁵.

En primer lugar, la CDPD desmantela y desnuda las incongruencias y contradicciones de las dos premisas sobre las que se basa el modelo imperante. Recordemos que el test que debemos aplicar al presente caso es el de la “no discriminación por motivo de discapacidad” y todo ello en virtud de los conceptos de discriminación por motivo de discapacidad y de persona con discapacidad que recoge la CDPD.

Por ello, si la razón de la medida de internamiento es la aplicación de un tratamiento médico que se considera necesario para la salud de la persona (es decir, por el propio bien de la persona) por encima de su propia voluntad (resulta indistinto que la voluntad sea negativa o inexistente), ¿cuál es la razón para distinguir entre personas con y sin

⁶⁹⁴ Por una descripción de los regímenes de internamiento domésticos véase: Informe del Secretario General, Progresos realizados para velar por el pleno reconocimiento y el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, A/58/181, 24 de julio de 2003, párrafos 31-33.

⁶⁹⁵ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [... El respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás incluye el respeto de su derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención. Los Estados partes deben eliminar esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 40.



discapacidad, o, lo que es lo mismo, entre personas con y sin trastornos psíquicos? Y la respuesta la encontraremos una vez más en el modelo médico de la discapacidad, que parte del prejuicio y del estigma de la “locura” como un elemento de verificación y tratamiento médico por encima de cualquier consideración personal. Si analizamos un poco las legislaciones vigentes, y más precisamente la práctica procesal, podremos corroborar que el proceso de internamiento se reduce a verificar mediante un dictamen médico que acredita las dos premisas sobre las que se basa el modelo (trastorno psíquico e incapacidad de decidir)⁶⁹⁶.

Ahora bien, si analizamos el modelo de internamiento desde la CDPD, resulta útil esclarecer las obligaciones del Estado Parte desde las tres dimensiones o modalidades de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos; esto es, respetar, proteger y satisfacer⁶⁹⁷.

La obligación de respetar, que principalmente supone obligaciones de no hacer por parte del Estado, viene generada principalmente por el artículo 12(2), ya que iguala a las personas con discapacidad con aquellas sin discapacidad. Es decir, si todas las personas con discapacidad (incluidas las que puedan tener un “trastorno psíquico”) gozan de plena capacidad jurídica, esto es, capacidad de obrar y de tomar sus propias decisiones, entonces el elemento de la incapacidad se cae y solo nos queda centrarnos en el elemento médico o de salud. El artículo 12(2) prohíbe al Estado que un representante legal, o incluso un juez, autorice un internamiento forzoso en nombre de la persona. En otras palabras, aquí el Estado tiene que abstenerse de restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mediante la abolición de las leyes o prácticas que permiten que este tipo de decisiones sean tomadas por personas diferentes a la propia persona con discapacidad⁶⁹⁸.

La obligación de proteger, que principalmente supone obligaciones activas del Estado para garantizar que ninguno de sus agentes o terceros privados violen dichas obligaciones, viene generada principalmente por el artículo 14(1)(b), ya que exige que

⁶⁹⁶ Por una análisis de la afectación del derecho a la libertad desde una perspectiva del derecho a la salud véase: Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, E/CN.4/2005/51, 14 de febrero de 2005, párrafos 38-41.

⁶⁹⁷ Véase en este punto lo señalado en el Capítulo 3 (3.6.1).

⁶⁹⁸ Véase International Disability Alliance’s Forum for the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Contribution to the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights’ thematic study to enhance awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, focusing on legal measures key for the ratification and effective implementation of the Convention, Geneva, September 15th 2008, 2.3. Disponible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org/sites/disalliance.e-presentaciones.net/files/public/files/IDA-CRPD-Forum-submission-to-the-OHCHR-thematic-study-September-15.doc>



ninguna persona con discapacidad sea privada de su libertad por motivo de discapacidad. De nada sirve que el Estado garantice la capacidad de decidir de todas las personas con discapacidad si, al mismo tiempo, permite que una persona por motivo de una discapacidad mental pueda ser ingresada forzosamente en un centro psiquiátrico. Por ello, el artículo 14 de la CDPD también cuestiona seriamente la primera de las premisas del modelo imperante señaladas anteriormente, esto es, existencia de un trastorno psíquico que requiere de atención médica.

Si eliminamos el elemento de capacidad y nos centramos en el elemento médico, el análisis se centraría entonces en determinar si un trastorno psíquico puede justificar un internamiento forzoso, y para evaluar esto es preciso indagar sobre los tres motivos o justificaciones que generalmente se sostienen desde el modelo imperante, esto es, i) riesgo grave para la salud de la persona; ii) riesgo grave de agresividad social; o iii) grave disminución de la autonomía personal.

i) Riesgo grave para la salud de la persona

Aunque la mayoría de las legislaciones vigentes establecen que los internamientos en centros psiquiátricos son de carácter temporal y deben tener un control judicial, la práctica demuestra que el nivel de recuperación de la libertad es muy excepcional. Las personas con discapacidad suelen ingresar a centros psiquiátricos de los que nunca volverán a salir, donde viven en condiciones de hacinamiento, donde la supuesta atención médica es muy deficiente, y donde el nivel de “saneamiento” (si es que ello existe) es ciertamente mínimo, por no decir nulo. Es decir que el fin por el cual las personas ingresan a centros psiquiátricos se desvanece desde el momento que la persona pasa de la puerta de acceso, y los centros pasan a convertirse en depósito de personas no deseadas por la sociedad⁶⁹⁹. Por ello, es preciso destacar que el ámbito de la salud mental se encuentra inmerso en un proceso que tiende a abandonar la técnica del internamiento psiquiátrico a favor de los tratamientos ambulatorios y del tratamiento comunitario⁷⁰⁰. Este movimiento trasciende y precede a la propia CDPD y tiene fuertes raíces en el discurso de los derechos humanos⁷⁰¹. Los centros psiquiátricos son centros destinados claramente a un sector de la población, esto es, personas con discapacidad, y su justi-

⁶⁹⁹ Véase en este sentido los informes elaborados por las siguientes organizaciones: Mental Disability Advocacy Center: <http://www.mdac.info>; Disability Rights International: <http://www.mdri.org>; Human Rights Watch: <http://www.hrw.org/es>

⁷⁰⁰ Véase FERREIRÓS MARCOS, M. E., (2007), Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario, Colección CERMI n° 27; Cinca, Madrid.

⁷⁰¹ Véase Implementation Manual for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, World Network of Users and Survivors of Psychiatry, February 2008. Disponible en: http://wnusp.rafus.dk/documents/WNUSP_CRPD_Manual.pdf



ficación queda definitivamente desmantelada con la entrada en vigor de la CDPD. El artículo 14(1)(b) prohíbe la privación de libertad por motivo de discapacidad, y la práctica del internamiento forzoso en centros psiquiátricos es un claro ejemplo de una privación de libertad por motivo de discapacidad.

El cambio que propone la CDPD en materia de internamiento involuntario es un cambio de paradigma profundo, y, como todo cambio de paradigma, pretende romper estructuras e ideologías fuertemente arraigadas en las mentes y en las prácticas domésticas. Por ello, son entendibles ciertas resistencias al cambio, y, sobre todo, un necesario proceso gradual. Mientras en el ámbito doméstico, este cambio es aún muy incipiente, y, si se quiere, muy resistido, en el ámbito del sistema universal de derechos humanos es posible identificar avances.

En primer lugar, resultan relevantes las Observaciones del CteCDPD respecto de los informes remitidos por los Estados Partes en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD y que claramente señalan la preocupación del órgano de control del tratado respecto del modelo imperante en los Estados Partes⁷⁰². Pero también el

⁷⁰² En este sentido las Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto de los informes remitidos por los Estados Parte en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD resultan concluyentes: Respecto del Informe de Túnez el Comité ha dicho: [...24. En relación con el artículo 14 de la Convención, preocupa al Comité que el hecho de padecer una discapacidad, intelectual o psicosocial por ejemplo, pueda constituir motivo para la privación de libertad en virtud de la legislación vigente. 25. El Comité recomienda que el Estado Parte derogue las disposiciones legislativas que autorizan la privación de la libertad en razón de la discapacidad, incluso de carácter psicosocial o intelectual. El Comité recomienda además que, hasta que se promulgue una nueva legislación, todos los casos de personas con discapacidad que sean privadas de su libertad sean sometidos a revisión y que esta incluya la posibilidad de apelar...], CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011; Respecto de España, el Comité ha señalado: [...35. El Comité toma nota del régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial ("enfermedad mental"), en establecimientos especiales. Le preocupa que, según se informa, se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias ex post facto para las personas afectadas. Le inquietan igualmente los malos tratos de que, según se informa, son objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos. 36. El Comité recomienda al Estado Parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado...] CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011; Respecto de Perú el Comité ha señalado: [...28. El Comité toma nota con preocupación de que el artículo 11 de la Ley general de salud N° 26842 del Estado Parte permite el internamiento forzoso de personas aquejadas de "problemas de salud mental", término que incluye a personas con discapacidad psicosocial, así como a personas con "discapacidad percibida" (personas con dependencia de los estupefacientes o el alcohol). 29. El Comité exhorta al Estado Parte a que derogue la Ley N° 29737 por la que se modifica el artículo 11 de la Ley general de salud con el fin de prohibir la privación de libertad de una persona en razón de su discapacidad, incluida la discapacidad psicosocial, intelectual o percibida.....] CRPD/C/PER/CO/1, 20 April 2012



Comité de Derechos Humanos ha efectuado observaciones similares sobre la afectación del internamiento involuntario de personas con discapacidad frente a los derechos amparados por el Pacto, fundamentalmente en relación con el derecho a la libertad⁷⁰³. Por su parte, los tribunales regionales de derechos humanos han abordado también la cuestión, en donde se comienza a percibir un ligero cambio de rumbo. El TEDH cuenta con una considerable jurisprudencia sobre la relación entre el internamiento involuntario y la afectación del derecho a la libertad conforme al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, actividad que se ha acrecentado considerablemente desde la entrada en vigor de la CDPD. Aunque el Tribunal no llega a la conclusión de que el internamiento en instituciones psiquiátricas resulta, per se, incompatible con la CDPD⁷⁰⁴, lo cierto es que la reciente jurisprudencia ha aportado elementos interesantes hacia una visión de la temática desde la perspectiva de los derechos humanos.

En *Stanev v. Bulgaria* el Tribunal ha señalado que para determinar si un internamiento involuntario es contrario al derecho a la libertad (Artículo 5), se deben analizar tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo de la medida. En la evaluación

⁷⁰³ Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Bélgica: [...19. Al Comité le sigue preocupando la práctica de ingresar a enfermos mentales en las prisiones y los pabellones psiquiátricos de las cárceles belgas, y el largo período de espera que se les impone antes de su transferencia a los establecimientos de asistencia social (EDS) (arts. 7, 9 y 10). El Estado Parte debería, tal como recomendó el Comité en sus anteriores observaciones finales, tratar de poner fin a la práctica de la detención de enfermos mentales en las prisiones y los pabellones psiquiátricos. Debería igualmente aumentar el número de plazas de internamiento en los establecimientos de defensa social y mejorar las condiciones de vida de los enfermos...] CCPR/C/BEL/CO/5, 18 de noviembre de 2010. Argentina: [...24. Preocupa al Comité la información recibida respecto a las deficiencias en la atención de los usuarios de los servicios de salud mental, en particular en lo relativo al derecho a ser oídos y a gozar de asistencia jurídica en decisiones relativas a su internamiento (art. 26 del Pacto). El Estado Parte debe tomar medidas con miras a proteger los derechos de estas personas de conformidad con el Pacto, y de adecuar la legislación y práctica a los estándares internacionales relativos a los derechos de las personas con discapacidad...] CCPR/C/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010; Noruega: [...10. Al Comité le preocupan los informes sobre el uso excesivo de fuerza coercitiva con pacientes psiquiátricos y los deficientes mecanismos de las comisiones de control para vigilar las instituciones de atención de la salud mental (arts. 7, 9 y 10). El Estado Parte debe tomar disposiciones concretas para poner fin al uso injustificado de la fuerza coercitiva y las medidas de restricción de la libertad con los pacientes psiquiátricos. A este respecto, debe garantizar que toda decisión de emplear fuerza coercitiva o medidas de restricción de la libertad irá precedida de una evaluación médica detenida y profesional que establezca el nivel de la fuerza coercitiva o la restricción que deba aplicarse al paciente. Además, el Estado Parte debe reforzar su sistema de vigilancia y presentación de informes sobre las instituciones de atención de la salud mental para impedir los abusos...] CCPR/C/NOR/CO/6, 18 de noviembre de 2011. Adicionalmente, también se han efectuado observaciones similares en relación con la Federación Rusa, CCPR/C/RUS/CO/6, 24 de noviembre de 2009, párrafo 19, o respecto de Croacia, CCPR/C/HRV/CO/2, 4 de noviembre de 2009, párrafo 12.

⁷⁰⁴ Concretamente, el TEDH ha dicho: [...The Court observes at the outset that it is unnecessary in the present case to determine whether, in general terms, any placement of a legally incapacitated person in a social care institution constitutes a “deprivation of liberty” within the meaning of Article 5 § 1...] TEDH, *Stanev v. Bulgaria*, Sentencia de 17 de enero de 2012, Aplicación no. 36760/06, para. 121.



del elemento objetivo el Tribunal se ha centrado básicamente en dos aspectos, esto es, el hecho de si la institución otorga o no a la persona la libertad de salir a su voluntad, así como el tiempo o duración de la medida. En el caso particular (Stanev), el Tribunal ha señalado que el elemento objetivo no estaba justificado por parte del Estado puesto que el reclamante, si bien podía ocasionalmente salir de la institución, sólo podía hacerlo con permiso de las autoridades y bajo estricta supervisión. Adicionalmente, el Tribunal ha determinado que la medida de internamiento dispensada al Sr. Stanev no tenía una fecha cierta de caducidad, y por tanto debía considerarse como una medida que pone en riesgo serio el goce de sus derechos fundamentales⁷⁰⁵. En cuanto al elemento subjetivo, el Tribunal se ha centrado a determinar si la voluntad del reclamante ha sido tomada en cuenta al momento de ordenar la medida. El Tribunal ha encontrado en relación con el Sr. Stanev que, pese a preverse en el derecho doméstico, su voluntad no fue requerida en todo el procedimiento, y que luego fuere trasladado a un centro en Pastra sin haber sido notificado y consultado ni informado de la modalidad o duración del internamiento⁷⁰⁶.

Con ello la jurisprudencia del TEDH ha sentado un criterio o test de evaluación de las medidas de internamiento que trasciende lo meramente formal para introducirse en los aspectos reales de impacto de la medida en el goce efectivo del derecho a la libertad de la persona por un lado, y respecto de la voluntad y los deseos de la persona por otro. Es decir, el hecho de que se hayan seguido todos los pasos legales establecidos por el derecho doméstico no garantiza que la medida sea “legal”. El Tribunal señala que el objetivo del artículo 5 es proteger a las personas de la arbitrariedad y que las medidas restrictivas de la libertad solo deben ordenarse cuando otras medida menos restrictivas han sido consideradas y evaluadas para resguardar el interés público. No obstante, el Tribunal no logra dar el paso adelante que plantea la CDPD, y más precisamente los artículos 12(2) y 14(1)(b), ya que reconoce que *“existen situaciones donde los deseos de la persona con deficiencia en sus facultades mentales pueden válidamente ser sustituidos por aquellos de otras personas actuando en el contexto de una medida protectora, y que, en ocasiones, es difícil determinar los verdaderos deseos o preferencias de la persona en cuestión”*⁷⁰⁷. Más aún, el Tribunal da vía libre al internamiento de personas con discapacidad estableciendo un criterio que reúna los siguientes tres elementos: a) se debe acreditar fehacientemente que la persona padece una enajenación mental; b) la enajenación debe ser de un tipo o grado suficiente como para justificar el confinamiento; c) la validez de la continuidad del confinamiento deberá depender de la persistencia de la deficiencia⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ Idem. paras. 124-129.

⁷⁰⁶ Idem. para.130.

⁷⁰⁷ Idem. para. 130.

⁷⁰⁸ Idem. 145.



En sentido similar se ha pronunciado el CteDH en el marco de las reclamaciones individuales⁷⁰⁹. En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, y a diferencia del sistema europeo, no existe una casuística que permita extraer conclusiones útiles para analizar la perspectiva de la Corte y de la Comisión en relación con la afectación del derecho a la libertad ante medidas de internamiento forzoso por parte de personas con discapacidad. Los dos casos principales que se suelen citar tanto de la Corte (Ximenes Lopes) como de la Comisión (Congo) solo se refieren a las condiciones del internamiento y la eventual afectación del derecho a la vida o a la integridad personal.

En resumidas cuentas, nos encontramos en un momento de transición donde los órganos universales y regionales de derechos humanos aún poco han aportado a la nueva lectura y al cambio de paradigma que la CDPD plantea en relación con la protección del derecho a la libertad de las personas con discapacidad. La coexistencia de instrumentos internacionales que reflejan el viejo paradigma⁷¹⁰ frente al cambio que plantea la CDPD hacen necesario una relectura de los derechos humanos de las personas con discapacidad. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que:

“...Antes de la entrada en vigor de la Convención, la existencia de una discapacidad mental era motivo lícito de privación de libertad y detención en la normativa internacional de derechos humanos. La Convención se aparta radicalmente de ese enfoque y prohíbe por discriminatoria la privación de libertad basada en la existencia de una forma de discapacidad, en particular mental o intelectual. El apartado b) del párrafo 1 del artículo 14 de la Convención establece claramente que los Estados Par-

⁷⁰⁹ Comité de Derechos Humanos. Bozena Fijalkowska Vs. Polonia. Comunicación No 1061/2002. 4 de agosto de 2005. párr. 8.3; A. Vs. Nueva Zelanda. Comunicación No 754/1997. 15 de julio de 1999.

⁷¹⁰ Pensemos, por ejemplo, en los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, que en el principio 16 establece que: [...]. Una persona sólo podrá ser admitida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica o ser retenida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario cuando un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos determine, de conformidad con el principio 4 supra, que esa persona padece una enfermedad mental y considere: a) Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que solo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva. En el caso a que se refiere el apartado b del presente párrafo, se debe consultar en lo posible a un segundo profesional de salud mental, independiente del primero. De realizarse esa consulta, la admisión o la retención involuntaria no tendrá lugar a menos que el segundo profesional convenga en ello...]. G. res. 46/119, 46 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 189, ONU Doc. A/46/49 (1991). En este sentido véase el documento de posición sobre estos principios adoptado por la Red Mundial de Usuarios y Supervivientes de la Psiquiatría, disponible en: <http://wnusp.rafus.dk/pdf/position-paper-on-principles-for-the-protection-of-persons-with-mental-illness.pdf>



tes asegurarán que "la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad". Las propuestas formuladas durante la redacción de la Convención de limitar la prohibición de privación de libertad a los casos "únicamente" determinados por la discapacidad fueron rechazadas. Así pues, constituye detención ilegal la privación de libertad fundada en la combinación de una discapacidad mental o intelectual y otros elementos como la peligrosidad o la atención y el tratamiento. Dado que esas medidas se justifican en parte por la discapacidad de la persona, deben considerarse discriminatorias y contrarias a la prohibición de privación de libertad por motivos de discapacidad y del derecho a la libertad en igualdad de condiciones con los demás previstos en el artículo 14...⁷¹¹.

ii) Riesgo grave de agresividad social

Como se ha visto, el motivo de riesgo a la salud de la persona resulta injustificado para sostener una medida de internamiento forzoso en instituciones psiquiátricas, puesto que la medida es discriminatoria respecto de personas con discapacidad y supone una afectación grave al derecho a la libertad, que a su vez no se corresponde que el resultado que en la práctica se genera respecto de la salud mental de las personas con discapacidad. Diferente es el caso de medidas forzosas sobre tratamientos médicos ambulatorios y precisos, lo cual será analizado más adelante ya que afectaría otros derechos reconocidos en la CDPD.

Ahora bien, también se ha sostenido explícitamente tanto por las legislaciones domésticas, como por la jurisprudencia internacional, que una medida de internamiento forzoso podría estar justificada debido al riesgo de daño que una persona con "trastorno psíquico" pueda generar frente a terceros.

⁷¹¹ Adicionalmente, ha sostenido que: [...Deben abolirse las normas que autorizan el internamiento en una institución de las personas con discapacidad en razón de ésta y sin su consentimiento libre e informado. Ello debe incluir la derogación de las disposiciones que autorizan el internamiento de las personas con discapacidad para su atención y tratamiento sin su consentimiento libre e informado, así como las que autorizan la privación preventiva de libertad de las personas con discapacidad por motivos tales como la posibilidad de que puedan ponerse en peligro a sí mismas o a otros, en todos los casos en que los motivos de la atención, el tratamiento y la seguridad pública estén vinculados en la legislación a una enfermedad mental aparente o diagnosticada. Esto no debe interpretarse en el sentido de que las personas con discapacidad no puedan ser legalmente internadas para su atención y tratamiento o privadas preventivamente de libertad, sino que el fundamento jurídico que determina la restricción de libertad debe estar desvinculado de la discapacidad y definido sin referencia a ésta, de manera que se aplique a todas las personas en igualdad de condiciones...] Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párrafos 48 y 49.



Existen mecanismos válidos por los cuales el Estado puede prescindir de voluntad de una persona o grupo de personas para someterlas forzosamente a un internamiento por motivo de salud, como podría ser un brote epidémico que requiera poner en cuarentena a un grupo de personas. Pero en estos casos excepcionales y de público conocimiento, la medida es ordenada generalmente, el poder ejecutivo y bajo estrictas y acreditadas evidencias de la existencia de un riesgo grave y cierto.

Diferente es el caso respecto del supuesto riesgo que las personas con discapacidad mental pueden suponer para la sociedad mediante sus actitudes agresivas o lesivas. Cuando la razón de la medida de internamiento sea la protección de la sociedad por considerar que existe un grave riesgo de actitudes agresivas de la persona, es importante destacar tres cuestiones.

En primer lugar, que no es ni científica, ni estadísticamente posible acreditar que la agresividad social sea producto de trastornos psíquicos, por lo que no parece justificable que la legislación trace una distinción entre personas que padecen o no dichos trastornos para posibilitar su internamiento forzoso. Ningún estudio de criminalidad puede demostrar que existe una relación directa entre la existencia de una discapacidad mental y eventual comisión de delitos o conductas lesivas hacia terceros.

En segundo lugar, que existen medidas mucho menos restrictivas que se utilizan respecto de otros grupos o situaciones que se consideran riesgosas frente a la sociedad o frente a terceros, como podría ser la “violencia de género”. A diferencia de la situación de personas con discapacidad mental, la regulación por parte del Estado respecto de la protección de mujeres de la violencia de género se encuentra claramente justificada en estadísticas contundentes que demuestran los riesgos ciertos de la violencia machista en la vida e integridad personal de las mujeres, y, sin embargo, los marcos regulatorios solo permiten la privación de libertad en el marco de un proceso penal. Existen órdenes de restricción o medidas de alejamiento que no vulneran el derecho a la libertad del presunto agresor.

En tercer lugar, de admitirse un procedimiento que permitiese al Estado internar a personas por el posible riesgo de su agresividad, dicho procedimiento debería instarse por medio de la vía penal, y gozar de todas las garantías y condiciones probatorias que garantizan el principio de legalidad; ello siempre teniendo en cuenta los cuestionamientos que la CDPD plantea sobre la figura de la inimputabilidad de personas con discapacidad mental y las medidas penales de seguridad.

Con ello, la CDPD, y más precisamente el artículo 14, cuestionan seriamente la posibilidad del Estado de internar forzosamente a una persona con discapacidad mental por motivo de su supuesta agresividad social.



iii) Grave disminución de la autonomía personal

Aunque la mayoría de las legislaciones domésticas no lo establecen explícitamente, la práctica demuestra que la “grave disminución de la autonomía personal con incapacidad para realizar las tareas de cuidado personal más necesario para la supervivencia” puede ser una razón de internamiento forzoso. Y ello se verifica principalmente en los Estados menos desarrollados o con índices de pobreza importantes. Algunos informes de ONGs demuestran que, por ejemplo, en Latinoamérica más de la mitad de las personas ingresan y permanecen en instituciones psiquiátricas sin registrar ningún tipo de discapacidad o riesgo social y son remitidas a dichos centros por encontrarse en situación de calle e indigencia, sin identificación personal o acreditación de tener familia o allegados que puedan asistirlos⁷¹².

Más aún, el razonamiento e incluso el procedimiento judicial del internamiento forzoso se suelen utilizar frecuentemente para ingresar a personas con discapacidad de todo tipo o personas mayores en instituciones de otro tipo, como residencias o asilos de ancianos y centros de rehabilitación física.

El internamiento forzoso no puede seguir convirtiéndose, como lo es en muchos casos, en un modo de resolver las necesidades especiales de las personas con discapacidad, o de solucionar el derecho a los cuidados familiares, quitando a la persona de la vida social y confinándola en instituciones por el resto de su vida.

Es aquí donde emerge la tercera de las dimensiones de las obligaciones internacionales que los artículos 12(2) y 14(1)(b) establecen frente a los Estados Partes aludidas más arriba, y que requiere conectar las disposiciones señaladas con el artículo 19 de la CDPD.

Consecuentemente, la CDPD impone a los Estados Partes en materia de garantía del derecho a la libertad de personas con discapacidad la “obligación de satisfacer” este derecho, principalmente mediante la obligación de tomar medidas activas para garantizar la vida independiente y en la comunidad. De nada sirve reconocer la plena capacidad jurídica de la persona, y de nada sirve garantizar el no ingreso forzoso de personas con discapacidad a instituciones públicas o privadas, si el Estado no establece o dispensa medidas para garantizar la vida independiente y en la comunidad de dichas personas.

⁷¹² Véase Vidas arrasadas: (2007) La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos, Mental Disability Rights International y Centro de Estudios Legales y Sociales, disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/mdri_cels.pdf



5.4.5.3. Capacidad jurídica y vida independiente

El artículo 19 de la CDPD, relativo al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, establece que:

“...Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

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

b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades...”

Aunque la CDPD en rigor es considerada un tratado que recoge una perspectiva específica de no discriminación a personas con discapacidad, y que, por tanto, no recoge nuevos derechos humanos, se ha señalado que el artículo 19 se trataría de un derecho específico de las personas con discapacidad. No obstante, la lectura del artículo 19 revela una clara perspectiva de no discriminación, y en la práctica esta cuestión no conlleva consecuencias importantes. Lo relevante del artículo 19 es que el Estado debe adoptar medidas activas e inmediatas para igualar las condiciones de vida independiente y comunitaria de personas con discapacidad con aquellas que no tienen discapacidad⁷¹³.

⁷¹³ En este sentido el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado en las Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, que en relación con el artículo 19 que: [...Este artículo reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir en forma independiente y a participar en la comunidad. Los Estados partes informarán



Aunque el artículo 19 se debe leer de forma autónoma y los Estados deben informar al Comité sobre sus avances, resulta de vital importancia para cerrar el círculo del marco regulatorio del derecho a la libertad de las personas con discapacidad, principalmente aquellas con discapacidad mental e intelectual.

Algunos Estados, principalmente aquellos con una fuerte perspectiva de “estado social”, han adoptado marcos regulatorios que pretenden reconocer y organizar las condiciones de acceso de las personas en situación de dependencia a ayudas o mecanismos de asistencia que promuevan su autonomía personal⁷¹⁴.

El artículo 19 impone obligaciones a los Estados Partes que, se podría decir transitan por vías paralelas. Y serían obligaciones paralelas puesto que se deben llevar a cabo conjuntamente para desterrar viejas prácticas y usos, e implementar nuevos mecanismos que reemplacen gradualmente las anteriores.

Por una lado, el Estado debe tomar medidas para remover todas las barreras (legales, institucionales, físicas, actitudinales), que impiden a las personas con discapacidad ejercer este derecho, lo que incluye claramente abstenerse de apoyar medidas que menoscaben este derecho, tales como el financiamiento o creación de instituciones psiquiátricas u otros centros destinados a personas con discapacidad que supongan un régimen cerrado, supervisado o controlado de la libertad. Mucho se ha debatido sobre si el artículo 19 recoge la obligación del Estado de no crear nuevas instituciones psiquiátricas o centros análogos, y la verdad es que de la literalidad de la disposición no parece surgir dicha obligación. No obstante, y teniendo en cuenta las conclusiones vertidas en relación con las consecuencias jurídicas de los artículos 12(2) y 14(1)(b), la necesidad de eliminar progresivamente las instituciones existentes, y la necesidad de no crear o financiar nuevas instituciones parece una respuesta lógica y congruente con el propósito de la convención, y con el cambio de paradigma que propone⁷¹⁵.

sobre: • La existencia de sistemas de vida independiente, incluida la posibilidad de disponer de asistentes personales, en el caso de quienes los requieran; • La existencia de servicios de apoyo domiciliarios que permitan a las personas con discapacidad poder vivir en su comunidad; • La existencia y diversidad de opciones en materia de servicios residenciales que permitan diversas fórmulas de vida, incluyendo viviendas compartidas y protegidas que tengan en cuenta el tipo de discapacidad; • El grado de accesibilidad de las personas con discapacidad a los servicios e instalaciones comunitarias de que dispone la población en general...] CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009.

⁷¹⁴ España es un claro ejemplo de ello, a través de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁷¹⁵ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...La segregación de las personas con discapacidad en instituciones sigue siendo un problema generalizado e insidioso que viola varios de los derechos garantizados en la Convención (...)] A fin de cumplir lo dispuesto en la Convención y respetar los derechos humanos de las personas con discapacidad, se debe proceder a la desinstitucionalización, y todas las personas con discapacidad deben recobrar la capacidad jurídica y poder elegir dónde y con quién vivir (art. 19). La elección que haga la persona de dónde y con quién vivir no debe afectar a su derecho a acceder al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 46.



El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha manifestado a este respecto que.

“...Las disposiciones del artículo 19 de la Convención tienen consecuencias de gran alcance para todas las formas de atención institucionalizada de las personas con discapacidad. El reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a formar parte de la colectividad requiere que se abandonen las políticas oficiales que favorecen la atención en instituciones en favor de la atención a domicilio o en residencias y otros servicios comunitarios de apoyo. El elemento fundamental de toda intervención destinada a hacer efectivo el derecho a vivir de forma independiente y a formar parte de la colectividad es el reconocimiento legal explícito del derecho de las personas con discapacidad a decidir dónde y con quién quieren vivir. Este reconocimiento debe también reflejar claramente la ilegalidad de toda decisión de atención en residencias tomada contra la voluntad de la persona con discapacidad...”⁷¹⁶”

La segunda de las obligaciones paralelas que impone el artículo 19 a los Estados Partes se podría resumir como la obligación de que *“...el principio de vivir de forma independiente quede firmemente recogido en un marco legislativo que establezca claramente ese principio como un auténtico derecho, así como las obligaciones de las autoridades y los proveedores de servicios, al tiempo que prevea la posibilidad de acudir ante la justicia en caso de violación de ese derecho. Esos marcos legislativos deberán incluir el reconocimiento del derecho a acceder a los servicios de apoyo necesarios para poder vivir de forma independiente y participar en la vida de la comunidad, así como la garantía de apoyo para una vida independiente, atendiendo a las propias decisiones y aspiraciones del interesado, de conformidad con los principios de la Convención...”⁷¹⁷”*.

Esta segunda obligación general del artículo 19 resulta especialmente importante en relación con la implementación de los sistemas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica establecidos en el artículo 12(3) y que se analizarán más adelante⁷¹⁸.

⁷¹⁶ Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párrafo 50.

⁷¹⁷ Idem, párrafo 51.

⁷¹⁸ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...La interpretación del artículo 12, párrafo 3, a la luz del derecho a vivir en la comunidad (art. 19) supone que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe proporcionarse mediante un enfoque basado en la comunidad...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 45.



5.4.5.4. Capacidad Jurídica y Protección de la Integridad Personal

El artículo 12(2) también tiene una estrecha relación con los artículos 15 y 17 que, en un sentido general, abordan desde diferentes dimensiones el derecho humano y absoluto a la protección de la integridad personal, lo que incluye integridad física e integridad personal.

El artículo 15 de la CDPD sobre protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes establece que:

“...1) Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre e informado.

2) Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...”

Por su parte el artículo 17 de la CDPD sobre la protección de la integridad personal establece que:

“...Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás...”

La relación entre artículo 12(2) y los artículos 15 y 17 se centra principalmente en aquellos tratamientos médicos forzosos que pueden suponer un grave menoscabo del derecho a la integridad personal de las personas con discapacidad, en especial, en relación con el proceso de toma de decisiones respecto de dichos tratamientos⁷¹⁹.

La perspectiva de la CDPD sobre la protección de la integridad personal es, al igual que el resto de los derechos, de no discriminación, es decir, prevenir que las personas con discapacidad sean discriminadas mediante el padecimiento de prácticas o medidas que restrinjan su integridad personal en igual de condiciones con los demás. Y la práctica demuestra que la discriminación en este punto, se cuele de una forma sutil a través de la negación del derecho a tomar sus propias decisiones. Por ello, la importancia de analizar los artículos 15 y 17 de la mano del artículo 12(2).

⁷¹⁹ Véase MINKOWITZ, T., (2012), “No discriminación, capacidad jurídica y derecho a no ser sometido a tratamiento médico obligatorio”, en BARIFFI F. & PALACIOS A., (coord.), *op. cit.*, pp.527-550.



Por ello, si bien hemos concluido que el internamiento forzoso en instituciones psiquiátricas queda definitivamente desterrado en virtud del artículo 14, es preciso en este punto efectuar una aclaración sobre la aplicación de los artículos 15 y 17. Sin perjuicio de que la solución de la CDPD sea la desinstitucionalización de personas con discapacidad, lo cierto es que las conclusiones que se llevan a cabo en este punto serán aplicables tanto a situaciones que se puedan registrar en el marco de una institucionalización como fuera de ella. No resulta incoherente sostener por un lado la desinstitucionalización de personas con discapacidad, y por otro, defender el derecho a la protección de la integridad personal en un contexto de internamiento forzoso. En otras palabras, mientras el análisis de la medida de internamiento debe ser analizada desde la perspectiva del derecho a la libertad, las prácticas médicas o experimentaciones científicas a las que pudiera ser sometida una persona con discapacidad en un régimen de internamiento, deben ser analizadas desde la perspectiva del derecho a la integridad personal⁷²⁰.

Antes de adentrarnos en las situaciones de vulneraciones de los derechos de las personas con discapacidad en materia del derecho a la integridad personal, es importante analizar si el Estado puede legítimamente obligar a una persona a someterse con su voluntad a tratamientos médicos.

¿Podría el Estado por ejemplo obligar a una persona que declara ser Testigo de Jehová a someterse a una transfusión de sangre para evitar un daño grave en su salud? ¿Sería el mismo caso en relación con una persona que registra un cuadro de anorexia o de obesidad que pone en riesgo su vida? La realidad demuestra que estos casos son catalogados como dilemas bioéticos que no encuentran una solución legal y que por lo tanto son resueltos de forma particular según el caso en cuestión. Sin embargo cuando pensamos en personas con discapacidad intelectual o mental, el derecho y la práctica parece no tener dilemas bioéticos al momento de determinar, incluso legalmente, que la voluntad de la persona puede ser reemplazada por un representante legal, o en el mejor de los casos, por un juez. Y es aquí donde se registra la sutileza en la dis-

⁷²⁰ Sin perjuicio de lo señalado es necesario aclarar que la cuestión del internamiento forzoso y la posible privación ilegítima de la libertad, también ha sido abordada desde el marco jurídico de protección contra la tortura. Por ejemplo el Relator Juan Méndez señala que: [... Como la reclusión en un contexto psiquiátrico puede dar lugar a un tratamiento psiquiátrico no consentido, el titular del mandato declaró que la privación de libertad basada en la existencia de una discapacidad podría infligir también una pena o un sufrimiento graves a la persona, con lo que entraría en el ámbito de aplicación de la Convención contra la Tortura (A/63/175, párr. 65). Al hacer esa evaluación deberían tenerse en cuenta factores como el temor y la ansiedad producidos por la detención por tiempo indefinido, la administración forzosa de medicamentos o de electrochoque, la inmovilización y la reclusión, y la separación de la familia y la comunidad, entre otras cosas...] A/HRC/22/23, 1 de febrero de 2013, párrafo 69.



criminación puesto que las personas no son obligadas en rigor a someterse a un tratamiento médico o experimentación científica, sino que su voluntad es sustituida por un tercero que actúa en su nombre, sea un tutor, un médico, o un juez. Por ello, la clave para abordar adecuadamente la protección de la integridad personal de las personas con discapacidad recae básicamente en lo que se denomina como “consentimiento libre e informado”, lo que necesariamente conecta, como se ha afirmado más arriba, los artículos 15 y 17 con el artículo 12(2)⁷²¹.

Entre los principales tratamientos que generalizadamente son dispensados respecto de personas con discapacidad y que suponen un menoscabo o afectación grave del derecho a la integridad persona podríamos citar los siguientes: a) Tratamientos o prácticas en instituciones psiquiátricas como electroshock, sujeción, o alimentación forzosa; b) medicalización forzosa; c) experimentaciones médicas o científicas; y d) esterilizaciones. Cabe aclarar que, en este punto, sólo se han citado aquellas prácticas que se consideran “legales”, es decir, prácticas que el sistema imperante sostiene y defiende como legítimas dentro de un marco de supuesta protección de la persona. Por ello dentro de estas prácticas no se han mencionado aquellas que también suponen un menoscabo de la integridad personal de las personas pero que ningún gobierno defendería como “legales” como podría ser el hacinamiento, la desnutrición, los abusos y malos tratos, las violaciones, etc. Estas prácticas están amparadas por los artículos 15 y 17, así como también por el artículo 16⁷²².

Para analizar las prácticas señaladas es preciso trazar una distinción entre prácticas que puedan suponer un acto de tortura o trato inhumano, cruel o degradante, en las cuales la persona no podría en ningún caso consentirlas, y aquellas prácticas que simplemente podrían menoscabar la integridad personal, pero que la persona podría legítimamente aceptar como una decisión personal libremente aceptada. Si bien en algunos casos la pertenencia a una u otra categoría resulta evidente, en otros el límite no resulta tan claro.

⁷²¹ En la Observación General Nº 1 el CteCDPD señala que: [...Como ha afirmado el Comité en varias observaciones finales, el tratamiento forzoso por parte de profesionales de la psiquiatría y otros profesionales de la salud y la medicina es una violación del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y una infracción del derecho a la integridad personal (art. 17), el derecho a la protección contra la tortura (art. 15) y el derecho a la protección contra la violencia, la explotación y el abuso (art. 16). Esa práctica niega la capacidad jurídica de una persona de elegir el tratamiento médico que ha de recibir y por lo tanto constituye una violación del artículo 12 de la Convención...] Observación general Nº 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 42.

⁷²² Véase Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/63/175, 28 de julio de 2008, párrafos 52-54, y CIADH, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafos 132-150.



En este sentido es relevante destacar las conclusiones vertidas por el ex Relator Especial de la ONU sobre la cuestión de la Tortura Sr. Manfred Nowak en su informe de 2008 cuando lleva a cabo un análisis del marco jurídico internacional contra la tortura en relación con las personas con discapacidad, en especial, respecto del artículo 15 de la CDPD⁷²³.

El Relator comienza por destacar que la CDPD complementa otros instrumentos de derechos humanos respecto de la prohibición de la tortura y los malos tratos proporcionando orientaciones autorizadas adicionales, al tiempo que afirma que “la aceptación de tratamiento involuntario y el encierro involuntario va en contra de lo dispuesto en la CDPD⁷²⁴.

En el punto central del informe el Relator analiza algunas prácticas usuales y generalizadas que los Estados suelen dispensar a personas con discapacidad desde el prisma de los cuatro elementos que un acto u omisión debe reunir para constituir tortura según la definición de la Convención Contra la Tortura, esto es, dolores o sufrimientos graves, intención, propósito y participación del Estado. El Relator encuentra indicios de tortura en prácticas tales como formas de inmovilización y reclusión, experimentos médicos o científicos, intervenciones médicas, abortos y esterilizaciones, terapias electroconvulsivas, intervenciones psiquiátricas forzadas, internamientos involuntarios en instituciones psiquiátricas, violencia y abusos sexuales⁷²⁵.

Más recientemente el actual Relator Especial Juan Méndez, ha vuelto a analizar el artículo 15 de la CDPD en el marco general de protección contra la tortura, y ha señalado que: *“es necesario reafirmar que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ofrece el conjunto más completo de normas sobre esos derechos, entre otras cosas, en el contexto de la atención de la salud, en el que las opciones de las personas con discapacidad suelen quedar invalidadas atendiendo a un supuesto “interés superior” y las violaciones graves y la discriminación contra estas personas*

⁷²³ Comienza el Relator sosteniendo que [...40. Las personas con discapacidad son sometidas a experimentos médicos y tratamientos médicos alteradores e irreversibles sin su consentimiento (por ejemplo, esterilizaciones, abortos e intervenciones encaminadas a corregir o aliviar una discapacidad, como el electrochoque y la administración de fármacos psicotrópicos, en particular los neurolépticos).

41. Preocupa al Relator Especial que en muchos casos esas intervenciones, cuando se practican en personas con discapacidad, pasen inadvertidas o se justifiquen y no se las considere una forma de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Tras la reciente entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, sería oportuno examinar el marco contra la tortura en relación con las personas con discapacidad...] Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/63/175, 28 de julio de 2008.

⁷²⁴ Idem, párrafo, 44.

⁷²⁵ Idem, párrafos 55-69.



pueden encubrirse aduciendo las "buenas intenciones" de los profesionales de la salud⁷²⁶". Más precisamente ha manifestado que "la doctrina de la necesidad médica sigue obstaculizando la protección contra los maltratos arbitrarios en entornos de atención de la salud. Es, por lo tanto, importante aclarar que el tratamiento proporcionado de forma contraria a las disposiciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya sea mediante coacción o discriminación, no puede ser legítimo ni justificarse con arreglo a la doctrina de necesidad médica⁷²⁷", y que "las intervenciones médicas forzosas, que suelen justificarse erróneamente alegando teorías de incapacidad y de necesidad terapéutica contrarias a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se ven legitimadas por las leyes nacionales, y pueden llegar a gozar de un amplio apoyo público al realizarse en aras del presunto "interés superior" de la persona afectada. No obstante, en la medida en que infligen dolor o sufrimientos graves, contravienen la prohibición absoluta de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes⁷²⁸".

El CteCDPD también ha llamado la atención a varios Estados Parte sobre las prácticas en instituciones que pudieran constituir torturas o tratos inhumanos⁷²⁹.

⁷²⁶ A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párrafo 61.

⁷²⁷ Idem, párrafo 35.

⁷²⁸ Idem, párrafo 64.

⁷²⁹ En este sentido las Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto de los informes remitidos por los Estados Parte en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD resultan concluyentes: Respecto del Informe de Perú: [...30. El Comité expresa su preocupación por las numerosas informaciones sobre el recurso continuado a la ingesta forzada de medicamentos, incluidos los neurolépticos, y las precarias condiciones materiales de las instituciones psiquiátricas, como el Hospital Larco Herrera, donde algunas personas han estado internadas durante más de diez años sin recibir servicios de rehabilitación adecuados. 31. El Comité insta al Estado Parte a que investigue sin demora las denuncias de tratos crueles, inhumanos o degradantes en instituciones psiquiátricas, examine exhaustivamente la legalidad del internamiento de pacientes en esas instituciones, y establezca servicios de tratamiento de salud mental voluntarios, con el fin de que las personas con discapacidad puedan ser incluidas en la comunidad y abandonar las instituciones donde estén internadas...] CRPD/C/PER/CO/1, 20 April 2012; Respecto de China: [...27. Por lo que se refiere a las personas con una discapacidad intelectual y psicosocial real o percibida internadas involuntariamente en instituciones, preocupa al Comité que la "terapia correctiva" impartida en las instituciones psiquiátricas constituya un trato inhumano y degradante. Además, el Comité está preocupado por que la legislación china no prohíba todos los ensayos médicos sin consentimiento libre e informado. 28. El Comité insta al Estado Parte a que renuncie a su política de someter a las personas con discapacidad real o percibida a este tipo de terapias y se abstenga de internarlas en instituciones en contra de su voluntad. Insta además al Estado Parte a que derogue las leyes que permitan los ensayos médicos con personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado...] CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012; Respecto de Hungría: [...29. Preocupa al Comité que la Ley N° CLIV de atención de la salud, de 1997, establezca un marco jurídico que permite someter a las personas con discapacidad cuya capacidad jurídica esté limitada a experimentos médicos sin su consentimiento libre e informado, dado que pueden autorizarlo sus tutores legales. El Comité también observa con preocupación que no existe ningún órgano médico independiente al que se confíe el mandato de examinar las presuntas víctimas de tortura y garantizar el respeto de la dignidad humana durante los exámenes médicos, como ha señalado el Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/HUN/CO/5). 30. El Comité insta al Estado Parte a que modifique la Ley N° CLIV de atención de la salud y a que derogue las disposiciones de esta que establecen un marco jurídico que permite someter a las personas con discapacidad cuya capacidad jurídica esté limitada a experimentos médicos sin su consentimiento libre e informado. Asimismo, le recomienda que aplique la recomendación hecha por el Comité de Derechos Humanos en 2010 (CCPR/C/HUN/CO/5) de establecer "un órgano médico independiente al que se confíe el mandato de examinar a las pretendidas víctimas de tortura y garantizar el respeto de la dignidad humana durante los exámenes médicos"...] CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012.



Ahora bien, volviendo a la conexión entre el reconocimiento de la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica –artículo 12(2)–, y la prohibición de tortura –artículo 15–, es preciso analizar si lo que pudiera determinar que un acto sea tortura es la falta de voluntad de la persona sometida al acto en cuestión. Por ejemplo, la sujeción de una persona a una cama por tiempo prolongado ¿podría ser un acto de tortura por el acto en sí mismo o porque la persona no consiente dicha práctica? En este caso parece clara la primera de las opciones, pero el propio artículo 15 de la CDPD en su primer inciso luego de establecer la prohibición general de tortura, señala que “...*nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento...*” Con lo cual parecería que lo que determina la calificación de un acto como tortura o trato inhumano es el forzamiento y no el acto en sí mismo, el cual podría ser perfectamente legítimo si se lleva a cabo con el consentimiento libre e informado de la persona en cuestión.

La respuesta a este interrogante no es menor puesto que aquellos actos que se consideren como torturas o tratos inhumanos, per se, no serían susceptibles de llevarse a cabo bajo ningún concepto, incluso con el asentimiento o consentimiento de la persona, y el Estado debería tomar medidas para desterrar la práctica sin más. No cabe duda que las personas con discapacidad se ven a menudo víctimas de actos u omisiones del Estado que suponen, a todas luces, actos de tortura, como podrían ser la palizas y abusos físicos, las violaciones, la inanición, la sujeción prolongada, el régimen de aislamiento, por nombrar los más usuales. No obstante estas prácticas no requieren ser conectadas con el artículo 12(2), sino más bien con el artículo 13, es decir, acceso a la justicia, y sobre todo con el artículo 16, ya que tales prácticas no pueden llevarse a cabo en ninguna circunstancia (ni siquiera el estado de emergencia o de sitio, conflicto armado, u ocupación militar, eximen al Estado de garantizar la protección frente a dichas prácticas).

El problema se plantea frente a prácticas que se podrían llevar a cabo con el debido consentimiento de la persona con discapacidad. Un buen criterio para determinar si una práctica determinada puede llevarse a cabo con el consentimiento de la persona con discapacidad, es el test de no discriminación, es decir, evaluar si dicha práctica es posible llevarse a cabo respecto de personas sin discapacidad en igualdad de condiciones. En otras palabras, la CDPD igualaría a la persona con discapacidad, respecto de personas sin discapacidad por intermedio del reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica y a la toma decisiones con apoyos. Si una mujer sin discapacidad puede interrumpir un embarazo o ligarse las trompas entonces una mujer con discapacidad podrían hacerlo en igualdad de condiciones.

El test de la no discriminación también nos permitiría desautorizar aquellas prácticas que resultan graves para la integridad personal de las personas con discapacidad y que sólo se llevan a cabo respecto de dichas personas como podría ser el caso de las



terapias electroconvulsivas, la lobotomía, la psicocirugía, o la administración forzada de medicamentos como los neurolépticos y otros medicamentos psicotrópicos. Estas prácticas tampoco estarían dentro de las cuales se podrían autorizar con el consentimiento de la persona y deberían eliminarse sin más, por suponer un acto de tortura. La consideración de estas prácticas como tortura o como una vulneración ordinaria de la integridad personal⁷³⁰ no varía respecto de la validez de las mismas (en ambos casos estaría prohibidas por la CDPD) pero si variaría respecto del tipo de medidas que el Estado debería asumir para su eliminación y represión. En caso de torturas el Estado estaría obligado además, respecto de todo el marco normativo internacional de protección contra la tortura⁷³¹.

Ahora bien, fuera de aquellos casos de prácticas que puedan ser consideradas como tortura per se, existen como hemos visto, otro tipo de prácticas que podrían resultar “lícitas” si son acompañadas del consentimiento libre e informado de la persona. Frente a ello es posible adoptar tres causas posibles. El primer de ello, es considerar que la falta de consentimiento libre e informado de una persona con discapacidad frente a una práctica que suponga una afectación a la integridad personal supone siempre que dicho acto sea pasible de considerarse como una tortura, o un trato inhumano. El segundo de ellos, es considerar que la falta de consentimiento libre e informado de una persona con discapacidad frente a una práctica que suponga una afectación a la integridad personal dependerá para su consideración como tortura o como una vulneración ordinaria de la integridad personal según la gravedad o entidad del acto en cuestión. El tercero de ellos, es considerar que la falta de consentimiento libre e informado de una persona con discapacidad frente a una práctica que suponga una afectación a la integridad personal supone siempre una vulneración ordinaria de la integridad personal. En el primer caso se aplicaría el artículo 15, en el segundo el artículo 15 o 17 según sea el caso, y en el tercer caso se aplicaría directamente el artículo 17.

De todos modos, la distinción señalada en el párrafo precedente no tiene importancia respecto del efecto de la práctica puesto que en todos los supuestos la falta de consentimiento libre e informado supondría que la práctica en cuestión es violatoria de lo estipulado en la CDPD. La diferencia radica, como ha se señalado más arriba, en las respuestas del Estado y el tipo de medidas a aplicar⁷³².

⁷³⁰ Véase en este punto lo señalado en el Capítulo 3 (3.7.2)

⁷³¹ No solo respecto de la Convención Internacional con la Tortura y otros tratados sino también Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

⁷³² Por ejemplo la Ley Nacional de Salud Mental de Argentina (n° 26.657) señala en su artículo 29 que “A los efectos de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud son responsables de informar al órgano de revisión creado por la presente ley y al juez competente, sobre cualquier sospecha de irregularidad que implicara un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía. La sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no relevará al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persistiera. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral y no será considerado como violación al secreto profesional”.



Lo trascendental en este punto es esclarecer qué entiende la CDPD por “consentimiento libre e informado” y, es allí donde el vínculo entre los artículos 15, 17 y el 12 resulta tan relevante⁷³³. El modelo imperante en prácticamente la totalidad de los sistemas domésticos considera resuelto el requisito del consentimiento informado en relación con personas con discapacidad (sean que estén incapacitadas o no), con el consentimiento otorgado por el tutor, curador, familiares, o en el mejor de los casos, por el juez. Como se ha visto el artículo 12(2) reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica lo que supone el derecho a tomar sus propias decisiones. La sustitución en la toma de decisiones personales está prohibida respecto de personas con discapacidad, más aún cuando se tratan de decisiones que pueden afectar gravemente la integridad personal. Con lo cual, para la CDPD, la sustitución en la toma de decisiones en este tipo de cuestiones, tiene el mismo efecto que la falta de consentimiento⁷³⁴.

El consentimiento libre e informado a la luz de la CDPD debe disgregarse en tres elementos claves. El primero es sobre la titularidad de la decisión que en virtud del artículo 12(2) recae siempre en la propia persona con discapacidad. El segundo es sobre los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica que en virtud del artículo 12(3) deben estar disponibles para que la persona con discapacidad pueda contar con la asistencia necesaria que le iguale en condiciones con los demás. Y el tercero es la accesibilidad de la información que debe estar disponible en todos aquellos formatos alternativos que requieran las personas con discapacidad.

El último de los escenarios posible en relación con la protección de la integridad personal, y siempre teniendo en cuenta el test de la no discriminación, son aquellos casos donde el Estado autorice prácticas que puedan suponer una afectación grave de la integridad personal de forma generalizada y aplicable a todas las personas. Como hemos visto, existen casos en los cuales el Estado suele forzar a persona a someterse a tratamientos médicos en contra de su voluntad, ejerciendo un papel paternalista y

⁷³³ Como ha señalado el Relator contra la Tortura Juan Méndez; [...Tal como reconoció el Relator Especial sobre el derecho a la salud, si bien los ordenamientos jurídicos nacionales consagran el consentimiento informado, este con frecuencia corre peligro en el entorno de la atención de salud. Las desigualdades estructurales, como el desequilibrio en las relaciones de poder entre médicos y pacientes, agravadas por el estigma y la discriminación, hacen que personas de determinados grupos se vean, de forma desproporcionada, en la tesitura de no poder ejercer su derecho al consentimiento informado...] A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párrafo 29.

⁷³⁴ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...El Comité recomienda que los Estados partes velen por que las decisiones relativas a la integridad física o mental de una persona solo se puedan adoptar con el consentimiento libre e informado de la persona en cuestión...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 42.



anteponiendo la voluntad de la persona por sobre lo que se considera mejor para resguardar sus derechos⁷³⁵.

Al respecto es importante efectuar dos consideraciones importantes.

En primer lugar, que el único derecho que podría justificar la afectación de una persona de su integridad personal contra su voluntad es el derecho a la vida, aunque este razonamiento no está exento de serios cuestionamientos. Pensemos por ejemplo en el caso de las transfusiones de sangre que se suelen autorizar respecto de personas que alegan ser “Testigos de Jehová” en contra de su voluntad, y que dichas personas rechazan por considerar el derecho a la identidad y a profesar un culto como superiores incluso a la propia vida. No obstante, y al margen de los cuestionamientos señalados, lo cierto es que la inmensa mayoría de los tratamientos médicos a los cuales se somete involuntariamente a las personas con discapacidad, no sólo no logran fundamentar un supuesto riesgo grave e inminente para la vida de la persona, sino que por lo general, no logran siquiera fundamentar su utilidad terapéutica.

En segundo lugar, y aunque consideremos que un tratamiento médico involuntario es posible que sea compatible con la CDPD si logra superar el test de la no discriminación que establece la propia Convención, ello no exime al Estado de tomar salvaguardias y recaudos necesarios para evitar que, en la práctica, una regulación del tratamiento involuntario que formalmente no discrimina, si lo haga en la práctica. Con lo cual, el Estado Parte en la CDPD que quiera regular los tratamientos médicos involuntarios, no solo debe procurar que dichos procedimientos no discriminen desde lo formal, sino que además deberán tomar medidas efectivas para que en la práctica no se discrimine en los hechos⁷³⁶.

5.4.5.5. Capacidad Jurídica y Participación en la Vida Política Y Pública

El artículo 29 sobre participación en la vida política y pública establece que:

“...Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

⁷³⁵ Pensemos por ejemplo en casos de emergencia sanitaria, pero también en casos individuales donde el Estado considera necesario forzar a una persona a someterse a un tratamiento médico determinado.

⁷³⁶ Véase en este sentido: BARIFFI, F. & SMITH, M., (2013) “Same Old Game but with Some New Players: Assessing the Impact of Argentina’s National Mental Health Law on Realising its Obligations under the U.N. Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Regard to the Rights to Liberty and Legal Capacity”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 31(3).



a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas...”

Aunque el artículo 29 pretende reconocer y proteger el goce y ejercicio de los derechos políticos por parte de las personas con discapacidad en un sentido amplio, lo que incluye participación activa como pasiva, y las diferentes instancias de participación política como los sindicatos, la función pública, o los partidos políticos. Esta disposición está llamada a tener un gran impacto en los Estados Partes respecto del aspecto más fundamental y básico de los derechos políticos, esto es, el derecho al voto. Y su vinculación con el artículo 12(2) no resulta casual puesto que la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos internos suelen restringir, o privar, de este derecho a las personas con discapacidad que se ven privadas del ejercicio de su capacidad jurídica.

El vínculo entre el artículo 12(2) y el artículo 29(1)(a) reafirma el derecho de todas las personas con discapacidad al ejercicio del derecho al sufragio en igualdad de condiciones con los demás, lo que requiere que el Estado Parte remueva todas las barreras o impedimentos legales o reglamentarios que impidan a las personas con discapacidad, ejercer este derecho por motivo de su discapacidad⁷³⁷.

La discriminación de personas con discapacidad en relación con el derecho al voto suele ser sutil, en el sentido que el impedimento se genera como consecuencia de otra medida pero cuyas consecuencias se reflejan en el campo de la participación política. Por lo general las personas con discapacidad no están privadas directamente de ejercer el derecho al voto, sino que la prohibición o el impedimento se genera como consecuencia de la restricción o privación de la capacidad jurídica, que como se ha visto, suele tomar la forma de la incapacitación. Más aún, el problema radica principalmente en que el ejercicio del sufragio se trata de un derecho personal e intransferible, por lo cual el representante legal de la persona incapacitada (tutor o curador), no puede ejercer este derecho en su nombre, y por tanto, la respuesta del modelo imperante, es la dene-gación absoluta de este derecho.

⁷³⁷ En este sentido el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado en las Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, que en relación con el artículo 29 que: [...Este artículo garantiza los derechos políticos de las personas con discapacidad. Los Estados partes informarán sobre: • La legislación y las medidas de otra índole para garantizar a las personas con discapacidad, en particular las personas con discapacidad mental o intelectual, derechos políticos, incluyendo, si procede, las limitaciones existentes y las medidas adoptadas para superarlas;...] CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009.



Sin perjuicio de lo señalado, es posible identificar al menos cuatro modalidades o causas de privación del derecho al voto de personas con discapacidad.

En primer lugar, la privación directa por medio de una norma que determina que las personas con discapacidad no pueden ejercer el derecho al voto. Aunque se trata de los menores casos, existen algunos Estado que establecen restricciones directas el ejercicio al voto de personas con discapacidad mental o intelectual. Por ejemplo la Constitución de Uruguay de 1997 establece en su artículo 80(1) que la ciudadanía se suspende por “*ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente*”. Otras Estados tienen disposiciones similares⁷³⁸.

En segundo lugar, la privación indirecta de un reglamento o procedimiento administrativo que habilita al ejercicio de los derechos ciudadanos, y como consecuencia de ello, al ejercicio del sufragio. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en Perú donde el órgano administrativo encargado de confeccionar el padrón electoral (Registro Nacional de Identificación y Estado Civil –RENIEC–) requería que las personas con “impedimento mental” que no había sido declaradas incapaces presentasen una “declaración de asistencia” por obtener su Documento Nacional de Identidad que les permitiría votar, para lo cual requerían que dicha declaración fuera firmada por un familiar o representante legal. Esta práctica ha sido recientemente modificada⁷³⁹ pero es testigo de modalidades administrativas que restringen el derecho al voto a personas con discapacidad intelectual o mental, sin siquiera exigir una declaración judicial de incapacidad.

En tercer lugar, y se trata de una modalidad generalizada y vigente en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, la privación indirecta al ejercicio del derecho voto mediante la declaración de incapacidad absoluta de una persona con discapacidad. El efecto de la sentencia de incapacidad es la de privar a la persona de tomar cualquier tipo de decisiones personales y patrimoniales, lo que redundaría en el derecho a votar. Más aún, lo procedimientos de incapacitación vigentes se encuentran organizados de modo tal que la inscripción de la sentencia de incapacidad, que se lleva a cabo generalmente en el registro de las personas, también se notifica al órgano com-

⁷³⁸ Véase en este sentido lo señalado por Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “The Right to Political Participation for People with Mental Health Problems and Persons with Intellectual Disabilities”, octubre de 2010, p. 15, disponible en: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Report-vote-disability_EN.pdf.

⁷³⁹ Véase el informe: “Yo quiero ser una ciudadana como cualquier otra” Obstáculos para la participación política de personas con discapacidad en Perú, Human Rights Watch, p. 46. Disponible en: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/peru0512spForUpload_0.pdf



petente de confeccionar el padrón electoral. Con lo cual, probablemente en lugar de hablar de un procedimiento de privación indirecta, quizás sería mejor hablar de una privación directa⁷⁴⁰.

Finalmente en cuarto lugar, al privación fáctica al ejercicio del derecho al voto que se genera respecto de aquellas personas institucionalizadas en centros psiquiátricos o quienes no les está permitido salir de las instalaciones sin el consentimiento de la autoridad competente. Existen numerosos casos de personas con discapacidad que se encuentran institucionalizadas y que no han sido incapacitadas legalmente, con lo cual, en teoría, gozarían del derecho al voto. No obstante, debido a la situación de privación de libertad, el ejercicio del sufragio se hace imposible. Está claro que esta modalidad también se encuentra seriamente cuestionada por la CDDP aunque no supone mayores problemas en relación con el artículo 12(2). Ello claro está, siempre y cuando no exista una norma reglamentaria que prive del derecho al voto por motivo de la institucionalización⁷⁴¹.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, estas prácticas han sido objeto de análisis por parte de órganos de control y de tribunales de derechos humanos. Está claro que el derecho al voto es un derecho humano que permite limitaciones y donde el Estado tiene un margen de apreciación relativamente amplio. Con lo cual, el examen radica principalmente en determinar si estas prácticas o modalidades señaladas anteriormente, suponen una discriminación por motivo de discapacidad.

El CteDH ha abordado, como es natural, el derecho al sufragio como un elemento fundamental del Pacto. En este sentido el Comité ha expresado que: “...*Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. Por ejemplo, puede ser razonable exigir que, a fin de ser elegido o nombrado para determinados cargos, se tenga*

⁷⁴⁰ España se encontraría en un caso intermedio puesto que la sentencia de incapacidad puede pronunciarse expresamente sobre la cuestión del voto, cfr. Artículo 3, párrafo 1, incisos b y c. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

⁷⁴¹ En este sentido el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha expresado su preocupación al estado peruano respecto de que: [...El elevado número de casos de personas internadas en instituciones que no han podido ejercer su derecho de voto porque carecen de documentos de identidad, se les prohíbe salir de la institución, no disponen de asistencia especial o se encuentran a distancia del colegio electoral...]. Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Peruano en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, ,CRPD/C/PER/CO/1, 20 Abril 2012, párrafo 44(c).



más edad que para ejercer el derecho de voto, que deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos. El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público...⁷⁴²”

Con lo cual parecería que, al menos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, la privación del derecho al voto a personas con discapacidad mental o intelectual, solo puede establecerse mediante una sentencia judicial que acredite que existe una incapacidad mental.

Ahora bien, como se ha señalado la CPDP, y más precisamente el artículo 12(2) cuestionan seriamente la figura de la incapacidad y demanda el pleno reconocimiento de todas las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Con lo cual, parece evidente que la CDPD exige una nueva mirada sobre la temática a la luz de lo allí establecido.

En este sentido el CteCDPD ha recomendado al Estado Tunecino que. “...se adopten con urgencia medidas legislativas para que las personas con discapacidad, incluidas las que están en régimen de tutela o curatela, puedan ejercer su derecho a voto y participar en la vida pública en pie de igualdad con las demás...⁷⁴³”. Asimismo en relación con España expresó su preocupación que “se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución...” y lamentó “...la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto...⁷⁴⁴”.

⁷⁴² Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), párrafo 4.

⁷⁴³ Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado tunecino en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011, párrafo 35.

⁷⁴⁴ Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Español en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 47. Asimismo véase la preocupación expresada por el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al estado peruano respecto de que: [...El hecho de que las personas con discapacidad que hubieran sido objeto de interdicción judicial continúen sin poder ejercer su derecho de voto y de que aún no se haya inscrito en el registro electoral a todas las personas que fueron excluidas de él; ...], Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el



En el ámbito europeo, el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, ha señalado recientemente que la CDPD “...no deja margen para que se instauren procedimientos a través de los cuales jueces o profesionales médicos determinen la aptitud de una persona para votar y, en función de esto, autoricen o denieguen tal posibilidad”, y que “cualquier prueba de capacidad que no se aplique a todos los ciudadanos sería claramente discriminatoria⁷⁴⁵”. Por su parte la Comisión de Venecia para la democracia a través del derecho del Consejo de Europa ha revisado el código de buenas prácticas en asuntos electorales para la participación de personas con discapacidad estableciendo en su principio primero que “el sufragio universal es un principio fundamental del Patrimonio Electoral Europeo. Las personas con discapacidad no pueden ser discriminadas en este sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁴⁶”.

En lo que respecta a la jurisprudencia internacional es preciso destacar y comentar el reciente caso decidido por el TEDH en materia del derecho al voto de personas con discapacidad.

Estado Peruano en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/PER/CO/1, 20 Abril 2012, párrafo 44(a). Similares observaciones se han formulado respecto de Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 47; China, CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 45; Hungría, CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012, párrafo 45; y Paraguay, CRPD/C/PRY/CO/1, 15 de mayo de 2013, párrafo 61. En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...La negación o la limitación de la capacidad jurídica han sido utilizadas para negar la participación política, especialmente el derecho de voto, a determinadas personas con discapacidad. Para hacer plenamente efectivo el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, es importante que se reconozca la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la vida pública y política (art. 29). Esto significa que la capacidad de adoptar decisiones no puede justificar que se excluya a las personas con discapacidad del ejercicio de los derechos políticos, incluidos el derecho de voto, el derecho a presentarse como candidatas en las elecciones y el derecho a ser miembros de un jurado...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 48.

⁷⁴⁵ Declaración de Thomas Hammarberg, “Persons with disabilities must not be denied the right to vote”, 22 de marzo de 2011, http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=127.

⁷⁴⁶ Revised interpretative declaration to the Code of Good Practice in electoral matters on the participation of people with disabilities in elections, Adopted by the Council for Democratic Elections, at its 39th meeting (Venice, 15 December 2011) and by the Venice Commission at its 89th plenary session (Venice, 16-17 December 2011), disponible en: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)045-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)045-e). Sobre este documento cabe señalar que: [...The Venice Commission’s previous text stated, “No person with a disability can be excluded from the right to vote or to stand for election on the basis of her/his physical and/or mental disability unless the deprivation of the right to vote and to be elected is imposed by an individual decision of a court of law because of proven mental disability.” The revised text rejects this approach...]. Mental Disability Advocacy Center, http://mdac.info/en/19/12/2011/venice_commission_backs_right_to_vote



En *Alajos Kiss v. Hungría*⁷⁴⁷, el Tribunal encuentra al Estado responsable de violar el artículo 3 del Protocolo n° 1 por denegarle el derecho al Sr. Kiss a participar en las elecciones nacionales de 2009 por motivo de su incapacidad acreditada en un proceso que determinó un régimen de tutela absoluta. El respecto el Tribunal formular una serie de consideraciones de suma importancia:

- 1) El derecho a la participación política (activa y pasiva) resulta esencial para establecer y mantener los fundamentos de una democracia efectiva y verdadera sujeta al Estado de Derecho;
- 2) El derecho al voto no es un privilegio sino un derecho. Por ello, en los tiempos que corren, la presunción en un estado de derecho debe estar a favor de la inclusión;
- 3) En el derecho a la participación política (activa y pasiva) existe lugar para limitaciones implícitas y se debe reconocer a los Estados y margen de apreciación en este sentido;
- 4) Para evaluar las limitaciones al derecho a la participación política (activa y pasiva) se debe determinar si las condiciones no menoscaban el derecho en cuestión al punto de impedir su esencia y lo prive de efectividad, esto es: que sean impuestos en miras de un objetivo legítimo y que los medios empleados no sean desproporcionados;
- 5) Objetivo Legítimo. EL Estado alegó como objetivo de la limitación que “los ciudadanos sean capaces de evaluar las consecuencias de sus decisiones y de realizar juicios y conscientes. El demandante no cuestiona esto ni tampoco el Tribunal.
- 6) Proporcionalidad. En primer lugar el Tribunal destaca que la restricción del Estado Húngaro no distingue entre incapacidad parcial o absoluta. Además destaca que no existe evidencia de que la legislatura húngara haya sopesado los intereses en conflicto o evaluado la proporcionalidad de la limitación.
- 7) El Tribunal establece que cuando se trata de restringir derecho de grupos sociales que han sido históricamente discriminados, el margen de apreciación de Estado se debe acortar considerablemente y debe aportar razones de peso para sostener dichas limitaciones.

⁷⁴⁷ TEDH, *Alajos Kiss v. Hungary*, Sentencia de 20 de mayo de 2010, Aplicación no. 38832/06.



8) La limitación al demandante en este caso fue producto de una imposición automática y generalizada para aquellas personas comprendidas dentro del régimen de incapacidad;

9) El Tribunal opina que el etiquetamiento como una categoría unívoca de aquellas personas con discapacidades intelectuales y mentales resulta una clasificación cuestionable y por ello la restricción de sus derechos debe estar sujeta a un estricto escrutinio;

10) El Tribunal concluye que la privación indiscriminada del derecho al voto, sin una evaluación judicial e individualizada, y únicamente basada en una discapacidad mental que requiera de una curatela parcial, no puede ser considerada con el fundamento y el objetivo de este derecho;

Con lo cual el TEDH sienta las bases de una doctrina superadora de los estándares internacionales vigentes. Al parecer para el máximo tribunal europeo la privación del derecho al voto no puede justificarse formalmente sobre la existencia de una incapacitación, a menos que en dicho procedimiento, u otro posterior, el tribunal nacional haya sopesado y probado que la persona se encuentra razonablemente limitada para ejercer su derecho al voto.

Claramente, el dictum del Tribunal marca un nuevo rumbo a la luz de la CDPD aunque no logra entrar de pleno, o relacionar adecuadamente el derecho reconocido por el artículo 29 de la CDPD con el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica contemplado en el artículo 12(2). Si se cae la incapacidad, se caen también sus efectos y el análisis argumentativo debiera ser otro. Probablemente el Tribunal no haya podido abordar el tema relativo a la incapacitación como mecanismo válido a la luz de la CDPD teniendo en cuenta su ámbito de competencia *ratione materiae*, y en su lugar se ha limitado a evaluar e interpretar los tratados europeos de su incumbencia.

5.4.5.6. Capacidad Jurídica y Derechos de Familia

El artículo 23 de la CDPD sobre respeto del hogar y de la familia establece que:

“...1) Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:



a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás....”

En conexión con el artículo 12(2) el artículo 23 de la CDPD impacta de forma directa en al menos tres cuestiones fundamentales del ejercicio de los derechos de familia de las personas con discapacidad, esto es, el derecho al matrimonio, el derecho a la filiación, y la protección de los derechos sexuales y reproductivos⁷⁴⁸. El derecho a la familia es un derecho humano recogido en el Artículo 16 de la DUDH y en el artículo 23 del PIDCP⁷⁴⁹. En este sentido el CteDH ha señalado específicamente en relación

⁷⁴⁸ En este sentido el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado en las Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, que en relación con el artículo 23 que: [..Este artículo reconoce el derecho de las personas con discapacidad a casarse y fundar una familia, a decidir libremente el número de hijos que quieren tener y a mantener su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás. Los Estados partes informarán sobre: • Las medidas adoptadas para asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a casarse y a fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno; • Las medidas adoptadas para que las personas con discapacidad tengan acceso a la planificación familiar, la reproducción asistida y a programas de adopción o de acogida de niños en guarda; • Las medidas adoptadas para que los padres con discapacidad que lo requieran dispongan de la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos, asegurando así la relación padre-hijo; • Las medidas adoptadas para asegurar que ningún niño sea separado de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos; • Las medidas adoptadas para apoyar a los padres y madres, y a las familias de niños y niñas con discapacidad, a fin de evitar el ocultamiento, el abandono, el descuido o la segregación del niño o la niña con discapacidad; • Las medidas adoptadas para evitar la institucionalización de los niños y niñas con discapacidad cuyos padres no puedan cuidarlos y para asegurar que se les proporcione atención alternativa dentro de la familia extensa o, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar; • Las medidas adoptadas para evitar la esterilización forzada de personas con discapacidad, especialmente de mujeres y niñas...] CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009.

⁷⁴⁹ Disposiciones similares también son recogidas en los tratados regionales de derechos humanos. Artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 18 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.



con el artículo 23 que el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. La protección de la familia y de sus miembros se garantiza también, directa o indirectamente, en otras disposiciones del Pacto. De este modo, el artículo 17 estipula que la familia no será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales. Además, el artículo 24 del Pacto prevé concretamente la protección de los derechos del niño, en su condición de menor o como miembro de una familia⁷⁵⁰”.

La CDPD no hace más que reafirmar el derecho humano a la familia de todas las personas con discapacidad aunque añade dos elementos normativos e interpretativos de suma importancia, esto es, la garantía de no discriminación por motivo de discapacidad, y la garantía al reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Con lo cual, el valor innovador del artículo 23 de la CDPD verdaderamente sale a la luz cuando se conecta esta disposición con las otras disposiciones del tratado, pero principalmente, con el artículo 12(2).

De este modo, el artículo 23 de la CDPD impacta directamente en al menos tres ámbitos específicos del derecho de toda persona con discapacidad a gozar plenamente y en condiciones de igualdad de su derecho humano a la familia:

Derecho al matrimonio

Bien sea como parte esencial del derecho a la familia, o bien como un derecho autónomo, el derecho al matrimonio ha sido recogido en todos los tratados internacionales y regionales de derechos humanos. En términos generales este derecho suele materializarse a través de una obligación general de no hacer, donde el Estado debe abstenerse de limitar este derecho de forma arbitraria. El CteDH ha señalado que el derecho incluye la garantía de que el matrimonio cuente con el consentimiento libre y pleno de los contrayentes (de este modo evitar los llamados matrimonio concertados) y que el Estado tiene un margen de discrecionalidad para establecer limitaciones relacionadas con el parentesco o con la capacidad mental de los cónyuges⁷⁵¹. También el CteDESC ha señalado específicamente en relación con las personas con discapacidad que el artículo 10 del Pacto *“implica también, con arreglo a los principios generales del derecho internacional en materia de derechos humanos, que las personas con discapacidad*

⁷⁵⁰ Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).

⁷⁵¹ Ídem. Párrafo 4.



tienen derecho a casarse y a fundar su propia familia. A menudo se ignoran o se niegan esos derechos, especialmente en el caso de las personas con discapacidad mental. En este y otros contextos, el término "familia" debe interpretarse ampliamente y de conformidad con las costumbres locales apropiadas. Los Estados Partes deben velar por que las leyes y las prácticas y políticas sociales no impidan la realización de esos derechos⁷⁵²".

El artículo 23(1)(a) de la CDPD establece el deber de los Estados Partes de reconocer "el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges". Con lo cual, toda limitación al derecho al matrimonio respecto de personas con discapacidad debe considerarse discriminatoria y una violación del artículo 23 de la CDPD.

Pero la CDPD vas más allá de la discriminación directa o manifiesta respecto del derecho de las personas con discapacidad al matrimonio, y por intermedio del artículo 12(2) garantiza que ninguna persona con discapacidad, incluyendo discapacidades mentales o intelectuales, debe ser privada del derecho a tomar sus propias decisiones, es decir, del derecho a manifestar su consentimiento libre y plena para contraer matrimonio.

En este sentido el CteCDPD ha manifestado su preocupación respecto del informe del estado peruano sobre las limitaciones existentes en el Código Civil que deniegan el derecho al matrimonio a personas sordomudas, sordociegas, y con discapacidad mental. Por dicho motivo, el Comité solicita al Estado peruano que modifique el Código Civil a los efectos de garantizar adecuadamente el ejercicio del derecho al matrimonio a todas las personas con discapacidad⁷⁵³.

Con lo cual, la CDPD impone una reinterpretación del margen de apreciación del Estado de restringir el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio por motivo de discapacidad, lo que incluye como se ha señalado a más arriba, la declaración de incapacidad, la cual no podrá afectar directamente este derecho. El estado podrá restringir el derecho de una persona con o sin discapacidad a contraer matrimonio solamente en la medida que se haya evaluado las circunstancias especiales del caso y siempre que la determinación de dichas circunstancias sean equitativas y razonables.

⁷⁵² Aplicación del Pacto Internacional de Económicos, Sociales Y Culturales, Observación general 5, Personas con discapacidad (11 período de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), párrafo 30.

⁷⁵³ Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Peruano en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, ,CRPD/C/PER/CO/1, 20 Abril 2012, párrafos 26-27.



Derecho a la filiación

El segundo de los elementos centrales del derecho a la familia se podría resumir bajo la noción de filiación, es decir, el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes y del cual surgen una serie de derechos y obligaciones mutuos.

El CteDH ha señalado que el “derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos⁷⁵⁴”. El derecho de las personas con discapacidad de procrear será abordado de forma autónoma en el punto que sigue. El derecho de las personas con discapacidad a vivir junto a su familia, incluye tanto el derecho de los padres a conservar la autoridad parental respecto de sus hijos, como el derecho de los hijos de no ser separados de sus padres por motivo de discapacidad de sus padres o de los hijos⁷⁵⁵.

El artículo 23(1)(b) de la CDPD establece que los Estados Partes deben velar por que se *“respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”*.

Una vez más, la clave para entender las restricciones o limitaciones que las personas con discapacidad sufren respecto de su derecho a la filiación pasa por analizar los efectos jurídicos de la incapacidad jurídica, los cuales se suelen proyectar de forma directa en las relaciones paterno-materno-filiales. De allí en la necesidad de conectar el artículo 23(1)(b) con el artículo 12(2) que garantiza que ninguna persona con discapacidad, in-

⁷⁵⁴ Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). Párrafo 5.

⁷⁵⁵ Véase en este sentido lo señalado por el Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Paraguay en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, [...55. Al Comité le preocupa que el Estado Parte refuerce los esquemas de hogares de albergue de niños y niñas con discapacidad en detrimento del derecho que tienen de vivir en familia. 56. El Comité insta al Estado Parte que adopte medidas para alentar a las familias de acogida y apoyar económicamente a familias de ingresos bajos que tienen niños o niñas con discapacidad para que estos puedan permanecer en ellas y participar activamente en la comunidad. El Comité insta también al Estado Parte a garantizar la igualdad de trato de los niños y niñas con discapacidad en el Programa de Acogimiento Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes Sujetos a Protección y Apoyo y a que revise el proyecto de Reglamento Operativo para Subsidio a Familias Acogedoras e Instituciones de Cuidado Residencial y lo adapte a los mandatos establecidos en el artículo 23 de la Convención...] CRPD/C/PRY/CO/1, 15 de mayo de 2013.



cluyendo discapacidades mentales o intelectuales, debe ser privada del derecho a tomar sus propias decisiones, es decir, del derecho a decidir libremente sobre el número de hijo y a ejercer los derechos y deberes derivados de la relación filial.

El TEDH se ha pronunciado respecto de este derecho cuestionando el efecto grave que la privación de la capacidad jurídica puede tener sobre el derecho al respecto de la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del CEDH.

En *X v. Croacia* el Tribunal encontró al estado croata responsable de violar el artículo 8 de reclamante quien había sido declarado incapaz legalmente en un procedimiento interno, al no respetar su deseo de participar del proceso de adopción de su hija. El Tribunal señaló que la separación de la madre con su hija, así como la posterior dación en adopción de la misma, se produjo como consecuencia de la declaración de incapacidad de la madre, cuyos efectos jurídicos influyen, según el derecho interno, en los derechos y obligaciones filiales. El punto clave del fallo señala que *“el Tribunal no ha pasado por alto el hecho que la reclamante haya sido privada de su capacidad de obrar. No obstante, el Tribunal encuentra difícil aceptar que toda persona privada de su capacidad de obrar deba ser automáticamente excluida de un procedimiento de adopción concerniente a su hijo”*⁷⁵⁶.

En *Krušković v. Croacia* el Tribunal encontró al estado croata responsable de violar el artículo 8 de reclamante quien había sido declarado incapaz legalmente en un procedimiento interno, al no permitirle en reconocer de forma eficaz y adecuada su paternidad sobre un niño que consideraba suyo. El Tribunal señaló que debido a la privación de la capacidad de obrar del reclamante, este no pudo acceder a la justicia en nombre propio para reclamar su paternidad, la cual a su vez, contaba con la aprobación de la madre biológica. Por ello, el Tribunal consideró que el estado no había tomado las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho, lo cual no se puede aceptar como una situación que proteja el interés supremo del reclamante y el de su hijo⁷⁵⁷.

Aunque la interpretación del TEDH en relación con los derechos paterno-materno-filiales supone un gran avance respecto de la privación generalizada de estos derechos respecto de personas declaradas incapaces, no logra abordar y cuestionar directamente la validez de la declaración de incapacidad a la luz de lo establecido por la CDPD. Claramente todo Estado puede legítimamente restringir o limitar los derechos y obli-

⁷⁵⁶ TEDH, *X v. Croacia*. Sentencia de 17 de julio de 2008. Aplicación no. 11223/04, párrafos. 47-55.

⁷⁵⁷ TEDH, *Krušković v. Croacia*. Sentencia de 21 de junio de 2011. Aplicación no. 46185/08, párrafos 26-44.



gaciones paterno-materno-filiales en la medida que dicha restricción o limitación no sea por motivo de discapacidad. En todo caso, la mayoría de los Estados contemplan en sus derechos internos situaciones de privación o limitación del ejercicio de la patria potestad lo cual se suele determinar sobre motivos o causas precisas. Las personas con discapacidad no debieran ser evaluadas sobre un patrón médico relativo a su estado de salud mental o capacidad intelectual, sino que debieran ser evaluadas bajo el mismo test que las personas sin discapacidad.

Los derechos sexuales y reproductivos

El último de los elementos centrales del artículo 23 y que tiene relación directa con lo estipulado por el artículo 12(2) es el relativo a la protección de los derechos sexuales y reproductivos. Y ello incluye tanto la garantía de igualdad en el respecto por la sexualidad como el mantenimiento y uso de la capacidad reproductiva de las personas con discapacidad. Como señala PELAEZ NARVÁEZ “*los derechos sexuales y reproductivos son los derechos que garantizan la libre decisión sobre la manera de vivir el propio cuerpo en las esferas sexual y reproductiva; lo que implica el derecho de toda persona a decidir con quién, cuándo y cómo tiene o no relaciones sexuales o descendencia*⁷⁵⁸”.

Este aspecto de los derechos de las personas con discapacidad no solamente ha sido objeto de tabú y de denegación sistemática a lo largo de la historia, sino que además posee un claro componente de género. Es decir, afecta principalmente a las mujeres y niñas con discapacidad.

Aunque la proyección del artículo 23 en este punto es mucho más amplia, en conjunción con el artículo 12(2) resulta particularmente importante respecto de dos cuestiones, esto es, la protección de la capacidad reproductiva de las personas con discapacidad, y la protección del embarazo. Ambas cuestiones se suelen manifestar, con muchísima frecuencia, en las prácticas de la esterilización y el aborto forzoso respectivamente.

En relación con lo primero, la CDPD, a través del artículo 23(1)(c) señala que los Estados Partes deberán asegurar que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

⁷⁵⁸ PELAEZ NARVAEZ, A., (2012b) “Derechos sexuales y reproductivos”, en CERMI (2012), *op. cit.*, p. 260.



La perspectiva de no discriminación de esta norma requiere la revisión de las prácticas usuales de esterilización de personas con discapacidad (principalmente mujeres y niñas) las cuales resultan contrarias a la CDPD en la medida en que no se realicen en el marco de un régimen legal que garantice la no discriminación (es decir diferenciación entre personas con y sin discapacidad) y con el debido consentimiento informado donde sea la propia persona quien toma de la decisión. Es decir, un adulto o niño o niña con discapacidad podría ser objeto de esterilización, sin dicha práctica está prevista para cualquier persona, y si media el debido consentimiento de la persona. Por lo general los ordenamientos jurídicos vigentes sólo permiten la esterilización, tanto masculina como femenina, si existe el consentimiento expreso y formal del interesado, pero sin embargo se permite sustituir dicho consentimiento por el dado por la familia, el representante legal o un juez, cuando se trata de personas con discapacidad. Incluso en el contexto de niños, niñas o adolescentes, la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes no permiten a los representantes legales (padres o tutores) consentir este tipo de prácticas, salvo en situaciones de riesgo cierto e inminente para la vida del menor. Sin embargo lo mismo es permitido sin necesidad de demostrar el riesgo en relación con personas con discapacidad, en clara violación, no sólo de la CDPD, sino también de la CDN.

Así lo ha Observado el CteCDPD respecto del informe de España al señalar su *“su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconoce puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa⁷⁵⁹”*, o respecto de Perú, al manifestar su preocupación *“que la Norma técnica de planificación familiar N° 536/2005 – MINSA de 26 de julio de 2005 permita, como método anticonceptivo, esterilizar a las personas “mentalmente incompetentes” sin su consentimiento libre e informado⁷⁶⁰”*.

La gravedad de la esterilización de personas con discapacidad, ha llevado a que esta cuestión no sólo se aborde desde el marco del derecho humano a la familia, o de los derechos humanos de los niños y niñas, sino también en el marco general de la protección contra la tortura. Así lo ha manifestado el Relator de la ONU contra la tortura

⁷⁵⁹ Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Español en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 37.

⁷⁶⁰ Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Peruano en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafo 34. También el Comité se ha pronunciado en sentido similar respecto de Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 31; o China, CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 33.



Juan Méndez al señalar que *“la esterilización forzada es un acto de violencia, una forma de control social y una violación del derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁷⁶¹*.

En relación con lo segundo, es decir la práctica del aborto forzoso, también la CDPD recoge importantes disposiciones para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho a la reproducción humana. El artículo 23(1)(b) señala que los Estados Partes deberán asegurar que *“se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”*.

La argumentación de este derecho es exactamente la misma que respecto del derecho a mantener la fertilidad, es decir, la garantía de no discriminación. Con lo cual toda práctica, o legislación que habilite el aborto exclusivamente respecto de mujeres o niñas con discapacidad, o que lo habilite respecto de cualquier mujer pero en el caso de mujeres o niñas con discapacidad se permita que la decisión la adopte un familiar, un tutor o un juez, resulta a todas luces una vulneración de la CDPD.

Así lo ha Observado el CteCDPD respecto del informe de Argentina al señalar su preocupación de que *“el representante legal de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de la mujer con discapacidad”⁷⁶²*, o respecto de China al señalar su inquietud *“que tanto la legislación del Estado Parte como su sociedad acepten la práctica de someter a las mujeres con discapacidad a la esterilización y el aborto forzados sin su consentimiento libre e informado”⁷⁶³*.

5.4.6. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales

A la luz de lo señalado es posible inferir que el artículo 12(2) establece las obligaciones de los Estados Partes de:

⁷⁵¹ A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párrafo 48.

⁷⁶² Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Argentino en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 31.

⁷⁶³ Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Chino en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 33.



- Interpretar el concepto de “capacidad jurídica” recogido en el párrafo 2 del artículo 12 a la luz del objeto y fin del tratado –artículo 1 de la CDPD–, del artículo 3.a) de la CDPD, de los trabajos preparatorios, y del artículo 15 de la CEFDM, como “capacidad de obrar” o “capacidad de ejercicio” y deberá comprender el poder de toda persona con discapacidad de tomar decisiones en nombre propio;
- Interpretar la noción de “todos los aspectos de la vida” recogido en el párrafo 2 del artículo 12 como cualquier decisión relativa al goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad que tenga como propósito o efecto crear, modificar o extinguir derecho y/u obligaciones de las cuales la persona resulta titular;
- Entender que el párrafo 2 del artículo 12 reconoce una garantía de igualdad en el goce y ejercicio del derecho de las personas con discapacidad a la capacidad jurídica, y como consecuencia de ello, que se trata de un derecho de aplicación inmediata y no sujeto a restricción alguna por motivo de discapacidad;
- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con aquellas normas o prácticas que permiten la incapacitación de personas con discapacidad por motivo de discapacidad y como consecuencia de ello, el nombramiento de un tutor o curador que sustituye a la persona en la toma de decisiones. Toda norma o práctica que permita declarar a una persona con discapacidad como incapaz de tomar decisiones en nombre propio por motivo de discapacidad deberá considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;
- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 13 de la CDPD sobre el derecho de acceso a la justicia. Las normas o prácticas que menoscaben o denieguen a las personas con discapacidad su derecho de acceso a la justicia en nombre propio y con legitimación procesal para cuestionar cualquier medida que consideren restrictiva de sus derechos humanos por motivo de discapacidad, deberá considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;
- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con aquellas normas o prácticas que permiten privar o limitar la capacidad de ejercicio de los derechos humanos (el derecho al voto, a contraer matrimonio, de acceso a la justicia y otros que se detallarán en los siguientes números) o el desempeño de ciertas funciones o cargos (ejercer como jurado, testigo etc.) por motivo de discapacidad que deberán considerarse como incompatibles con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;



- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 14 de la CDPD sobre el derecho a la libertad y seguridad personal. Las normas o prácticas que permitan la privación de la libertad de personas con discapacidad por motivo de discapacidad tales como la institucionalización por motivo de salud mental o la reclusión en centros psiquiátricos ante alegación de inimputabilidad penal o peligrosidad social, deberán considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;

- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 15 de la CDPD sobre la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Las normas o prácticas que permitan la realización de procedimientos tales como experimentos médicos o científicos, o el suministro de fármacos o sometimiento a tratamientos médicos invasivos sin consentimiento libre e informado por motivo de discapacidad, deberán considerarse como torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Para que el consentimiento libre e informado sea válido el mismo deberá siempre reflejar la decisión de la propia persona y deberá procurar la provisión de los ajustes razonables necesarios;

- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 16 de la CDPD sobre la protección contra la explotación, la violencia y el abuso. Las normas o prácticas que priven en la práctica a la persona con discapacidad de protección contra las situaciones de explotación, violencia, abuso y malos tratos por motivo de discapacidad deberán considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12. Por ello los Estados Partes deberán procurar que todas las personas con discapacidad puedan acceder en igualdad de condiciones con los demás a las autoridades a fin de denunciar en formatos y procedimientos accesibles y, en su caso, de solicitar el castigo de situaciones de explotación, violencia, abuso y malos tratos;

- Prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 17 de la CDPD sobre la protección de la integridad personal. Las normas o prácticas que supongan un menoscabo de la integridad personal, sea física o mental, de las personas con discapacidad tales como las esterilizaciones forzadas, el suministro de fármacos y el sometimiento a tratamientos médicos sin el consentimiento propio de la persona libre, informado y provisto de los ajustes razonables necesarios deberán considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;



5.5. Artículo 12(3): hacia la implementación de un modelo de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica

Aunque la CDPD deja claro el reconocimiento a la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, así como su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones con los demás, la misma también hace eco de que en muchos casos la restitución del derecho a la toma de decisiones de la persona, sin más, podría generar un efecto contraproducente, y por ende, de real desprotección. Por ello en lugar de tomar el camino de la representación legal (sustitución en la toma de decisiones) se establece el sistema de apoyos en la toma de decisiones.

El Artículo 12(3) establece que:

“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Lo que parece muy claro de la interpretación sistemática del Artículo 12, así como de otras disposiciones claves de la CDPD, es que lo señalado por el inciso 3, se ofrece como propuesta, como herramienta, y como reemplazo del modelo de sustitución en la toma de decisiones respecto de personas con discapacidad⁷⁶⁴. La CDPD, asume que ciertas personas con discapacidad no podrán gozar de un pleno ejercicio de su capacidad jurídica con el simple hecho de su reconocimiento absoluto (en virtud del inciso 2), sino que entiende que es necesario disponer de herramientas de apoyo.

Como señala el CEDDIS “...Muchas veces las personas con discapacidad necesitan apoyo, pero no sustitución, pero el apoyo contemplado por la Convención como “apropiado” es el que se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno para propiciar el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad (medio físico y cultural, justicia, vivienda y transporte, servicios sociales y sanitarios, oportunidades de educación y trabajo, vida cultural, gremial y política, deportes y recreación). A diferencia de los sistemas de protección sustitutivos, que atrapan a las personas considerándolas un objeto a tu-

⁷⁶⁴ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 17. Asimismo, véase en este punto lo señalado en el Capítulo 4 (4.3.4).



telar; el apoyo adecuado a la nueva normativa de derechos humanos se encamina a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que decidan por sí mismas lo que quieran hacer y al reconocimiento del valor de su aporte a la sociedad que integran como ciudadanos y “como parte de la diversidad y de la condición humanas” (artículos. 3.d, 8.1.c y 8.2.a) iii de la Convención)⁷⁶⁵”.

La Convención no proporciona datos sobre cómo, o qué rasgos debe tener el sistema de apoyos con lo cual el Estado conserva un cierto margen de discrecionalidad⁷⁶⁶. Todo parece indicar que se trata de una obligación de carácter programático y que requiere una acción reglamentaria por parte del Estado para facilitar su ejercicio. Esto no supone que no se pueda ya solicitar en virtud de la Convención que, un juez nacional, ordene un régimen de apoyo en la toma de decisiones en un caso concreto⁷⁶⁷.

Sin perjuicio de ello, resulta útil recordar que los debates más intensos en torno al Artículo 12(3) se registraron durante la Tercera Sesión de negociación de la CDPD⁷⁶⁸, donde el Grupo de Trabajo la Asociación Canadiense de Vida Comunitaria presentó

⁷⁶⁵ OEA/ Ser.L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1, 28 abril 2011.

⁷⁶⁶ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [... En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y officiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confían para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 17.

⁷⁶⁷ Sin embargo en la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [... los derechos establecidos en el artículo 12 se aplican desde el momento de la ratificación y deben hacerse efectivos inmediatamente. La obligación del Estado, establecida en el artículo 12, párrafo 3, de proporcionar acceso al apoyo necesario en el ejercicio de la capacidad jurídica es una obligación para dar efectividad al derecho civil y político de gozar de igual reconocimiento como persona ante la ley. La "efectividad progresiva" (art. 4, párr. 2) no se aplica a las disposiciones del artículo 12...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 30.

⁷⁶⁸ Véase Informe del tercer período de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, A/AC.265/2004/5, 9 de junio de 2009. Este informe y todos los documentos sometidos a debate pueden consultarse en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3.htm>



informe en el cual, entre otras cuestiones, señala que el modelo de apoyos “se encuentra basado en valores y principios que reconocen que la autonomía personal puede ser expresada interdependientemente; cada persona tiene una voluntad y es capaz de elegir los apoyos personales en sus diferentes formas que habiliten al individuo; el Estado tiene una obligación de proporcionar los recursos que aseguren que aquellos que están aislados puedan conectarse con otros en sus comunidades; el interés de terceros no debe generar la vulneración de derechos personales; y ningún individuo debe ser evaluado en cuando a su capacidad”⁷⁶⁹.

Por su parte la Alianza Internacional de Discapacidad ha señalado al respecto que “las personas con discapacidad que necesitan apoyo para ejercer su capacidad jurídica tienen el derecho a que se les proporcione dicho apoyo. “Apoyo” significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona”⁷⁷⁰.

5.5.1. Los elementos medulares del artículo 12(3)

Sin perjuicio de que los incisos segundo y tercero del Artículo 12 deben leerse e interpretarse de forma conjunta, en tanto que se tratan de elementos necesarios de un modelo que propone de un cambio de paradigma (como dos caras de una misma moneda), lo cierto es que el inciso 3 propone un enunciado novedoso y escasamente abordado por el derecho internacional de los derechos humanos. Con lo cual, resulta de suma dificultad traer elementos de interpretación sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos para escalear o llenar de contenido práctico lo estipulado por el apartado 3 del Artículo 12.

Consecuentemente, deviene útil intentar analizar los aspectos centrales del Artículo 12(3) los cuales podrían resumirse en cuatro: 1) ¿Qué debe entenderse por “medidas pertinentes”, 2) ¿Qué debe entenderse por “personas con discapacidad”?, 3) ¿Qué debe entenderse por acceso a los “apoyos que puedan necesitar”?, y por último, 4) ¿Qué debe entenderse por “en el ejercicio de su capacidad jurídica”?

5.5.1.1 Medidas pertinentes

La primera parte del Artículo 12(3) señala que los Estados “adoptarán las medida pertinentes”. El imperativo verbal parece dar a entender que nos hallamos ante una

⁷⁶⁹ Report of the Canadian Association of Community Living task force on alternatives to guardianship, Toronto: CACL, 1992. Disponible en: http://www.worldenable.net/rights/adhoc3meet_guardianship.htm

⁷⁷⁰ Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance (IDA) Accesible en www.internationaldisabilityalliance.org.



verdadera obligación jurídico-internacional. No obstante, la referencia siguiente a “medidas pertinentes” prácticamente relega dicho imperativo legal a un terreno de gran ambigüedad y discrecionalidad. No cabe duda que el Estado está obligado a implementar las medidas requeridas por el Artículo 12(3), pero claro, todo ello desde la amplitud y el enorme margen de subjetividad que supone determinar cuándo nos hallamos ante una “medida pertinente”.

Probablemente la razón por la cual la CDPD habla genéricamente de medidas pertinentes radique en dos aspectos principales. En primer lugar, que los redactores de la CDPD eran conscientes de que la implementación del artículo 12(3) requeriría de la adopción de obligaciones de realización, es decir, obligaciones positivas por parte del Estado, lo que supondría destinar recursos o gastos adicionales. Por ello, se entiende que las obligaciones impuestas por el Artículo 12(3) son de tipo programáticas (obligaciones de conducta) en tanto que requieren de una regulación específica por parte del Estado para su correcta implementación. Asimismo, también es de entender que la obligación de adoptar medidas pertinentes, sea de aplicación progresiva de conformidad con lo señalado por el Artículo 4(2) de la CDPD⁷⁷¹. En segundo de los aspectos señalados es que los redactores probablemente utilizaron la referencia a “medidas pertinentes”, en tanto que no existían al momento de su redacción ejemplos claros en el derecho internacional de los derechos humanos, de lo que suponen los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica. En cierta manera la CDPD deja librado al Estado el determinar cuáles medidas considera pertinentes para implementar las obligaciones estipuladas en el Artículo 12(3).

Ahora bien, sin perjuicio de la indeterminación y discrecionalidad que encubre la referencia a “medida pertinentes”, existen elementos claves en el propio lenguaje del Artículo 12(3) que nos permiten evaluar con mayor precisión sin nos hallamos, o no, ante las referidas “medidas pertinentes”, las cuales se analizarán a continuación.

5.5.1.2. Personas con discapacidad

En este punto, la lectura sobre el modo de interpretar el concepto de persona con

⁷⁷¹ [...El artículo 12.3. ¿Está sujeto a la cláusula de realización progresiva? Sin un conocimiento previo, parecería que sí. Sin embargo, existen casos interesantes estudiados alrededor del mundo, acerca de como los apoyos pueden ser utilizados de una manera efectiva por la comunidad sin un costo para el Estado. Estos modelos necesitan ser enfatizados y propagados. Mi sentido, es que el Estado necesita actuar a fin de poner en su lugar un régimen regulador que permita que estos apoyos puedan emerger, para que puedan ser tratados seriamente por las terceras partes y por el poder de policía. Parafraseando al slogan: “no queremos tu asistencia, queremos nuestros derechos”....] QUINN, G., (2012), *op. cit.*, p. 51. Sin embargo como ya se ha señalado más arriba en la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...La "efectividad progresiva" (art. 4, párr. 2) no se aplica a las disposiciones del artículo 12....] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 30.



discapacidad, es exactamente el mismo que el señalado respecto del Artículo 12(2) referido supra⁷⁷². No obstante, es importante destacar, que las medidas de apoyo recogidas por el Artículo 12(3) si bien tienen como principal destinataria a las personas con discapacidad, ello no es óbice para que las mismas puedan ser utilizadas por otros colectivos o grupos como los niños y niñas, las personas mayores, o las personas en situación de vulnerabilidad social, como personas en situación de pobreza, o personas analfabetas o con educación deficiente.

5.5.1.3. Apoyos que puedan necesitar

Esta frase encubre dos aspectos centrales para comprender cabalmente la obligación estipulada por el Artículo 12(3), esto es, ¿Qué se entiende por apoyo? y ¿Qué implica “que puedan necesitar”?.

Para la Real Academia Española, la palabra apoyo significa ayudar, favorecer, sostener, auxiliar, prestar un favor, o proteger. Con lo cual, la propia naturaleza del concepto no nos denota una acción en la cual la participación del sujeto que requiere del apoyo sea necesaria. La versión en inglés del Artículo 12(3) habla de “support” cuya naturaleza resulta quizás más ilustrativa de lo que se busca denotar con dicha palabra. Probablemente el concepto más adecuado sería el de “asistencia”, el cual denota en lengua española una labor de un tercero que asiste o presta un servicio o ayuda a una persona.

Más allá de la etimología del término “apoyo”, lo cierto es que el Artículo 12(3) debe interpretarse en conjunto con todo el texto de la CDPD, y en este punto resulta de vital importancia lo señalado en el preámbulo (inciso j) “Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”, pero principalmente por el primer principio recogido en el Artículo 3, el cual reza: “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. Con lo cual la CDPD recoge como principio general⁷⁷³ el derecho de las personas con discapacidad “a tomar las propias decisiones”. Adicionalmente, el inciso 4 del Artículo 12 señala que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

Por ello, el “elemento de define o caracteriza el modelo a apoyo es justamente la voluntad decisoria del sujeto que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de repre-

⁷⁷² Véase lo señalado en punto 5.4.1 supra.

⁷⁷³ Véase en este punto lo señalado en el Capítulo 3 (3.6.1).



sentación por sustitución, sigue en cabeza de la propia persona con discapacidad⁷⁷⁴. En otras palabras, el modelo de apoyos tiene como objetivo asegurar que sea siempre la persona con discapacidad quien decida⁷⁷⁵.

De este modo, resulta irrelevante si una medida legal lleva el nombre de apoyo o asistencia, ya que lo que importa es quien decide. El modelo de apoyos previsto por la CDPD puede mantener alguna de las características del modelo de asistencia previsto en algunas legislaciones vigentes⁷⁷⁶, pero no se trata de lo mismo. Y ello no sólo en cuanto al diferente bien jurídico protegido, sino principalmente, porque el modelo de asistencia se suele centrar “en la formalización de acto jurídico” en tanto que el modelo de apoyos no solo se centra en dicho ámbito, sino que además se proyecta sobre el “proceso de la toma de decisiones”.

Por otro lado, la frase “que puedan necesitar” nos enfrenta ante la cuestión de si los apoyos previstos por el Artículo 12(3) deben ser impuestos, o deben quedar a la exclusiva voluntad de la persona. En otras palabras, ¿Quién debe determinar la situación de necesidad? ¿El Estado en un rol de protección o la propia persona según sus necesidades y voluntad? Se trata sin duda alguna de una cuestión de vital importancia para su implementación práctica y que la propia CDPD no brinda respuestas claras en ningún sentido. El inciso 4 del Artículo 12 señala que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica (...) respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”. Ahora bien, existe un interés y un deber del Estado de prestar apoyo a las personas en situación de vulnerabilidad, y lo cierto es que muchas personas con discapacidad no tienen en la realidad capacidad fáctica de solicitar siempre medidas de apoyo. Es decir, optar por la tesis que sólo la persona puede solicitar las medidas de apoyo, podría condenar a muchas personas con discapacidad a no poder beneficiarse de dichas medidas, sea por no conocerlas, por estar marginadas socialmente, por estar institucionalizadas, o por no tener ningún tipo de red social o familiar que les puede servir de apoyo. Por ello, probablemente sea necesaria implementar un sistema que permita a las autoridades públicas y a terceros solicitar medidas de apoyo a favor de personas con discapacidad⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ BARIFFI, F., (2009), *op. cit.*

⁷⁷⁵ Véase en este sentido: Who Gets to Decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities, Human Rights Commission, Council of Europe, CommDH/IssuePaper (2012)2, Strasbourg, 20 February 2012.

⁷⁷⁶ Por ejemplo el artículo 289 del Código Civil Español señala que la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

⁷⁷⁷ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...Un régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos (...). Aunque esos regímenes pueden adoptar muchas



No obstante, ello no resuelve el problema que se podría suscitar si la propia persona, ante la autoridad judicial, manifiesta que no considera necesario la designación de medidas de apoyo⁷⁷⁸. En este sentido debe tenerse presente que la frase “apoyo que puedan necesitar” inserta en el párrafo 3 debe interpretarse desde la perspectiva del modelo

formas, todos deben incluir determinadas disposiciones esenciales para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la Convención, entre ellas las siguientes: a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos. El grado de apoyo que necesite una persona, especialmente cuando es elevado, no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones. b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo. c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas. d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida. e) A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención de que los Estados partes deben adoptar medidas para “proporcionar acceso” al apoyo necesario, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y por que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad. g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento. h) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona. i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 29.

⁷⁷⁸ En el apéndice de este trabajo se ha propuesto abordar estas situaciones del siguiente modo: “...Corresponde a la propia persona promover la solicitud del artículo anterior [medidas de apoyo]. La solicitud judicial podrá también ser promovida por cualquier persona interesada bajo la condición de que la persona beneficiaria consienta personalmente ante el juez. El solicitante de medidas de apoyo será siempre parte del proceso y deberá contar con patrocinio letrado propio, o a falta o imposibilidad de este, con defensa pública. El solicitante podrá en todo momento desistir de la acción o, en caso de encontrarse vigente una sentencia judicial que ordene un régimen personalizado de medidas de apoyo para al ejercicio de la capacidad de obrar, el beneficiario podrá en todo momento solicitar su suspensión o cancelación de sus efectos. El juez, o el ministerio público podrán rechazar la solicitud de desistimiento, suspensión o cancelación si sospechan que los derechos patrimoniales o personales del solicitante o beneficiario podrían estar en riesgo. En dicho caso la resolución debe estar fundada y el solicitante o beneficiario podrá aportar prueba que demuestre que la decisión no importa un riesgo y se tomó de forma libre e informada...” Véase apéndice *infra*.



social de discapacidad recogido en el inciso e) del preámbulo, es decir, “que es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Consecuentemente la “necesidad” de los apoyos debe determinarse desde la existencia de “barreras debidas a la actitud y al entorno” y no meramente mediante patrones médicos. En última instancia, si las medidas de apoyo mantienen efectivamente el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, tampoco dichas medidas deben considerarse como lesivas o violatorias de los derechos personales⁷⁷⁹. No obstante la visión desde las OPDs es que los apoyos deben siempre respetar los deseos de las personas⁷⁸⁰.

5.5.1.4. En el ejercicio de su capacidad jurídica

Mientras la mayoría de la doctrina y expertos suelen hablar de “apoyos en la toma de decisiones”, lo correcto sería hablar de “apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica”. La prestación de apoyo, como señala DHANDA, es un mecanismo integral diseñado por la CDPD para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. El art. 12(3) reconoce este apoyo de manera genérica, pero la obligación de promover formas de asistencia y apoyo aparece también específicamente contemplada en otros preceptos (en el artículo 9 en relación con el acceso a la información, en el artículo 23 en relación con la crianza de hijos, en el artículo 24 en relación con la educación, en el artículo 29 en relación con el derecho al voto). Esta extensión del apoyo refuerza el reconocimiento general otorgado a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en “todos los aspectos de la vida” en el artículo 12(2) de la CDPD.

La visión clásica de nuestro derecho civil nos lleva frecuentemente a pensar que las referencias a los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, que se indica en el apartado 3, se limitan al denominado proceso de toma de decisiones y el apoyo, por lo tanto, estaría relacionado más directamente a las personas con discapacidad mental o intelectual.

⁷⁷⁹ Ello resulta más complicado si optamos por un régimen jurídico de medidas de apoyo que permitan en casos excepcionales, la existencia de acciones de representación (Véase lo señalado en el punto 5.5.3.1 *infra*).

⁷⁸⁰ [...People with disabilities who need support to exercise legal capacity have a right to be provided with such support. Support means the development of a relation and ways of working together, to make it possible for a person to express him or herself and communicate his or her wishes, under an agreement of trust and respect reflecting the person’s wishes...] Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance (IDA) Accesible en www.internationaldisabilityalliance.org



En este sentido no puede pasarse por alto que los ajustes o apoyos necesarios para ejercer plenamente la capacidad jurídica, entendida en relación con los dictados del artículo 3 de la CDPD, son necesarios no sólo para las personas con discapacidad mental o intelectual, sino también para otras personas con otras discapacidades que podrán ejercer este derecho en igualdad de condiciones.

Por lo tanto, el apoyo al que se refiere el apartado 3, incluye los mecanismos necesarios para garantizar que cualquier persona con discapacidad pueda, con autonomía, independencia y libertad, ejercer su capacidad jurídica en relación con todos los aspectos de la vida, lo que implica en la práctica reconocimiento de la plena garantía de la accesibilidad en todas sus dimensiones.

El ejercicio de la capacidad jurídica no debe limitarse a la toma eficaz de decisiones, sino también comprender un momento anterior del descubrimiento y expresión de los deseos y preferencias.

De este modo, la noción de “apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica” se conecta indefectiblemente con las nociones de accesibilidad y ajustes razonables⁷⁸¹. Por ejemplo, la necesidad de una persona sorda de un intérprete de lengua de señas para ejercer su capacidad jurídica (digamos en la compra de una propiedad), lo cual debe abarcar no sólo el momento específico y concreto de manifestación de la voluntad ante el notario, sino todo el proceso de toma de decisión, es decir, comunicarse con el agente inmobiliario, con los propietarios, con el banco que otorga el crédito, con amigos o personas que puedan asesorarlo, todo ello, ¿debe considerarse desde la noción de apoyos prevista en el Artículo 12(3) o desde la noción de ajustes razonables?⁷⁸² Más allá

⁷⁸¹ [...] La accesibilidad de los ámbitos en los que debe desplegarse la capacidad jurídica resulta crucial para lograr la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos. Cuando las medidas de accesibilidad no son suficientes, debe establecerse un sistema de apoyo personalizado adaptado a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica...] CUENCA GÓMEZ, P., (2011) “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español” en *Derechos y Libertades*, Número 24, Época II, p. 238.

⁷⁸² En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...] Los derechos establecidos en el artículo 12 están estrechamente vinculados con las obligaciones de los Estados relativas a la accesibilidad (art. 9), porque el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es necesario para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. El artículo 9 exige que se identifiquen y eliminen los obstáculos para acceder a las instalaciones o servicios abiertos u ofrecidos al público. La falta de acceso a la información y la comunicación y los servicios inaccesibles pueden, en la práctica, constituir obstáculos a la efectividad de la capacidad jurídica de algunas personas con discapacidad. Por consiguiente, los Estados partes deben garantizar la plena accesibilidad de todos los procedimientos para el ejercicio de la capacidad jurídica y de toda la información y comunicación correspondiente. Los Estados partes deben examinar sus leyes y prácticas para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica y la accesibilidad sean efectivos...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 37.



del aspecto técnico, lo importante en este punto es que el Artículo 12(3) abarca “todo el proceso de toma de decisiones” y no exclusivamente en momento concreto de la expresión de la voluntad. Esto resulta particularmente importante dado que todas nuestras reglas de derecho civil se suelen centrar o abocar al momento jurídicamente relevante para dicho ámbito del derecho, esto es, el “acto jurídico”.

La noción del “apoyo” no nace desde una ficción jurídica que crea una institución determinada, sino que más bien irrumpe en el Derecho desde una visión social de las relaciones humanas, que se caracterizan por el paradigma de la interdependencia. En otras palabras, todas las personas acudimos a diario, y con frecuencia, a todo tipo de apoyos para la toma de decisiones, muchas de la cuales, tienen efectos jurídicos. Mientras el modelo clásico de protección se ha centrado exclusivamente en la formalización del acto jurídico –principalmente actos de tipo patrimoniales– y ha considerado a la “seguridad jurídica” como máximo bien a tutelar, el modelo de apoyos que recoge la CDPD resulta mucho más amplio al entender la formalización del acto jurídico como la última instancia de un proceso complejo y humano, y donde el principal bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.

Por ello autores como BACH señalan que “apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica” deben proyectarse más allá de los ámbitos que regulan la validez de los actos jurídicos y de este modo abarcar medidas tales como: - Asistencia para la toma de decisiones para demostrar y ejercer la personalidad jurídica, incluyendo la capacidad de obrar; - Información y campañas de sensibilización en materia de derechos humanos, capacidad jurídica, toma de decisiones con apoyos, redes de representación en la toma de decisiones; –Apoyos en la defensa de la persona para el ejercicio y la protección de su derecho a la capacidad jurídica, y Sistemas de apoyo comunitarios que proporcionen apoyos relacionados con la discapacidad que sean individualizados, flexibles y responsables⁷⁸³”.

5.5.2. Las características del sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica

Sin perjuicio del silencio del artículo 12.3 sobre las características del sistema de apoyo en la toma de decisiones, la lectura comprensiva del artículo 12 con todas las disposiciones de la Convención nos permite sugerir algunas características principales:

⁷⁸³ BACH, M., (2012), *op. cit.*, pp. 85-87.



5.5.2.1. Gradual

La implementación del sistema de apoyos requerirá una implementación gradual del mismo. Como destaca el Foro Europeo de Discapacidad “es evidente que poner en marcha un sistema como este llevará tiempo. Si todas las medidas tradicionales de tutela se suprimen de golpe el sistema se volverá inoperante. El sistema de apoyo en la toma de decisiones y el sistema tradicional de tutela deberán funcionar en paralelo durante el periodo de tiempo necesario hasta que la transición se haya completado”⁷⁸⁴

Ahora bien, la gradualidad del sistema no solo viene dada por una transición de un modelo a otro, sino también por el carácter progresivo de la obligación recogida en el Artículo 12(3). No obstante, lo que si queda claro es que los Estados Partes en la CDPD deben comenzar a “tomar medidas pertinentes” de forma inmediata, sin perjuicio de que dichas medidas contemplen un plan de implementación gradual y progresivo. Además, y teniendo en cuenta la inercia del modelo de incapacidad/tutela vigente en la mayoría de los Estados Partes de la CDPD, una verdadera transición supone una fecha de caducidad del modelo vigente, y no simplemente la implementación de un modelo paralelo que, en la práctica, sea relegado a una aplicación marginal o excepcional⁷⁸⁵.

5.5.2.2. Complejo

El sistema de apoyo supondrá la implementación de un sistema complejo que no sólo requerirá de reformas legales, sino también de una acción política del Estado que garantice, entre otras cosas, educación y recursos financieros adecuados. Es por ello que no consiste simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de “persona de apoyo” en las legislaciones nacionales. En virtud de lo señalado por los Artículo 4 y 8, el Estado Parte en el cumplimiento de las obligaciones emergentes del Artículo 12(3) deberá, entre otras cosas, “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes”, “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos,

⁷⁸⁴ Cfr. Elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones, Propuesta de Posicionamiento del Foro Europeo de la Discapacidad (EDF), DOC-AGA-08-05-02

⁷⁸⁵ Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, en la Observación General N° 1 el CteCDPD parece indicar lo contrario al establecer que: [..La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 28.



costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”, “tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad”, “abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella”, “promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos”, “sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas”, “luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida”, y “promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad”.

5.5.2.3 Diverso

Para que el sistema de apoyos cumpla su cometido y resulte efectivo, el mismo deberá adaptarse a las diferentes situaciones personales y a las diferentes deficiencias intelectuales o mentales de la persona en cuestión. Hay que pensar en diferentes tipos de “apoyo” sobre la base de: el tipo de acto jurídico: por ejemplo diferenciar ente actos trascendentales para la vida y/o el patrimonio de la persona (matrimonio, venta o compra de una casa, donación), y actos ordinarios de la vida común (reformular su casa, ir de viaje, suscribirse a un club deportivo) siendo en este último caso prácticamente innecesario el apoyo; el tipo de figura de apoyo adecuado. Será necesario poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que mejor se adapten a su situación particular. Por ejemplo, la posibilidad de un asistente personal, o la de un familiar, o la de un grupo de amigos, o la de una asociación, o la de un ombudsman o defensor oficial⁷⁸⁶.

⁷⁸⁶ [...] Different types of support should be promoted and encouraged to meet the wide range of needs among people with disabilities and allow for personal choice among different options. Types of support may include, for example, support networks, personal ombudsperson, community services, peer support, personal assistant, and advance planning. Age, gender, cultural and religious preferences, and similar factors must be taken into account, as well as needs expressed by people with different types of disabilities. [...] Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance (IDA) Accesible en www.internationaldisabilityalliance.org; [...] El apoyo podría consistir en asistentes personales o en pares, o podría incluso tratarse únicamente de una declaración por escrito de las preferencias de la persona con discapacidad. Lo que la Convención demanda es que el apoyo se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad. [...] Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD de 21 de junio de 2008, accesible en: www.internationaldisabilityalliance.org



De este modo, el deber del juez es garantizar que la persona pueda ejercer su derecho a tomar decisiones de forma autónoma, pero con el apoyo que requiera, como señala la CDPD, “en todos los aspectos de la vida”. Ello supone que el modelo de apoyos se proyecta tanto en los aspectos personales como patrimoniales, y que algunas medidas de apoyos tengan mayor incidencia en la vida social de la persona que en el Derecho. Pensemos por ejemplo un apoyo respecto de una persona con discapacidad mental que le permita recibir apoyo y contención de pares en momentos de crisis o ansiedad. En rigor este tipo de apoyo parece no tener efectos directos sobre la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. No obstante, dicho apoyo puede tener una importancia trascendental para el ejercicio de derechos personalísimos de la persona, o incluso indirectamente en derechos patrimoniales concretos (por ejemplo, el apoyo puede evitar una situación de prodigalidad).

Los ordenamientos jurídicos vigentes suelen distinguir entre actos personales, actos de administración y actos de disposición. Ahora bien, si analizamos bien jurídico protegido por cada una de dichas esferas, es posible entender que los principios éticos aplicables y las consecuencias jurídicas son muy diferentes. Mientras en materia de actos o decisiones que hacen a la persona, lo que suele estar en juego son derechos personalísimos como la vida, la dignidad, la integridad personal o la libertad, en materia de actos de administración y disposición, lo que suele estar en juego son derechos patrimoniales. Desde dicha perspectiva resulta evidente que la modalidad, intensidad, y salvaguardias de los apoyos será muy diferente en cada caso.

5.5.2.4. *Respetuoso*

El sistema de apoyo debe ser respetuoso con los deseos, preferencias y voluntad de la persona que debe ser siempre tenida en cuenta también en la elección de la propia figura de apoyo. En la mayoría de los sistemas vigentes la designación del representante (curador o tutor) se discierne sobre la base de criterios aparentemente objetivos como el grado de parentesco, solvencia económica, moralidad, carencia de antecedentes de mala conducta, etc., pero nunca sobre la base de la elección o voluntad de la persona⁷⁸⁷. El modelo previsto por la CDPD parte de la premisa de que la propia persona debe decidir quién o quienes han de desempeñarse como personas de apoyo. Asimismo, en la mayoría de los sistemas vigentes donde se designa un representante legal (tutor o curador), la voluntad de la persona es lisa y llanamente ignorada en el ejercicio

⁷⁸⁷ Cabe aclarar que algunas legislaciones como la española permite que la propia persona designar tutor pero solo cuando esté plenamente capaz y en previsión de una futura incapacidad. Cfr. Artículos 223(2º párrafo) y 234(inciso 1º).



de la tutela o curatela. Técnicamente dicho representante no requiere estar en contacto directo con la persona, y puede incluso ejercer la tutela o curatela, por decirlo en un sentido figurado, desde un escritorio. Ello no implica que el representante tenga libertad absoluta de actuar en nombre de su representado puesto que los ordenamientos jurídicos suelen regular controles estrictos, principalmente en la esfera patrimonial, como confección de inventario o rendiciones de cuentas, pero no requieren de consultar a la persona en la toma de decisiones. Generalmente se ha entendido que los tutores o curadores deben actuar según la concepción de la diligencia de un “buen padre de familia”⁷⁸⁸. Esta concepción resuelve sin lugar a dudas los posibles conflictos de intereses entre la persona y su representante, en tanto que la primera queda excluida de la ecuación. O en otras palabras, no es posible que exista conflicto de intereses, fuera de los casos planteados por el derecho vigente⁷⁸⁹, ya que la persona bajo tutela o curatela no tiene capacidad legal de oponerse a las decisiones del tutor o curador.

Asimismo, es necesario destacar que el sistema de apoyos tiene como objetivo apuntalar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, la cual, como se ha señalado ya, es considerada como la puerta de acceso a todos los derechos humanos. Y esto sitúa el bien jurídico protegido en “el ejercicio de los derechos” y no en la protección patrimonial o en la seguridad jurídica. El paradigma del Artículo 12 tiende a proteger los derechos de la persona, y no la persona en sí misma. Y eso tiene profundas consecuencias para el Derecho, puesto que el foco ya no se centra en procurar tomar la mejor decisión para proteger a la persona desde parámetros externos u objetivos, sino en dotarle de las herramientas y los apoyos necesarios para que ella misma pueda tomar la decisión y ejercer sus derechos desde parámetros propios⁷⁹⁰.

Como consecuencia de ello, el modelo de apoyos debe ser respetuoso del ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual debe servir como foro o referencia de su puesta en práctica. Ningún sistema de apoyos podrá ser considerado como “bueno” en tanto tenga “el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

⁷⁸⁸ BARIFFI, F., (2012d) “El Régimen de Incapacidad del Código Civil Argentino a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Discapacidad Justicia y Estado*, 1ra. Edición, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, Noviembre 2012, pp. 107-136. En el Código Civil Español ello se recoge expresamente en el artículo 270 “El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia”.

⁷⁸⁹ Por lo general el tutor o curador no puede ser legatario del tutelado, o no puede beneficiarse a título personal de un negocio celebrado en nombre de su representado, por nombrar algunos ejemplos.

⁷⁹⁰ CUENCA GÓMEZ, P., (2011), *op. cit.*, pp.221-255.



5.5.2.5. Abierto

El sistema de apoyo debe diseñarse pensando en todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica y no sólo para las que tienen un determinado tipo de discapacidad, como puede ser el caso de personas mayores, analfabetos, personas con discapacidades comunicacionales severas etc.

En este sentido, y si bien el modelo de apoyos previsto en la CDPD está pensado para las personas con discapacidad, sus presupuestos parten de concepciones de las relaciones humanas interdependientes. Con lo cual, el modelo de apoyo no hace más que evidenciar las falencias del mito del ser totalmente autónomo e independiente, que toma decisiones racionales y sin necesidad de apoyos de pares. Como señala DE ASÍS, “el discurso ético, entendido como el espacio en el que se discute sobre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto, es tradicionalmente entendido como un escenario en el que sujetos autónomos e independientes, dotados de capacidad para razonar y para elegir, establecen sus normas morales o contribuyen al establecimiento de las normas de moralidad social”⁷⁹¹. Por su parte QUINN añade que: “nos gobernamos a nosotros mismos, porque somos autónomos, a través de una mezcla de lo racional con lo irracional, o a través de una mezcla de preferencias con las elecciones. La mayoría de nosotros, la mayoría del tiempo dependemos, al menos implícitamente, de otras personas para asistirnos en nuestra toma de decisiones, cualquiera sean ellas, nos basamos en las preferencias o en algún otro factor. Aquella persona que nos está asistiendo, puede hacerlo de dos formas, una es aquella en la que nos brinda una señal en su asistencia y no algo tan obvio en su opinión, como por ejemplo: “Se que odias las herramientas del Excel, déjame mirar y te ayudo a hacerlo” La imagen de aquél hombre que actúa mecánicamente tomando decisiones de su vida en un vacío desprovisto de un contexto social, no va con la realidad”⁷⁹²”.

Por ello, el sistema de apoyos que se implemente para dar cumplimiento con las obligaciones recogidas en el Artículo 12(3) podría, y debería, diseñarse e implementarse de un modo abierto que facilite el reconocimiento de los apoyos por parte de otros colectivos o grupos en situación de vulnerabilidad social.

5.5.2.6. Formal

Aunque ello no surge de ni de la literalidad ni del espíritu del Artículo 12(3), es probable que en ciertos contextos nacionales, como por ejemplo en los sistemas civi-

⁷⁹¹ DE ASÍS ROIG, R., (2012), *op. cit.*, p. 14.

⁷⁹² QUINN, G., (2012), *op. cit.*, pp 44 y 45.



listas de Latinoamérica, el modelo de apoyos requiera de ciertas formalidades adicionales que permitan su implementación en el marco de ciertas reglas y tradiciones jurídicas muy arraigadas, y que tienen como objetivo resguardar la seguridad jurídica y la protección de terceros de buena fe.

En este sentido, es difícil de concebir en los sistemas civilistas de Latinoamérica, la cabida de un régimen jurídico de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica que no requiera de ciertas solemnidades como su implementación de escrito, o la intervención de una autoridad judicial o notarial, o algún tipo de registración.

5.5.3. *El modelo de apoyos y la representación*

Está claro como se ha señalado anteriormente, que el modelo de apoyos previsto por el Artículo 12(3) se presenta como una alternativa del modelo de representación clásico y vigente en los sistemas jurídicos de los Estados Partes. Ahora bien, ¿significa ello que no puede darse la representación en el marco de un sistema de apoyos?

Para dar respuesta a dicho interrogante, es necesario explorar tres modelos o concepciones diferentes, todas ellas partiendo de una noción de apoyos caracterizada por el reconocimiento del derecho de la persona a tomar sus propias decisiones:

5.5.3.1. Acciones de representación en el marco de un modelo de apoyo

Una concepción, que parece tomar fuerza como la mayoritaria⁷⁹³, considera que en el marco de un modelo de apoyos es posible contemplar situaciones excepcionales en

⁷⁹³ Véase por ejemplo: [...As a last resort, when all other less restrictive support mechanisms have failed to resolve an individual situation, the Bill should outline the circumstances in which substituted decision-making can be used. Types of substituted decision-making, which would be compliant with UN Convention, are often referred to as co-decision-making or facilitated decision-making, and these systems have a number of striking differences from guardianship or out-dated wardship mechanisms....] Submission on Legal Capacity the Oireachtas Committee on Justice, Defence & Equality, Ireland, Centre for Disability Law & Policy, NUI Galway, p. 35; [...By 'facilitated status' we mean a status in which others facilitate the making of needed decisions. This status is envisioned for individuals in the following circumstances: People with significant disabilities who are not able to act legally independently, and who have no other people in their lives who have personal knowledge about them sufficient to understand their ways of communicating, their will and/or intentions as a basis for decision-making (as in a supported status); Individuals who have indicated wishes in a prior planning document, like that for a power of attorney, which is triggered when a person is not able to act legally independently or through a supported decision-making status; Individuals who did not establish prior planning documents, who do have others in their lives who know them well and are committed to acting for them, but where these supporting others are unable to discern the person's current will and/or intentions sufficient to guide decision making – for example, people who have experienced traumatic injury, illness or a dementia which has left them in a coma, or with dramatically impaired cognitive and communication function...] A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity, Prepared for the Law Commission of Ontario by Michael Bach and Lana Kerzner, October 2010, p. 91.



las cuales sean necesarias “acciones de representación”. Aunque han sido definidas de modo diverso como “apoyos intensos⁷⁹⁴”, “apoyos obligatorios⁷⁹⁵”, o “toma de decisiones facilitada⁷⁹⁶”, están caracterizadas por tres elementos principales. En primer lugar, que se trata de una representación de tipo legal, en el sentido de que está prevista por la norma específica, y debe ser ordenada judicialmente. Caso contrario no encontraríamos frente al caso analizado en el punto siguiente. En segundo lugar, que deben ser siempre excepcionales y específicas, es decir, como última ratio y sobre actos o aspectos del ejercicio de la capacidad jurídica concretos (ejemplo, para tomar una decisión médica, o para vender una propiedad, o para actuar en un proceso legal). Y en este punto las diferentes propuestas no siempre coinciden en el modo, o el criterio para determinar cuando no encontramos ante una situación de excepcionalidad, o respecto de qué tipo de actos puede incluir. Todas las propuestas coinciden en que existen situaciones tales como discapacidades intelectuales severas, estado de coma permanente, estados de Alzheimer muy avanzados, en los cuales no es posible, incluso mediante apoyos, obtener la voluntad de la persona. Para dichas situaciones se torna necesaria la actuación de un representante. En tercer lugar, que la acción de representación, aunque en rigor signifique que una persona tomar una decisión por otra persona, al encontrarnos dentro del modelo apoyos se requiere necesariamente que el representante “*demuestre la ‘diligencia debida’ para facilitar la toma de decisiones de conformidad con las intenciones y deseos de la persona, y si dichas intenciones y deseos no pueden ser discernidos en el corto plazo, se debe facilitar la toma de decisiones que permita mayores oportunidades para comprender más cabalmente lo que la persona quiere o necesita*”⁷⁹⁷. En otras palabras, el representante no puede decidir sobre su mejor criterio, sino siempre teniendo en cuenta la voluntad presunta de la persona.

Es por ello que autores como PALACIOS⁷⁹⁸ hablan de “acciones de representación” y no meramente de representación, dado que se trata de acciones concretas, excepcionales, previstas en la legislación, controladas por la autoridad judicial, y que en última instancia, deben siempre estar destinada a que la decisión que finalmente se adopte, respete la historia de vida, los valores, y las preferencias de la persona concreta.

⁷⁹⁴ GANZENMULLER ROIG, C., (2012) “El juicio de capacidad y el Ministerio Fiscal: La labor del fiscal en la promoción de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual o mental”, en BARIFFI, F. & PALACIOS, A., (COORD), *op. cit.*, p. 485.

⁷⁹⁵ MARIN CALERO, C., (2012) “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de las personas con discapacidad”, en BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), *op. cit.*, p. 409.

⁷⁹⁶ BACH, M., (2012), *op. cit.*, p. 94.

⁷⁹⁷ *Idem*, p. 97.

⁷⁹⁸ PALACIOS, A., (2010b). Seminario “Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos” celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid del 15 al 18 de febrero de 2010 y cuyos materiales pueden consultarse en: <http://www.tiempodelosderechos.es>



Frente a esta concepción, se suele criticar los riesgos de lo que se conoce como la “pendiente resbaladiza” (*slippery slope*) en tanto que, al admitir aunque de manera excepcional la representación dentro del modelo de apoyos, ello trae consigo enormes riesgos que por dicha vía, luego en la práctica, se convierta en la regla y se aplique discriminatoriamente frente a las personas con discapacidad. Así cuando se habla de casos puntales como coma permanente, o enfermedades del Alzheimer muy avanzadas, no parecen representar dudas, pero cuando se piensa en regular o transformar estos su-puestos en un criterio legal abstracto y general, ello no resulta nada sencillo⁷⁹⁹.

5.5.3.2. Representación voluntaria generada en el marco de un modelo de apoyos

Una segunda concepción, que no resulta incompatible sino más bien complementaria de la concepción señalada en el punto anterior, plantea que es posible la creación de un régimen de apoyos que incluya acciones de representación mediante la suscripción de acuerdos de representación. La posibilidad de que una persona pueda decidir, *a priori*, y en ejercicio de su autonomía de la voluntad quién y cómo le representará en el futuro en cuestiones de tipo patrimoniales y/o personales no es extraña a los ordenamientos jurídicos vigentes⁸⁰⁰. A pesar de ello, la mayoría de los ejemplos existentes en el derecho comparado que regulan instituciones como los poderes preventivos, la autotutela, instrucciones anticipadas, o el testamento de vida, se basan en el marco de las concepciones clásicas sobre la capacidad de las personas con discapacidad, las cuales suelen quedar marginadas de su utilización, ya que estas herramientas se establecen para personas que con plena capacidad jurídica, puedan prever una incapacidad futura.

Por ello, la implementación de poderes preventivos o acuerdos de representación en el marco de un modelo de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica requiere de un nuevo enfoque, básicamente el señalado por el Artículo 12(2), es decir, el reconocimiento plena de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.

Desde la lectura de la CDPD, la posibilidad de utilizar poderes preventivos o acuerdos de representación en el marco de un modelo de apoyos plantea al menos dos reflexiones principales.

En primer lugar, si la existencia de un poder preventivo o acuerdo de representación es, en su naturaleza contraria a lo señalado por el Artículo 12(2), en tanto que conjuntamente con lo señalado en el Artículo 12(3) prohíbe la sustitución en la toma de de-

⁸⁰⁰ Véase en este sentido lo señalado en el Capítulo 4 (4.3.4).



cisiones de personas con discapacidad. Dicha garantía no es absoluta sino desde una perspectiva de no discriminación, lo cual llevaría a concluir que en la medida que el derecho regule los poderes preventivos a acuerdos de representación de forma genérica y para cualquier persona, los mismos no resultarían contrarios a la CDPD. Adicionalmente, se podría alegar que si el Artículo 12(2) devuelve el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, la misma podría, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, decidir suscribir un poder preventivo o acuerdo de representación. En la posición contraria se podría alegar que, debido a la discriminación histórica a la cual se ha sometido a las personas con discapacidad (principalmente intelectual y mental), la garantía del Artículo 12(2) debe interpretarse como absoluta, y por ende que cualquier acto jurídico o contrato que tengo como efecto privar a la persona del ejercicio de sus derechos, resulta nula (del mismo modo que una persona no puede legalmente suscribir un acuerdo que le someta a una situación de esclavitud). Adicionalmente, se podría alegar que esta posibilidad también conlleva el riesgo que las personas con discapacidad sean manipuladas o inducidas a suscribir estos acuerdos, y de este modo, quedar sometidas a un régimen de representación muy similar al cual la CDPD intenta combatir.

La segunda de las reflexiones planteadas radica en determinar si la existencia de un poder preventivo o acuerdo de representación, requiere de algún tipo de test de capacidad. Está claro que para considerar la posibilidad de implementar poderes preventivos o acuerdos de representación en el marco de un modelo de apoyos es preciso apartarse de los criterios clásicos de capacidad jurídica en los sistemas vigentes, que en términos generales se miden por las reglas de la capacidad de contratar. Ahora bien, ¿significa ello que entonces cualquier persona con discapacidad, independientemente de su situación personal en un contexto y en un tiempo dado puede válidamente suscribir un poder preventivo o acuerdo de presentación? Los ejemplos del derecho comparado vigentes que se inspiran en una filosofía más cercana al modelo de apoyos, permiten que personas con discapacidad (aunque sin estar capacitadas para celebrar un contrato en virtud del derecho vigente) puedan suscribir un acuerdo de representación, aunque sin prescindir de un test de capacidad diferente. Es decir no se elimina el test de capacidad, sino que se modifica. Tal es el caso de la Ley de Convenio de Representación (LCR) del Estado de Columbia Británica (Representation Agreement Act RSBC 1996)⁸⁰¹. Esta norma tiene el objetivo de establecer mecanismos que permitan

⁸⁰¹ Representation Agreement Act, R.S.B.C. 1996, c. 405. El texto original puede consultarse en: www.bclaws.ca. Para una recopilación específica en materia de capacidad jurídica véase BARIFFI, F. y PALACIOS A. (2008) (Comps.) Capacidad Jurídica y Discapacidad, Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cuaderno de Trabajo nº 9 CANADÁ, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009, accesible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad.html>



a los adultos ordenar de modo previo “quién”, “cómo” y “cuándo”, deberán tomarse las decisiones sobre el cuidado personal, los cuidados sanitarios, los asuntos patrimoniales o cualquier otra cuestión, en caso de que dicho adulto devenga incapaz de tomar decisiones de un modo independiente, y de este modo, evitar un procedimiento judicial que tenga como objetivo la designación de una persona para ayudar, o sustituir al adulto en la toma de decisiones. La LCR establece que todo adulto puede suscribir un acuerdo de representación a menos que resulte incapaz para realizarlo, pero luego fija un criterio de capacidad flexible y funcional que permite al adulto suscribir un acuerdo de representación incluso cuando el mismo sea incapaz de: (a) suscribir un contrato, o (b) gestionar sus cuidados personales, sanitarios, jurídicos, financieros, empresariales o patrimoniales⁸⁰².

5.5.3.3. Representación excepcional fuera del modelo de apoyos

Finalmente, una tercera concepción, la cual es compartida por este autor, señala que existe incompatibilidad absoluta entre el modelo de los apoyos y cualquier tipo de representación legal, incluso aquella de tipo específica y excepcional. Ello no supone que una persona con discapacidad no pueda, en ciertas circunstancias, ver limitada su capacidad jurídica y se habilite a una persona a decidir en su nombre, siempre y cuando dicho procedimiento sea aplicable fuera del marco de los apoyos, respecto de cualquier persona, tenga las salvaguardias necesarias para evitar la discriminación por motivo de discapacidad, y tenga efectos sobre actos concretos.

En rigor la designación de un representante legal supone limitar la capacidad jurídica, lo cual está expresamente prohibido por la CDPD. Pero la CDPD no prohíbe que el Estado implemente algún sistema o procedimiento para declarar incompetente a una persona (cualquier persona) siempre y cuando lo haga sobre la base de un criterio que reúna los siguientes tres elementos: a) legitimidad; b) proporcionalidad; y c) no discriminación. Cabe destacar que este criterio no sólo surge de la aplicación de la CDPD, sino también respecto de todos los tratados de derechos humanos.

El criterio de legitimidad ha sido abordado por la jurisprudencia internacional en retiradas ocasiones. Por lo general, los marcos jurídicos que permiten declarar a una persona incompetente para tomar ciertas decisiones suelen alegar como fin legítimo el resguardar la persona (vida, la salud, o integridad personal) o el patrimonio. Sin perjuicio de que dichos fines resulten, *prima facie*, legítimos ello no resuelve el dilema

⁸⁰² Para más información véase BARIFFI, F., (2012c), *op. cit.*



ético sobre si el Estado puede o debe declarar a una persona incompetente ya que asumiendo un rol paternalista, considera que del ejercicio de la autonomía de la voluntad puede resultar en un daño grave e irreparable.

El criterio de proporcionalidad también ha sido abordado por la jurisprudencia internacional en reiteradas ocasiones. Por lo general se entiende que más allá de que una medida concreta que suponga una restricción de algún derecho humano (por ejemplo la declaración de incompetencia), resulte legítima, deba además ser proporcional, es decir, no debe generar efectos más allá de los necesarios para asegurar el fin que persigue. Así por ejemplo, si se considera que una persona debe ser declarada incompetente debido a que se rehúsa a recibir una transfusión de sangre, o porque rechaza una donación de órgano que le puede salvar la vida, no resulta proporcional declarar su incapacidad absoluta y el nombramiento de un representante que adopte todas las decisiones respecto de su persona y sus bienes.

Finalmente, el criterio de no discriminación, requiere que la limitación de la capacidad jurídica no sea por motivo de discapacidad. Y en este punto la CDPD no sólo requiere la ausencia formal de toda referencia a personas con discapacidad, sea que lleve el nombre de enfermos mentales, dementes, incapaces, etc., sino que además requiere que la existencia de salvaguardias para que la discriminación no se genere en la práctica. Así un sistema o criterio neutro que no haga ningún tipo de referencia a la discapacidad, pero que en la práctica sólo se aplique respecto de personas con discapacidad, resulta discriminatorio y contrario a la CDPD.

De este modo una persona con discapacidad puede ser declarada incompetente para tomar algún tipo de decisiones, pero ello no en razón de su discapacidad, sino en la medida en la cual pueda quedar contemplada en el supuesto objetivo previsto para cualquier persona.

Las reglas y principio aplicables a un procedimiento tendente a designar apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, y las aplicables a un procedimiento tendente a limitar la capacidad jurídica son completamente diferentes, y mezclar ambas posibilidades en un único sistema puede traer enormes riesgos y grandes dificultades de tipo procedimentales.

El marco del modelo de apoyos se inspira en las siguientes reglas y principios: a) la autonomía de la voluntad de la persona y en el derecho a tomar sus propias decisiones; b) existe promoción de derechos; c) la voluntad de la persona debe ser siempre respetada, incluso ante la negativa de recibir los apoyos; d) el procedimiento es de tipo voluntario y estar siempre a favor de la designación de apoyos; e) régimen probatorio



amplio y flexible; f) de aplicación por el tiempo que la persona considere que necesita apoyos; g) de aplicación únicamente respecto de personas con discapacidad u otros grupos en situación de vulnerabilidad.

El marco jurídico que limita la capacidad de una persona se inspira en las siguientes reglas y principios: a) la autonomía de la voluntad no existe o, si existe, pone en riesgo grave e inminente la salud o el patrimonio de la persona; b) existe restricción de derechos; c) se impone incluso contra la voluntad de la persona; d) el procedimiento es de tipo contradictorio y ante la duda se está a favor de la capacidad; e) el régimen probatorio es riguroso y la carga recae en quien alega la necesidad de limitación; f) de aplicación por el tiempo más corto posible, con revisiones periódicas; g) de aplicación respecto de cualquier persona.

5.5.4. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales

A la luz de lo señalado es posible inferir que el artículo 12(3) establece las obligaciones de los Estados Partes de:

- El párrafo 3 del artículo 12 reconoce el derecho de las personas con discapacidad “al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Este derecho supone una herramienta, para la persona que lo solicita, de garantizar la igualdad de oportunidades con los demás, y no podrá suponer nunca una restricción al derecho a la capacidad jurídica reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;
- Como consecuencia de lo señalado en el párrafo precedente, y sin perjuicio de la denominación que se adopte por cada Estado Parte, la existencia del “apoyo”, en el sentido del párrafo 3, debe determinarse mediante la inexistencia de la sustitución en la toma de decisiones de la persona en cuestión y el establecimiento de mecanismos de asistencia en la adopción de dichas decisiones;
- La frase “apoyo que puedan necesitar” inserta en el párrafo 3 debe interpretarse desde la perspectiva del concepto social de discapacidad recogido en el inciso e) del preámbulo, es decir, “que es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Consecuentemente la “necesidad” de los apoyos debe determinarse desde la existencia de “barreras debidas a la actitud y al entorno” y no meramente mediante patrones médicos;



- La frase “en el ejercicio de su capacidad jurídica” inserta en el párrafo 3 debe interpretarse en sentido amplio y no exclusivamente en la manifestación de la toma de decisiones. Por ello, debe interpretarse como que comprende todo el proceso de la toma de decisiones, incluido el momento anterior del descubrimiento y expresión de los deseos y preferencias;
- La noción de “apoyo” del párrafo 3, debe adoptar un enfoque comprensivo, pues su implantación requiere, entre otras cosas, promover o crear las figuras de apoyo y dotarlas de un estatus normativo, destinar recursos materiales y financieros, adoptar medidas en el terreno de la educación para capacitar a las personas con discapacidad, a las propias personas de apoyo y a diferentes profesionales, etc.
- Asimismo, el sistema de apoyos debe diseñarse de manera abierta, pensando en todas las personas que pueden tener dificultades en la toma de sus decisiones; debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta el tipo de acto jurídico implicado y el tipo de figura de apoyo, y debe proyectarse no sólo en el ámbito patrimonial, sino en todas las esferas de actuación de la persona. El sistema de apoyos deberá orientarse a promover y potenciar la autonomía y las posibilidades de ejercicio de los derechos humanos. En su implantación, que necesariamente deberá ser gradual o paulatina, deben tener un papel protagonista las propias personas con discapacidad. Y en su funcionamiento debe respetarse la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, incluso en la elección de la propia figura o persona de apoyo;
- Los apoyos previstos en el párrafo 3 deben interpretarse como herramientas específicas y relativas al ejercicio de la capacidad jurídica. Por ello la obligación de prever apoyos no exime al Estado de su obligación de garantizar la accesibilidad, por ejemplo, en referencia al entorno físico, los medios de transporte, los servicios, la información y las comunicaciones; así como garantizar los ajustes razonables en todos los ámbitos en los que debe ejercerse la capacidad jurídica de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 5 respectivamente;
- Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 3 en relación con el artículo 19 de la CDPD sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Las normas o prácticas que supongan un menoscabo del derecho a la vida independiente y la inclusión en la comunidad por considerar que las personas con discapacidad carecen de capacidad jurídica deberán considerarse incompatibles con el art. 12;



5.6. Artículo 12(4): las salvaguardias sobre las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica

El Artículo 12(4) establece que:

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas

Este apartado recoge lo que se ha denominado como salvaguardias sobre las medidas de ejercicio de la capacidad jurídica, y se plantea como un elemento vital del cambio de paradigma recogido en el artículo 12 de la CDPD. La noción de “salvaguardia” no resulta ajena al lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos, y se entiende como medidas tendentes, no ya a reconocer derechos, sino a garantizar la correcta aplicación de los mismos.

5.6.1. El objeto de las salvaguardias

A pesar de tratarse de un enunciado extenso, la lectura del inciso 4 no está exenta de controversias. Probablemente la principal controversia se plantea en la primera frase del Artículo 12(4) es en cuanto al objetivo de las mismas, ya que se requieren en relación con “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica”. ¿Cómo se debe interpretar ello? Al respecto es posible identificar al menos dos posturas diferentes.

Una primera postura que se podría denominar como restringida, concibe las salvaguardias como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir la puerta al modelo de sustitución⁸⁰³. Es decir, el inciso 4 estaría abriendo el camino para el establecimiento de regímenes de sustitución en la toma de decisiones para aquellos casos excepcionales donde las medidas de

⁸⁰³ CUENCA GÓMEZ, P., (2011), *op. cit.*, p.246.



apoyo no logran garantizar la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Si bien es cierto que esta postura, a la luz de la lectura integral del Artículo 12 y de otras disposiciones de la CDPD, no encuentra demasiado sustento, es preciso destacar que las negociaciones en torno al Artículo 12, y en especial respecto precisamente del inciso 4, muestran que numerosas delegaciones se pronunciaron en dicho sentido⁸⁰⁴. Adicionalmente algún lenguaje del vigente inciso 4 también podría dar lugar a esta interpretación, como por ejemplo, cuando señala que las salvaguardias deben aplicarse “en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos”.

Una segunda postura que podríamos denominar amplia, entiende que la referencia del inciso 4 a “medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica” es en realidad a las medidas de apoyo, y con el objeto de evitar situaciones de abuso. Es decir, las salvaguardias tienen como objetivo asegurar que las medidas de apoyo no restrinjan el derecho a la capacidad jurídica, y tengan como efecto, respetar “*los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*”. Esta interpretación se encuentra mucho más alineada con el cambio de paradigma que propone el Artículo 12, y resulta a su vez, consistente con las demás disposiciones de la CDPD y con la filosofía del modelo social de discapacidad⁸⁰⁵.

La lectura integral del inciso 4 (cuyos elementos se analizan a continuación) nos evidencia que las salvaguardias no tienen el único objetivo de evitar abusos en la implementación de las medidas de apoyo, sino también garantizar la igualdad en la capacidad jurídica. Como se ha señalado más arriba, existen situaciones donde es posible que se generen acciones de sustitución en relación con personas con discapacidad⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ Véase en este sentido PALACIOS, A., (2012), “Reinterpretando la capacidad jurídica desde los derechos humanos: una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), op. cit. *Por ejemplo el apartado 2(b) del Artículo 12 en la Propuesta que el Presidente del Comité Especial envió a las delegaciones para su lectura y debate en la Séptima Sesión*, señala que: “Cuando los Estados Partes determinen un procedimiento a seguir, que se establecerá por ley para la designación de un representante personal como último recurso, dicha ley recoja las salvaguardias apropiadas, incluido el examen periódico de la designación del representante personal y de las decisiones adoptadas por éste a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente. La designación y la conducta del representante personal se guiarán por principios que se ajusten a la presente Convención y al derecho internacional sobre derechos humanos”.

⁸⁰⁵ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...En el artículo 12, párrafo 4, se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El artículo 12, párrafo 4, debe interpretarse en conjunción con el resto del artículo 12 y con toda la Convención. En este párrafo se exige a los Estados partes que creen salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 20.

⁸⁰⁶ Véase punto 5.5.3 más arriba.



Ahora bien, si nos enrolamos en la tesis que defiende la existencia de acciones de representación en el marco del sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, entonces las salvaguardias tendrían el objetivo de garantizar que las decisiones que se adopten, sean por el “*plazo más corto posible*”, “*sujetas a exámenes periódicos*”, y que se respete la diligencia debida para facilitar la toma de decisiones de conformidad con las intenciones y deseos de la persona.

En cambio si nos enrolamos en la tesis que defiende que las acciones de sustitución deben abordarse legalmente fuera del sistema de apoyos, las salvaguardias del inciso 4, además de los objetivos planteados en el párrafo anterior, tienen como propósito garantizar la no discriminación de personas con discapacidad, es decir, que la “discapacidad” no sea motivo por el cual se habilita un régimen de sustitución en la toma de decisiones. Y ello tanto en el plano formal, es decir que no exista una referencia directa o indirecta a la discapacidad (enfermedad o trastorno mental, demencia, locura...), como en el plano material, es decir que en la práctica dicho régimen jurídico sólo se aplique a personas con discapacidad. De este modo, el Artículo 12(4) operaría fuera del modelo de apoyos y se proyectaría sobre el régimen jurídico que habilita la limitación de la capacidad jurídica de toda persona, garantizando que la discapacidad no sea el motivo de dicha limitación.

5.6.2. Las características de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica

Habiendo aclarado este aspecto central del Artículo 12(4), corresponde a continuación analizar detalladamente los elementos centrales del mismo, los cuales sirven como guía u orientación de las características básicas de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica.

5.6.2.1. Que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona

La primera de las características señaladas por el Artículo 12(4) en relación con las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica es que las mismas deben siempre respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Esta frase contiene tres pilares claves que merecen su abordaje por separado, es decir, derechos, voluntad y preferencias. Cabe aclarar que el orden en la enumeración en esta frase quizás no resulte fortuito, ya que se podría alegar que existe un orden de prioridad descendiente entre los mismos.

En primer lugar, el Artículo 12(4) señala que las salvaguardias deben garantizar por que se respeten los “derechos” de la persona. Y esto resulta de gran importancia



puesto que los regímenes vigentes de incapacidad, como se ha señalado más arriba, no suelen tener presente el respeto de los derechos. Más aún, en relación con ciertos derechos personalísimos como el voto, o el matrimonio, simplemente se opta por la denegación y vulneración absoluta de los mismos. Por ello, las salvaguardias deben garantizar que todo sistema de apoyos permita el ejercicio de todos los derechos fundamentales de la persona.

En segundo lugar, el Artículo 12(4) señala que las salvaguardias deben garantizar la voluntad de la persona. Aunque ello se encuentra plenamente reconocido por los incisos 2 y 3 del Artículo 12, lo señalado aquí refuerza la idea de que ningún sistema de apoyos podrá considerarse como tal, en la medida en que no “respeta la voluntad” de la persona. Y aquí la voluntad debe ser entendida como la manifestación de la voluntad de un individuo, la cual debe exteriorizarse desde la propia persona, o simultáneamente por un intérprete, y abarca todas las formas o medios alternativos de comunicación señalados por el Artículo 2.

Finalmente, el Artículo 12 (4) señala que las salvaguardias deben garantizar las preferencias de la persona. Este punto cobra gran importancia frente a aquellas situaciones donde no es posible recabar la voluntad directa de la persona. Por ejemplo pensemos en situaciones donde es necesario una acción de sustitución, independientemente de cualquiera de las opciones posibles, el Artículo 12(4) asegura que siempre se deba indagar sobre las preferencias del individuo⁸⁰⁷.

5.6.2.2. Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida

La segunda de las características señaladas por el Artículo 12(4) en relación con las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica es que las mismas deben asegurar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida. La mayoría de los regímenes jurídicos vigentes en materia de incapacidad y ejercicio de la tutela suelen dedicar mucha atención a garantizar que no exista conflicto de intereses entre tutor y tutelado, aunque dicha regulación se suele centrar principalmente en los aspectos pa-

⁸⁰⁷ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [... Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 21.



trimoniales. Algunas de dichas respuestas legales pueden servir de base para la implementación de las salvaguardias, sin perjuicio de que igualmente deban ampliarse y adaptarse al modelo de apoyos. En relación con la influencia indebida, y a diferencia del modelo tutelar, el modelo de apoyos parte del presupuesto de que será siempre la persona quien toma de las decisiones. Ahora bien, como se sabe, en muchos casos las personas con discapacidad, en especial con discapacidad intelectual, pueden ser fácilmente influenciables. El Artículo 12(4) requiere que, sin perjuicio de que se reconozca formalmente a la persona tomar decisiones, se garantice además que en la práctica dichas decisiones no sean fruto de una influencia indebida por parte de quien, o quienes obran como apoyo.

5.6.2.3. Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona

La tercera de las características señaladas por el Artículo 12(4) en relación con las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica es que las mismas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. Esto es lo que se suele ejemplificar como que las medidas de apoyo se deben pensar como “un traje a medida”, y da cuenta de que nos hallamos en un modelo centrado en la persona y que reconoce las falencias de los sistemas vigentes que pretender regular medidas generales aplicables de forma universal a cualquier persona. En la mayoría de los sistemas vigentes, esta perspectiva ha llevado a que solo existan dos, o tres soluciones legales posibles en el mejor de los casos (capacidad plena, incapacidad absoluta con representación plena, o incapacidad relativa con representación limitada). El Artículo 12(4) garantiza que ningún régimen de apoyos sea exactamente igual al otro, y que para diseñarlo se deba necesariamente considerar rigurosamente la situación en la que se halla la persona en un tiempo y contexto dado. Adicionalmente, ello supone que las medidas de apoyos puedan ir variando y modificándose según el cambio de las circunstancias personales.

5.6.2.4. Que se apliquen en el plazo más corto posible

La cuarta de las características señaladas por el Artículo 12(4) en relación con las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica es que las mismas se apliquen en el plazo más corto posible. Como se ha señalado anteriormente, esta frase no parece corresponderse con la filosofía del modelo de apoyos regulado en el Artículo 12. Si las medidas de apoyo no resultan una vulneración del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica, y tienen como principal objetivo apoyar a la persona, es decir, brindarle herramientas que le permitan ejercer dicho derecho en igualdad de condiciones, entonces no se entiende por qué el Artículo 12(4) requiere que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se apliquen en el plazo más corto posible.



La principal razón de esta frase es que la misma fue pensada durante las negociaciones para incluirse en un párrafo donde la CDPD diera lugar excepcional a los sistemas de limitación de la capacidad jurídica mediante regímenes de representación, cosa que finalmente se eliminó completamente⁸⁰⁸. Sin perjuicio de tener ello muy presente, igualmente es posible interpretar esta frase en el contexto de un modelo de apoyos, en el sentido de que la misma hace referencia exclusivamente a aquellas situaciones donde resultan necesarias la implementación de acciones de sustitución. Incluso si nos enrolamos en la tesis que defiende que las acciones de sustitución que involucran a personas con discapacidad deben abordarse por fuera del modelo de apoyos, esta garantía resulta aún mucho más relevante.

5.6.2.5. Que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial

La quinta de las características señaladas por el Artículo 12(4) en relación con las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica es que las mismas estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. La forma en la cual está redactada esta parte del Artículo 12(4) nos lleva a dos posibles interpretaciones. La primera es que esta garantía debe ser leída conjuntamente con la frase que exige que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se apliquen en el plazo más corto posible, y que por lo tanto su exigibilidad se remite exclusivamente a las situaciones donde es necesario implementar acciones de sustitución. La segunda es que esta garantía se aplica de forma independiente y, por tanto, abarca todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica. Esta parece ser la interpretación más garantista de los derechos de las personas con discapacidad, pero al mismo tiempo impone una necesaria judicialización de las medidas de apoyo, algo que algunas voces defensoras de los derechos de las personas con discapacidad rechazan.

5.6.2.6. Que sea proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas

Por último, el Artículo 12(4) exige que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. Aunque esta frase tiene puntos de solapamiento con lo señalado respecto a que las medidas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, en este punto el Artículo 12(4) pretende reconocer la diversidad

⁸⁰⁸ PALACIOS, A., (2012), *op. cit.*



de ámbitos personales y patrimoniales de la vida de un individuo, los cuales no todos tienen igual relevancia objetiva y subjetiva. Mientras los sistemas vigentes de incapacidad se suelen centrar, y dar prioridad a los aspectos patrimoniales y a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, el modelo de apoyos, se centra en la persona y en sus circunstancias personales, desde una visión de respeto de todos sus derechos humanos fundamentales. Así por ejemplo, el modelo de apoyos no concibe que una medida que tiene como objetivo resguardar el patrimonio de una persona, tenga como efecto denegar otros derechos fundamentales como el voto, el matrimonio, el ejercicio de la paternidad etc.

Claramente las salvaguardias deberán ser más rigurosas cuando los apoyos se proyectan sobre aspectos patrimoniales de disposición que cuando se proyectan sobre aspectos de simple administración de los bienes de una persona. Pero sin perjuicio de que se pueden identificar ámbitos del ejercicio de los derechos más relevantes que otros desde una visión objetiva, el modelo de apoyos también requiere que se tenga presente la visión personal o concreta de cada individuo.

5.6.3. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales

A la luz de lo señalado es posible inferir que el artículo 12(4) establece las obligaciones de los Estados Pates de:

- El párrafo 4 del artículo 12 tiene como principal objetivo “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”. Consecuentemente debe entenderse que las salvaguardas se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos y, por lo tanto, no podrán suponer nunca una restricción al derecho a la capacidad jurídica reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;
- Cuando el párrafo 4 del artículo 12 expresa que las salvaguardias deben procurar que se respeten “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”, que “no haya conflicto de intereses ni influencia indebida” y que “sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona” debe interpretarse como en referencia al sistema de apoyos establecido en el párrafo 3 del artículo 12, es decir, destinadas a salvaguardar que los apoyos que la persona requiera para el ejercicio de la capacidad jurídica no adopten la forma de sustitución en la toma de decisiones o tengan el propósito o el resultado de dejar sin efecto alguno de los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos;



- Cuando el párrafo 4 del artículo 12 expresa que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben aplicarse “en el plazo más corto posible”, debe entenderse que se refiere a exclusivamente a aquellas medidas excepcionales que se apliquen en los casos donde no exista modo alguno de obtener la voluntad de persona;
- Cuando el párrafo 4 del artículo 12 expresa que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben estar “sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial” debe entenderse en realidad como en referencia al sistema de apoyos establecido en el párrafo 3 del artículo 12, es decir, susceptibles de control judicial o de autoridad estatal competente;
- Cuando el párrafo 4 del artículo 12 expresa que las salvaguardias “serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas” deben entenderse en realidad como en referencia al sistema de apoyos establecido en el párrafo 3 del artículo 12, es decir, ajustadas a las circunstancias únicas de cada persona y respecto de cada acto jurídico en particular;

5.7. Artículo 12(5): garantía de ejercicio de derechos patrimoniales

El último párrafo del Artículo 12 señala que:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria

Siguiendo el modelo utilizado por la CEFDM en su Artículo 15(2), la CDPD incluye en el Artículo 12 un quinto inciso que recoge una serie de ámbitos de tipo patrimonial en las cuales los Estados Partes deben prestar especial atención en el reconocimiento del derecho a la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica.

El Artículo 12(5) es una concreción en una esfera específica de los incisos 2 y 3 del artículo 12, al confirmar la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad “en todos los aspectos de la vida”, independientemente de la complejidad



de los actos implicados. Y obliga a los Estados Partes a abolir las leyes nacionales que usualmente descalifican a las personas con discapacidad para realizar estas tareas y a adoptar las medidas de apoyo adecuadas.

5.7.1. El valor instrumental e interpretativo del artículo 12(5)

A diferencia de los primeros cuatro incisos del Artículo 12 donde cada uno de ellos forma parte esencial de las piezas que conforman el modelo de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, el inciso 5 no resulta una pieza fundamental de dicho modelo puesto que en rigor lo allí señalado se encuentra implícitamente reconocido por los incisos anteriores. A pesar de ello, el Artículo 12(5) tiene un papel importante en la regulación del modelo de apoyos, tanto en lo instrumental como en lo interpretativo.

En cuanto a lo instrumental, el Artículo 12(5) enumera una serie de ámbitos que se podrían señalar como prioritarios o fundamentales. De este modo los Estados Partes tienen una especie de guía de donde incidir en la adopción de medidas pertinentes y que las mismas tengan efectos reales en la vida de las personas con discapacidad. Téngase en cuenta que la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes tienen disposiciones específicas que impiden a las personas declaradas incapaces la posibilidad de contratar, e incluso específicamente respecto de ciertos tipos de contratos específicos como el muto, o la hipoteca.

En cuanto a lo interpretativo, el Artículo 12(5) refuerza el contenido o significado en concepto de “capacidad jurídica” recogido en el inciso 2. Como se ha señalado anteriormente, tanto en las negociaciones, como por medio de algunas reservas, algunos Estados han querido entender que el concepto de “capacidad jurídica” del Artículo 12(2) solo hace referencia a la capacidad de tener derechos pero no de ejercerlos en nombre propio. Más allá de los argumentos señalados al respecto, la interpretación restrictiva del concepto de “capacidad jurídica”, en el sentido que sólo abarca la capacidad de tener derechos, resulta incompatible con lo señalado por el Artículo 2(5). O dicho de otro modo, el Artículo 12(5) sólo se explica en el contexto de una interpretación del concepto de “capacidad jurídica” que incluya la noción de “capacidad de obrar o de ejercicio”.

5.7.2. La garantía de no discriminación

Aunque el inciso 12(5) tiene un claro enfoque de incidencia sobre los aspectos patrimonial del ejercicio de la capacidad jurídica, no se proyecta exclusivamente sobre la regulación de los actos jurídicos patrimoniales según se suelen entender en el marco de los Códigos Civiles. Es decir, su impacto legal es mucho más amplio y comprende



todas las medidas necesarias para combatir la discriminación por motivo de discapacidad en aspectos claves como derechos de propiedad, derecho contratar, derecho de administrar bienes etc.

En este sentido, el concepto de discriminación debe ser interpretado a la luz de lo señalado en los Artículos 2 y 5 y abarcar no solo la discriminación legal, es decir, las normas que prohíben a personas con discapacidades declaradas incapaces contratar, ser propietarias o heredar, sino también la discriminación real o actitudinal, la cual puede ser directa o indirecta. Es decir, la discriminación legal es solo el primer eslabón de una cadena de discriminaciones que enfrentan las personas con discapacidad en relación con derechos patrimoniales. Veamos algunos ejemplos:

Discriminación actitudinal. Si bien una persona con discapacidad intelectual que no ha sido declarada incapaz tiene formal y legalmente aptitud de contratar y de acceder a créditos, e hipotecas, las entidades financieras se suelen negar a otorgarle ningún tipo de servicio disponible al público en general, sobre la base de su apariencia o conducta.

Discriminación indirecta. Por ejemplo si bien una persona con discapacidad declarada incapaz puede legalmente heredar bienes de sus padres, luego en la práctica requiere de autorización de tu representante legal para poder aceptar y luego administrar o disponer de sus bienes heredados.

Asimismo la perspectiva de no discriminación del Artículo 12(5) también abarca las situaciones de discriminación que no permiten a personas con discapacidad acceder a su derecho a ser propietarios y administradores de sus bienes por no reconocer los formatos alternativos de comunicación de conformidad con el Artículo 2. Por ejemplo, es muy usual que las personas sordas no puedan abrir una cuenta de banco, o recibir información financiera en lengua de señas. Todas estas situaciones suponen una discriminación por motivo de discapacidad en el marco del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica.

5.7.3. Acceso al patrimonio y vida independiente

El contenido del inciso 5, está directamente relacionado con otras disposiciones de la CDPD, pero fundamentalmente con el Artículo 19, relativo a la vida independiente y la inclusión en la comunidad. Todas las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a vivir en la comunidad con la misma libertad de elección que otras personas, que incluye la selección de su lugar de residencia y dónde y con quién quieren vivir y



no ser obligado a vivir en un determinado tipo de vivienda. Sin embargo, ¿cómo una persona con discapacidad puede ejercer su libertad de elección, por ejemplo decidiendo que no quiere vivir más con sus padres y querer manejar su vida, si no tiene los recursos o no puede acceder y usar tales recursos?

Al tener restringido el derecho a conducir sus vidas en virtud del aspecto económico, las personas con discapacidad han visto socavado el derecho a expresar sus deseos y preferencias y tomar decisiones en la vida. Además de limitar el ejercicio de su capacidad jurídica, también han reducido su libertad. Esta situación genera que ciertas personas con discapacidad no puedan ser incluidas en la sociedad y llevar una vida independiente. En algunos ordenamientos jurídicos vigentes esta dinámica se puede ver claramente en algunas respuestas legales que resultan a todas luces incongruentes y contradictorias. Por ejemplo, muchos regímenes jurídicos de tipo laboral permiten a las personas con discapacidad firmar un contrato laboral, pero luego no se les permite administrar o disponer libremente de su salario.

5.7.4. Identificación de las obligaciones jurídico internacionales

A la luz de lo señalado es posible inferir que el artículo 12(5) establece las obligaciones de los Estados Pates de:

- El párrafo 5 del artículo 12 debe interpretarse como que reafirma de forma expresa lo señalado en el inciso 2, es decir, como que “capacidad jurídica” incluye “capacidad de obrar” y, en especial, capacidad efectiva por parte de las personas con discapacidad de gozar y ejercer los derechos patrimoniales más básicos en igualdad de condiciones. Por ejemplo, el derecho a ser propietarias y heredar bienes, a tener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero;
- Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, el inciso 5 del artículo 12 debe servir de guía para los Estados Partes en cuanto a cuáles son los ámbitos patrimoniales más relevantes en los cuales centrar las reformas legislativas y las políticas públicas destinadas a asegurar el derecho de las personas con discapacidad a la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás;



- Sin perjuicio del sistema de apoyo establecido en el párrafo 3 del artículo 12, los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 5 del artículo 12 en relación con los artículos 9, 21, 27 y 28, en cuanto al derecho de todas las personas con discapacidad a la accesibilidad y diseño universal, al acceso a la información “mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la CDPD”, a “ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles”, y a gozar de “un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias”.

Capítulo VI

LAS DISPOSICIONES DE LA CDPD EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA: INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

6.1. Introducción

Como se ha venido planteando en el presente trabajo, el artículo 12 plantea un verdadero cambio de paradigma en el modo de abordar la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Y como todo cambio de paradigma, supone un rompimiento con una tradición y práctica jurídica ancestral que eventualmente podrá generar resistencias y cuestionamientos por parte de quienes están en condición de implementarlo.

Ahora bien, el artículo 12 como norma de derecho internacional, debe insertarse en el marco de un sistema o conjunto normativo más general, que no sólo puede incidir en su contenido normativo, sino también en relación con su aplicación e interpretación sistemática.

Consecuentemente, en el presente capítulo se ofrece un análisis de tres aspectos generales del derecho internacional, que eventualmente podrán tener especial influencia respecto de la validez y eficacia de lo propuesto por el artículo 12.

6.2. El artículo 12 y los conflictos con otras normas de derecho internacional

Como se viene señalando en el presente trabajo, el artículo 12 de la CDPD propone un cambio de paradigma en el modo de abordar el reconocimiento de la personalidad jurídica y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Y como todo cambio de paradigma nos plantea, desde una visión estrictamente de derecho internacional,



que nos enfrentamos ante una norma emergente que no registra precedentes tanto en las fuentes convencionales como consuetudinarias. Más aún, existen una serie de normas internacionales, que en su caso, se podrían considerar como contrarias a lo que plantea la CDPD.

6.2.1. Fuentes normativas en contraposición con lo estipulado por la cdpd

Sin ánimo de agotar el listado, es posible encontrar, de forma previa a la CDPD, algunas fuentes normativas cuyo contenido podría interpretarse como contrario a lo estipulado en el artículo 12 de la CDPD. Dichas fuentes podrían dividirse entre fuentes convencionales, y normas no vinculantes o de derecho blando. A ello, correspondería determinar si es posible identificar una norma de fuente consuetudinaria que resulte contraria a lo señalado en la CDPD.

En cuanto a las fuentes convencionales, existen dos instrumentos en el marco de sistemas regionales de protección de derechos humanos, cuyo contenido podría resultar contradictorio con lo señalado por el artículo 12 de la CDPD.

En primer lugar, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIAEFDPD), suscripta en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su artículo 1, inciso 2º b) al definir lo que se entiende por discriminación señala que “En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación⁸⁰⁹”.

En segundo lugar, el Convenio de Oviedo sobre Bioética y Derechos Humanos (COBDH)⁸¹⁰, adoptado en el marco del Consejo de Europa, señala en sus artículos 6, 7 y 8:

Artículo 6. Protección de las personas incapaces de consentir

1. Con las reservas de los artículos 17 y 20, las personas sin capacidad para consentir no podrán ser sometidas a intervención alguna sino en su beneficio directo.

2. Cuando, según la ley, un menor no es capaz de consentir a una intervención, ésta no podrá llevarse a cabo sin la autorización de su representante, de una autoridad, o de la persona o instancia señalada en la ley.

⁸⁰⁹ Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en ciudad de Guatemala, el 6 de julio de 1999.

⁸¹⁰ Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, CETS No.: 164, Oviedo, 4/4/1997.



El consentimiento del menor será considerado como elemento tanto más determinante cuanto mayores sean su edad y grado de discernimiento.

3. Cuando según la ley un mayor de edad no tenga capacidad de consentir a una intervención por razón de una deficiencia mental, enfermedad o motivo similar; aquélla no podrá llevarse a cabo sin la autorización de su representante, de una autoridad, o de la persona o instancia señalada en la ley.

En la medida de lo posible la persona afectada tomará parte en el procedimiento de autorización.

4. El representante, la autoridad, la persona o la instancia a que se refieren los apartados 2 y 3, recibirán en las mismas condiciones la información a que alude el artículo 5.

5. La autorización contemplada en los párrafos 2 y 3, podrá en todo momento ser retirada en interés de la persona afectada.

Artículo 7. Protección de las personas que sufran trastorno mental

La persona que sufra un trastorno mental no podrá ser sometida a tratamiento de dicho trastorno sin su consentimiento, a no ser que de la falta de tratamiento pudiera acercarse grave quebranto, para su salud y con arreglo a las condiciones establecidas por la ley en orden a su protección. Las condiciones legales de protección comprenderán procedimientos de vigilancia y control y vías de recurso.

Artículo 8. Situaciones de urgencia

Si por imperativos de urgencia fuese imposible obtener el correspondiente consentimiento, se podrá no obstante realizar de inmediato toda intervención médica indispensable para el bien de la salud de la persona afectada.

En cuanto a las fuentes no vinculantes o de derecho blando, existen una serie de instrumentos internacionales cuyo contenido podría resultar contradictorio con lo señalado por el artículo 12 de la CDPD.

En primer lugar, los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental⁸¹¹ adoptados por la AG en el marco de la ONU señala:

⁸¹¹ Resolución de la Asamblea General 46/119, de 17 de diciembre de 1991



Principio 1: Libertades fundamentales y derechos básicos (...)

6. Toda decisión de que, debido a su enfermedad mental, una persona carece de capacidad jurídica y toda decisión de que, a consecuencia de dicha incapacidad, se designe a un representante personal se tomará sólo después de una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate tendrá derecho a estar representada por un defensor. Si la persona de cuya capacidad se trata no obtiene por sí misma dicha representación, se le pondrá ésta a su disposición sin cargo alguno en la medida de que no disponga de medios suficientes para pagar dichos servicios. El defensor no podrá representar en las mismas actuaciones a una institución psiquiátrica ni a su personal, ni tampoco podrá representar a un familiar de la persona de cuya capacidad se trate, a menos que el tribunal compruebe que no existe ningún conflicto de intereses. Las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate, su representante personal, si lo hubiere, y cualquier otro interesado tendrán derecho a apelar esa decisión ante un tribunal superior.

Principio 16: Admisión involuntaria

1. Una persona sólo podrá ser admitida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica o ser retenida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario cuando un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos determine, de conformidad con el principio 4 supra, que esa persona padece una enfermedad mental y considere:

a) Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o

b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva.



En segundo lugar, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁸¹² adoptadas por el ECOSOC señalan que:

Reclusos alienados y enfermos mentales

82. 1) Los alienados no deberán ser reclusos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. 2) Los reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos. 3) Durante su permanencia en la prisión, dichos reclusos estarán bajo la vigilancia especial de un médico. 4) El servicio médico o psiquiátrico de los establecimientos penitenciarios deberá asegurar el tratamiento psiquiátrico de todos los demás reclusos que necesiten dicho tratamiento.

83. Convendrá que se tomen disposiciones, de acuerdo con los organismos competentes, para que, en caso necesario, se continúe el tratamiento psiquiátrico después de la liberación y se asegure una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico.

En cuanto a las fuentes consuetudinarias, no resulta sencillo afirmar que exista una regla consuetudinaria de derecho internacional que contradiga directamente lo señalado por el CDPD ya que, como se ha señalado previamente en este trabajo, la cuestión relativa al ejercicio de la capacidad jurídica no ha sido objeto de una práctica consuetudinaria espacial y, por tanto, ha sido escasamente abordada por los organismos o

⁸¹² Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. En este sentido cabe destacar el informe preliminar del Relator contra la Tortura Juan Méndez quien formula una serie de propuestas para su revisión: "...Las reglas 82 y 83 de las Reglas deberían ser sustituidas por una disposición que se aplique a todas las personas con discapacidad. Dicha disposición debería señalar expresamente que los reclusos con discapacidad tienen derecho a optar a todos los programas y servicios a disposición de los demás reclusos, incluida la participación voluntaria en actividades y en programas de puesta en libertad en la comunidad, y a ser alojados con la población penitenciaria general en igualdad de condiciones y sin discriminación. También debería mencionar claramente ciertos derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: el deber de realizar ajustes razonables (arts. 5 y 14); el deber de esforzarse por crear un entorno accesible (art. 9); el deber de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a todos los servicios sin tener que depender de la asistencia de otros reclusos (por ejemplo, arts. 5, 20 y 28); y el deber de respetar las decisiones de las personas con discapacidad y de establecer mecanismos efectivos para apoyar la adopción de decisiones a fin de que las personas con discapacidades psicosociales o intelectuales puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás (véanse los arts. 12 y 13)...". A/68/295, 9 de agosto de 2013, párrafo 72.



tribunales internacionales. No obstante, es procedente destacar que si es posible identificar una práctica generalizada por parte de los miembros de la comunidad internacional en el sentido considerar la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad como propia de su jurisdicción exclusiva, reservada a los asuntos domésticos. Adicionalmente, dicha práctica doméstica claramente demuestra un abordaje que no se ajusta a lo señalado por la CDPD, pero en dicho caso no nos encontraríamos ante una situación de conflicto de normas internacionales, sino más bien de conflicto entre el derecho internacional y los derechos internos. Ahora bien, de acuerdo con un principio general del derecho internacional bien conocido, ningún Estado puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales sobre la base de argumentos, razones o normas de derecho interno contrario.

6.2.2. *Conflicto entre la CDPD y las normas no vinculantes*

El conflicto jurídico entre la CDPD y las normas no vinculantes se resuelve claramente a favor de la CDPD, aunque la falta de apoyo del *soft law* nos impedirá seguramente sostener, al menos a corto plazo, que la regla del artículo 12 ha adquirido carácter consuetudinario. Actualmente existe amplio consenso sobre el valor probatorio de *opinio juris* que las resoluciones de Organizaciones Internacionales, y en especial, las provenientes de ONU, tienen en la acreditación de formación de normas consuetudinarias. En la medida en que el *soft law* no comience a reflejar las disposiciones de la CDPD, será muy difícil probar su consolidación como derecho consuetudinario⁸¹³.

A pesar de ello, y de la irrefutable jerarquía y obligatoriedad de las normas convencionales sobre cualquier tipo de norma no vinculante (obviamente aquí no se considera si dichas normas no vinculantes pueden reflejar costumbre internacional), es posible notar que algunos miembros de la comunidad internacional, en ocasiones, han otorgado mayor valor, dentro de su derecho interno, a normas no vinculantes por encima de las obligaciones internacionales asumidas formalmente a través de la ratificación de tratados internacionales. Por ejemplo en relación con el artículo 12 y 14 de la CDPD, Argentina sancionó en 2010 una nueva Ley Nacional de Salud Mental⁸¹⁴, la cual intenta recoger la perspectiva de derechos humanos. El artículo 2 de dicha norma señala que “Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la

⁸¹³ Es preciso aclarar que la mayor importancia en la relación entre el *soft law* y el proceso consuetudinario radica en la dimensión probatoria de una *opinio juris*, pero el *soft law* no prueba el elemento material de la costumbre. Véase MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, pp. 406-412.

⁸¹⁴ Ley 26.657, Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias. Derógase la Ley N° 22.914. Sancionada: Noviembre 25 de 2010.



Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990, se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas⁸¹⁵. A pesar de que el Estado Argentino había ratificado e incorporado en el derecho interno la CDPD, la misma no figura en el listado del artículo 2, ni tampoco se encuentra reflejada en sus aspectos fundamentales a lo largo de sus disposiciones. Otras reformas legislativas similares en Perú⁸¹⁶ y en Colombia⁸¹⁷, demuestran una tendencia de práctica estatal en este sentido. Otro ejemplo, y fuera del ámbito del artículo 12, la inmensa mayoría de los miembros de la comunidad internacional han incorporado como marco de referencia internacional la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIFDS) –CIF-2001 de la OMS, sin reparar en que dicha norma no vinculante puede resultar contradictoria en ciertos aspectos con lo señalado por la CDPD, en especial en los artículo 1 y 2⁸¹⁸.

6.2.3. Conflicto entre la CDPD y las normas consuetudinarias

Como expresa el profesor MARIÑO, al momento de analizar las relaciones entre costumbres y tratados internacionales es preciso tener presente que *“la fuerza vinculante de ambas fuentes es idéntica y no depende de la otra, es decir, es autónoma. Por lo tanto, una costumbre puede modificar o derogar un tratado y viceversa”*⁸¹⁹. La jurisprudencia internacional ha aclarado en varias ocasiones que la norma consuetudinaria y la convencional son autónomas y, por tanto, coexistentes, incluso en caso de colisión de las mismas. Esto se explica principalmente por el ámbito espacial de aplicación de una y otra fuente normativa. Mientras la costumbre tiene por esencia (salvo

⁸¹⁵ Véase el respecto BARIFFI, F. & SMITH, M., (2013), *op. cit.*

⁸¹⁶ Ley 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental, de junio de 2012.

⁸¹⁷ Ley 1616 de 2013 (enero 21) por medio de la cual se expide la ley de Salud Mental y se dictan otras disposiciones.

⁸¹⁸ Véase en este punto lo señalado al respecto en el Capítulo 2 (2.3)

⁸¹⁹ [..Puesto que el Derecho consuetudinario está dotado de gran dinamicidad, las reglas consuetudinarias subyacentes a un texto convencional determinado pueden cambiar o caer en desuetudo; por su parte las normas establecidas por tratado pueden contribuir como “precedentes convencionales” a la formación de costumbre nuevas, o incluso “generar” a través de la práctica subsiguiente un nuevo Derecho consuetudinario...] MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, p.439.



casos de costumbre regionales) una aplicación general y, en materia de derechos humanos en particular con carácter de erga omnes, es decir a todos los sujetos del derecho internacional, el tratado sólo se aplica respecto de aquellos estados que han manifestado su consentimiento para obligarse por el mismo. No obstante, en la medida en que se verifique la existencia de un norma internacional convencional que se contraría con otra igual de carácter consuetudinario, en la práctica supondrá, muy probablemente, que se inicie una especie de pulseada entre ambas donde, a la larga, la norma convencional sea interpretada a la luz de la costumbre internacional, o bien la norma internacional genere un nuevo derecho consuetudinario de contenido correspondiente al convencional. Sin perjuicio de lo señalado, la existencia de ambas normas en un caso concreto, y que resulten igualmente vinculantes para las partes, requerirá el uso de las técnicas normativas para resolver las contradicciones entre normas internacionales que se analizarán en el punto siguiente.

Sin perjuicio de ello, como ha señalado el TIJ en la causa de Nicaragua, “en general, como las normas convencionales son *lex specialis*, no sería apropiado que un Estado entablara una reclamación fundado en una norma de derecho consuetudinario si, en virtud de un tratado, ya ha establecido arbitrios para el arreglo de esa reclamación”⁸²⁰. Con lo cual, aunque se demostrara la existencia de una norma consuetudinaria en contrario con lo estipulado por la CDPD, en la medida en que el Estado en cuestión haya ratificado el tratado que impone obligaciones precisas y específicas, las mismas deben prevalecer sobre la norma consuetudinaria. Diferente resulta el caso para aquellos miembros de la comunidad internacional que no hayan ratificado el tratado, o que lo hayan hecho emitiendo una reserva o declaración interpretativa. Este último caso se analizará específicamente más adelante.

6.2.4. *Conflicto entre la CDPD y otras fuentes convencionales*

Las técnicas normativas para resolver las contradicciones entre normas, como destaca el profesor MARIÑO, consisten fundamentalmente en tres principios, estos es, *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori*, y *lex specialis derogat generali*. Aunque estas técnicas coinciden con las aplicables en los ordenamientos domésticos, “*está claro que plantean dificultades muy específicas para aplicar tales principios a la solución de las contradicciones entre normas de Derecho Internacional*”⁸²¹.

⁸²⁰ Tribunal Internacional de Justicia, Caso relativo a actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América) (fondo del asunto), I.C.J. Reports 1986, pág. 137 (párr. 274).

⁸²¹ MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, p. 434.



También señala MARIÑO que “dada su estructura básica, no existe en la Comunidad Internacional un poder constituyente capaz de dar forma jurídica específica a una Constitución formal del orden jurídico internacional... así como la sociedad internacional es una forma social no integrada, así el ordenamiento jurídico internacional tampoco ha organizado de modo autónomo las funciones generales de gobierno propias de todo orden jurídico: las de creación de normas, aplicación judicial y realización coercitiva”⁸²². Como consecuencia de ello, el derecho internacional se ha convertido en un sistema fragmentado tanto a nivel institucional como a nivel sustantivo⁸²³.

El fenómeno de la fragmentación del derecho internacional ha sido intensamente abordado por parte de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) desde 2002 a 2006, lo que se saldó con una serie de conclusiones⁸²⁴ y un estudio analítico⁸²⁵ sobre “*Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*”.

La noción de fragmentación parece presuponer, erróneamente, que en algún momento el derecho internacional fue un cuerpo uniforme de normas y que posteriormente se fragmentó. Lo cierto es que el derecho internacional ha sido siempre un cuerpo amorfo de complicadas y cambiantes interrelaciones y obligaciones⁸²⁶. Lo que ha cambiado considerablemente en este sentido, ha sido la gran proliferación de subsistemas dentro del derecho internacional con normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos, y en áreas tan diversas como el medio ambiente, el comercio internacional, los derechos humanos o el derecho comunitario. Consecuentemente, el inevitable conflicto y la superposición normativa entre subsistemas, tanto en el aspecto competencial como en el aspecto sustantivo, ha generado la necesidad de consensuar un criterio o método de jerarquía normativa que permita una lectura comprensiva y sistemática del ordenamiento jurídico internacional.

⁸²² Idem, p. 61.

⁸²³ KOSKENNIEMI, M., & LEINO, P., (2002), “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 : pp 553-579

⁸²⁴ Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. Disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf

⁸²⁵ Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Analytical study, prepared by the Study Group, Document A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

⁸²⁶ LEATHELEY C, (2007-2008), “An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed an Opportunity?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 40, pp. 261-262.



Aunque son ya muy numerosos, los estudios sobre fragmentación suelen hacer hincapié en los cuatro subsistemas que más han evolucionado en los últimos años como verdaderas especializaciones del derecho internacional. Esto es, el derecho internacional del comercio (nucleado principalmente por la Organización Mundial del Comercio OMC), el derecho ambiental (con escasas fuentes vinculantes e instituciones formales), el derecho comunitario (en especial, por su grado de evolución, la Unión Europea), y el derecho internacional de los derechos humanos (que a su vez se distingue y relaciona íntimamente con el derecho internacional humanitario y con el derecho penal internacional).

Según la CDI, al aplicar el derecho internacional, muchas veces resulta necesario determinar la relación precisa entre dos o más normas o principios que son igualmente válidos y aplicables en relación con una situación. A dichos efectos, las relaciones emergentes pueden quedar comprendidas entre dos categorías generales:

Relaciones de interpretación: Este es el caso donde una norma asista en la interpretación de otra norma, y ello ocurriría, por ejemplo, cuando la norma posterior permita la aplicación, clarificación, actualización, o modificación de la anterior. En dichos casos, ambas normas se aplican de forma conjunta.

Relaciones de conflicto: Este es el caso donde dos normas son igualmente válidas y aplicables pero que apuntan hacia decisiones incompatibles, de modo tal que es necesario escoger entre una o la otra. Las normas básicas concernientes a la resolución normativa de conflictos pueden encontrarse en la CVDT⁸²⁷.

La coexistencia entre la CDPD y, por ejemplo, la CIAEFDPD o el COBDH hacen presuponer la existencia de relaciones de interpretación y relaciones de conflicto. En cuanto a lo primero, la mayoría de las disposiciones de la CIAEFDPD o del COBDH pueden ser complementadas y aplicadas a la luz de la CDPD, pero incluso algunas disposiciones de la CIAEFDPD o del COBDH pueden servir de base para ampliar la interpretación de la CDPD⁸²⁸. En cuanto a las relaciones de conflicto, como se ha señalado más arriba, existen disposiciones tanto de la CIAEFDPD como del COBDH que resultan en conflicto con lo señalado por la CDPD. Y como señala la CDI, “existe

⁸²⁷ Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law, *op. cit.*, principio 2.

⁸²⁸ Por ejemplo, el concepto de persona con discapacidad de la CIAEFDPD incluye las deficiencias permanentes o temporales mientras que la CDPD solo habla de deficiencias permanentes. De este modo, la correcta interpretación de estas normas de derecho internacional debería permitir que en relación con un Estado que sea miembro de ambos tratados, se deberá aplicar la interpretación más beneficiosa para la protección de los derechos de la persona.



conflicto si para una parte en los tratados solo resulta posible cumplir con una norma dejando de cumplir con otra norma”. Claramente, las obligaciones impuestas por el artículo 12 de la CDPD y aquellas impuestas por el artículo 1(2) de la CIAEFDPD o los artículos 6, 7 y 8 del COBDH, solo pueden cumplirse si se deja de lado alguna de ellas. Por ello, la pregunta clave es ¿Cómo resolver esta relación de conflicto?

6.2.4.1. Criterio de *lex superior*

A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos internos, en los cuales se suelen establecer rangos de jerarquía muy claros, y donde incluso existen mecanismos específicos de control de dicha jerarquía (generalmente denominado “control de constitucionalidad”), en el derecho internacional, el criterio de *lex superior* raramente sirve para resolver conflictos entre normas vinculantes. Ello no supone que no existan criterios de jerarquización de las normas internacionales, pero los mismos se deducen solamente a dos, esto es, el carácter *jus cogens* de ciertas normas internacionales, y el criterio establecido por el artículo 103 de la Carta de la ONU⁸²⁹. En el caso bajo análisis, este criterio no permite resolver el aparente conflicto, en tanto que ninguna de las normas señaladas pueden ser caracterizadas como de *jus cogens*, o de formar parte de las obligaciones asumidas por los miembros de la comunidad internacional en virtud de la Carta de la ONU. Tampoco el carácter regional o universal de las normas en conflicto parece ser un elemento relevante para establecer un criterio de jerarquía normativa entre las mismas.

6.2.4..2 Criterio de *lex specialis*

El principio de que la ley especial deroga la ley general es una norma ampliamente aceptada de interpretación jurídica y técnica para la solución de los conflictos normativos. Su significado es que si una materia está regulada por una norma general y por una norma más específica, esta última debe prevalecer sobre la primera⁸³⁰. A su vez, la especialidad puede venir dada por la materia o por los sujetos destinatarios.

En el caso específico bajo análisis, el criterio de *lex specialis* no brinda, *prima facie*, respuestas satisfactorias en cuando a cómo resolver las relaciones de conflicto normativo. Y ello en tanto que dichas normas forman parte de un mismo subsistema⁸³¹

⁸²⁹ Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Analytical study, prepared by the Study Group, Document A/CN.4/L.682, 13 April 2006, at. 324-409.

⁸³⁰ *Idem*, párrafos 46-222.

⁸³¹ La CDI se refiere a “regímenes autónomos” y los define como “...conjuntos interrelacionados de normas primarias y secundarias, a las que a menudo se llama “sistemas” o “subsistemas” de normas que abordan un problema particular de una manera diferente a las normas del derecho general...” *Idem*, párrafo 128.



(el derecho internacional de los derechos humanos), y tienen como destinatarios a los mismos sujetos (personas con discapacidad). Con ello, en rigor, las relaciones de conflicto entre la CDPD y la CIEFDPD y el COBDH no se podrían enmarcar en una relación de ley general *versus* ley especial. Adicionalmente, no pareciera correcto atribuir un carácter general a una norma de aplicación universal, o un carácter especial a una norma de aplicación regional. Y por último, tampoco nos encontramos ante un conflicto de normas cuya especialidad pueda diferenciarse por su carácter de norma primaria o secundaria, ya que todas ellas, pertenecer a la primera categoría.

6.2.4.3 El criterio de *lex posterior*

El criterio de *lex posterior derogat priori*⁸³² también se encuentra plenamente arraigado en los ordenamientos jurídicos nacionales. A pesar de ello, y de que su naturaleza pareciera indicar una suerte de función de derogación automática de normas *ipso facto* mediante la entrada en vigor de una nueva norma, lo cierto es que la práctica legislativa doméstica suele utilizar el recurso de la derogación expresa. Es decir, las normas sucesivas suelen indicar con un cierto grado de certeza aquellas normas que quedan automáticamente derogadas por la vigencia de una nueva. Y ello debido a que no siempre es sencillo determinar cuándo una nueva norma resulta aplicable sobre los mismos supuestos jurídicos que la anterior.

En el ámbito del derecho internacional, la aplicación del criterio de *lex posterior* resulta mucho más complejo que en el derecho interno, dado que, al no existir un órgano legislativo central, y regirse a cambio por el *jus dispositivum*, una norma solo puede quedar expresamente derogada por la misma voluntad que la ha creado, algo que raramente ocurre. Así la derogación de normas de derecho internacional es, por lo general, una cuestión a determinar frente a un asunto concreto.

Aunque el criterio de *lex posterior* resulta aplicable respecto de todo tipo de fuentes normativas, en el presente caso el derecho internacional nos aporta ciertas pautas precisas sobre cómo resolver los conflictos entre lo que se denomina “tratados sucesivos”, por imperio de lo establecido en el artículo 30 de la CVDT⁸³³.

⁸³² Idem, párrafos 223-323.

⁸³³ El artículo 30 de la CVDT denominado “aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia” señala: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes. 2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este



Aunque la regla del artículo 30 de la CVDT está pensada para reglar las relaciones entre convenios que vinculan simultáneamente a dos o más Estados de la comunidad internacional, también debería resultar aplicable en las relaciones de cada Estado frente a los individuos. Es decir, en este punto serían de aplicación las normas específicas de derecho internacional que gobiernan al subsistema de derechos humanos. De este modo, los conflictos normativos planteados, es decir, la manifiesta incompatibilidad entre la CDPD y la CIEFDPD o el COBDH en materia de capacidad jurídica, pueden analizarse tanto en relación con las obligaciones recíprocas entre Estados como en relación con las obligaciones asumidas por cada Estado de forma autónoma frente a las personas bajo su jurisdicción y frente a la comunidad internacional en su conjunto.

En cuanto al primer nivel de análisis, es decir, resolver los conflictos normativos entre dos o más Estados respecto de la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, habrá que analizar si dichos Estados son Parte de ambos tratados en conflicto, y, en caso positivo, la CDPD, como tratado sucesivo sobre la misma materia, debe prevalecer por sobre el anterior.

En cuanto al segundo nivel de análisis, es decir, resolver los conflictos normativos emergentes para un Estado individual que ha suscripto ambos tratados, el criterio de *lex posterior* resuelve claramente el conflicto en beneficio de la CDPD.

Por último, es preciso señalar que la CDPD recoge una cláusula especial en el artículo 4(4) que otorga prevalencia a las disposiciones de dicho instrumento sobre las de cualquier otro instrumento jurídico (interno o internacional) que sea más restrictivo, con lo cual, en caso de adoptarse un tratado posterior, sea regional o universal, el criterio de *lex posterior* pierde valor interpretativo en detrimento del criterio de pro-persona.

6.2.4.4. El criterio de interpretación pro-persona

Aunque no se trata de una regla vigente del derecho internacional general, en el caso en cuestión, al encontrarnos en el marco de un subsistema de derecho internacio-

último. 3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. 4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior: a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3; b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se registrarán por el tratado en el que los dos Estados sean partes. 5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.



nal especial, es decir, el derecho internacional de los derechos humanos, es necesario traer a consideración la importancia para este ámbito de lo que se conoce como el principio de interpretación, pro-persona. En materia de derechos humanos, y ante el surgimiento de un conflicto de aplicación de normas, es preciso tener en cuenta que se debe siempre optar por aquella interpretación o solución jurídica que garantice el mayor grado de protección de los derechos humanos del individuo. Como se ha señalado ya⁸³⁴, la propia CDPD en su artículo 4(4) parece introducir marginalmente este criterio de interpretación.

6.3. Las reservas y declaraciones en relación con el artículo 12

Las reservas en materia de tratados internacionales han sido definidas por la CVDT (artículo 2(1)d) como “*una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado*”.

A pesar de que las reservas se engloban dentro de los llamados actos unilaterales de los Estados, como bien señala MARIÑO, “una reserva no es un acto jurídico *stricto sensu*, porque no produce efectos autónomamente sino en relación con la aceptación u objeción de terceros y en un contexto convencional”⁸³⁵. Por ello, la formulación de una reserva por parte de un Estado puede generar una multiplicidad de efectos jurídicos diversos, dependiendo del comportamiento de los otros Estados contratantes, y además, del régimen jurídico que eventualmente el propio instrumento prevea respecto de dichas reservas.

Aunque la CVDT no se refiere a ello expresamente, la práctica de los Estados evidencia el uso de una modalidad de reserva que suele llevar el nombre de “declaración interpretativa”. Ello ha generado intensos debates en torno a si una declaración interpretativa puede o no considerarse una reserva. Se asemeja a una reserva en tanto que se admite y utiliza en el marco formal y material aplicable a las reservas, es decir, “al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado”, aunque también se admiten con posterioridad a dicho momento. No obstante, la CDI ha precisado el concepto de declaración interpretativa al señalar a la misma como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o

⁸³⁴ Véase Capítulo 3 (3.6.1).

⁸³⁵ MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, p. 318.



por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones”⁸³⁶. De este modo, y sin perjuicio de que la práctica demuestra lo complejo que resulta distinguir entre una verdadera reserva y una declaración interpretativa⁸³⁷, es posible concluir que la naturaleza jurídica no depende del modo o la denominación que el Estado emisor emplee, sino que la diferencia radica principalmente en el objeto de la misma, la cual en el caso de una reserva pretende “excluir o modificar los efectos jurídicos”, y en el caso de una declaración interpretativa pretende “precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones”.

Como cualquier tratado de derecho internacional, la CDPD admite reservas, lo cual está previsto en el artículo 46. En una fórmula común a instrumentos de derechos humanos, el citado artículo 46 se limita a reiterar la regla de derecho internacional general del artículo 19(c) de la CVDT, esto es, que no “se permitirán reservas incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención”, y que las “reservas podrán ser retiradas en cualquier momento”.

6.3.1. El régimen jurídico de reservas previstos por la CDPD

Aunque las reglas y principios de derecho internacional prevén y permiten que los tratados internacionales incluyan reglas propias sobre el régimen de reservas aplicable a dicho instrumento, la CDPD se ha decantado por una fórmula genérica y restrictiva que no hace más que reiterar lo señalado por el derecho internacional general, cuya aplicación resulta supletoria.

A pesar de lo escueto del artículo 46, es posible mediante interpretaciones extraer ciertas conclusiones.

En primer lugar, implícitamente el inciso 1 del artículo 46 está aceptando que se admiten reservas, o quizás lo correcto sería decir que, a *contrario sensu*, el artículo 46(1) no está prohibiendo las reservas como lo señala el artículo 19(a) de la CVDT.

⁸³⁶ Principio 1.2. Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobado por la Comisión en su 63º período de sesiones, (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), A/66/10/Add.1.

⁸³⁷ En este sentido, el Principio 1.3.1 de la Guía Práctica sobre las Reservas a los Tratados señala que: “Para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, procede interpretar la declaración de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, con miras a dilucidar la intención de su autor, a la luz del tratado a que se refiere”, Ídem.



En segundo lugar, que el silencio del artículo 46 debe interpretarse como que la CDPD no restringe el uso de las reservas, o quizás lo correcto sería decir, no establece que solo se puedan hacer ciertos tipos de reservas, como lo señala el artículo 19(b) de la CVDT.

En tercer lugar, el silencio del artículo 46 y de las demás disposiciones de la CDPD permite inferir que la misma admite la formulación de declaraciones interpretativas, y que las mismas pueden formularse en cualquier momento.

En cuarto lugar, que por mención expresa del artículo 46(1) y por imperio supletorio de una regla de derecho internacional general, la CDPD no admite reservas que resulten “incompatibles con el objeto y el propósito” del tratado.

En quinto lugar, que por mención expresa del artículo 46(2) y por imperio supletorio de una regla de derecho internacional general, la CDPD admite que los Estados reservantes retiren dichas reservas en “cualquier momento”.

En sexto lugar, que ante el silencio del artículo 46 y el resto de las disposiciones de la CDPD, el régimen jurídico aplicable supletoriamente a este tratado respecto de aceptación, objeción y efectos jurídicos de las reservas y/o declaraciones interpretativas es el del derecho internacional general.

Finalmente, es preciso señalar que, si bien no surge del propio texto de la CDPD, este instrumento forma parte del subsistema de derecho internacional de los derechos humanos, con lo cual el régimen jurídico de las reservas de la CDPD queda abarcado por las normas y principios aplicables a este régimen autónomo⁸³⁸.

6.3.2. Reservas y declaraciones interpretativas formuladas respecto del artículo 12 de la CDPD

La intensidad de los debates en torno al artículo 12 y las objeciones planteadas por algunos Estados respecto del texto final de dicho artículo hacían presagiar que algunos Estados emitieran reservas o declaraciones interpretativas al momento de ratificar la CDPD.

⁸³⁸ LIJNZAAD, E. (1995), *Reservations to Un-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, Martinus Nijhoff Publishers; SCHABAS, W., (1994) “Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol 32, pp. 39-82; HIGGINS, R., (1989) “Human Rights: Some Questions of Integrity”, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 15, pp. 598-614.



6.3.2.1 Egipto, Siria y Kuwait

La República Árabe de Egipto declaró al momento de la firma de la CDPD que el concepto de capacidad jurídica inserto en el párrafo 2 del artículo 12 se interpretaba para dicho Estado Parte como que las personas con discapacidad gozan de capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones ('ahliyyat al-wujub), pero no la capacidad de obrar ('ahliyyat al-'ada'), según el derecho nacional de Egipto⁸³⁹.

Por su parte, la declaración de la República Árabe de Siria, simplemente se limita a reiterar la interpretación adoptada por el grupo árabe durante la negociación en relación con la interpretación del concepto de capacidad jurídica⁸⁴⁰.

Finalmente, la reserva formulada por Kuwait al momento de ratificar por adhesión la CDPD señala que el reconocimiento de la capacidad jurídica del Artículo 12(2) estará sujeto a las condiciones de aplicabilidad del derecho interno kuwaití⁸⁴¹.

Las declaraciones formuladas en igual sentido por Egipto, Siria y Kuwait resultan consistentes con la carta que un grupo importante de países árabes enviaron el presidente del Comité Especial en ocasión de la octava sesión, en la cual se solicitaba la inclusión en el informe final de la posición de consenso de las delegaciones de Iraq, Arabia Saudita, Argelia, Bahrein, las Comoras, Djibouti, Egipto, los Emiratos Árabes Unidos, la Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, el Líbano, Marruecos, Mauritania, Omán, Palestina, Qatar, la República Árabe Siria, Somalia, el Sudán, Túnez y el Yemen, en el sentido de que para dichos estados el concepto de capacidad jurídica del artículo 12(2) debía interpretarse como el reconocimiento de la capacidad de derechos, pero no la capacidad de obrar⁸⁴².

⁸³⁹ [... Egypt, Interpretative declaration made upon signature: The Arab Republic of Egypt declares that its interpretation of article 12 of the International Convention on the Protection and Promotion of the Rights of Persons with Disabilities, which deals with the recognition of persons with disabilities on an equal basis with others before the law, with regard to the concept of legal capacity dealt with in paragraph 2 of the said article, is that persons with disabilities enjoy the capacity to acquire rights and assume legal responsibility ('ahliyyat al-wujub) but not the capacity to perform ('ahliyyat al-'ada'), under Egyptian law...] Del 04/04/2007. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁴⁰ [... Syrian Arab Republic, Upon signature, Understanding: (...) We signed today on the basis of the understanding contained in the letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed, in his capacity as Chairman of the Group of Arab States for that month, to the Chairman of the Committee, which contains the interpretation of the Arab Group concerning article 12 relating to the interpretation of the concept of "legal capacity"...] Del 30/03/2007. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁴¹ [... Reservations: (...) Article 12, paragraph 2: The enjoyment of legal capacity shall be subject to the conditions applicable under Kuwaiti law...] Del 22/08/2013. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁴² [... Letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Chairman. I have the honour, as the Chair of the Arab Group for the month of December 2006, and on



Estas declaraciones merecen algunas conclusiones. En primer lugar, constituyen un ejemplo cabal de lo complejo que resulta en la práctica distinguir entre una declaración interpretativa y una reserva. Si bien las mismas están planteadas como declaraciones interpretativas, lo cierto es que la interpretación que proponen supone dejar sin efecto el cambio de paradigma planteado por el artículo 12 y la inmensa mayoría de los efectos jurídicos planteados en el presente trabajo. Incluso se podría alegar que las mismas podrían afectar el objeto y fin del tratado⁸⁴³. En segundo lugar, y sin perjuicio de lo señalado, es necesario destacar que la posición expuesta por Egipto y Siria resulta consistente con lo planteado por dichos Estados durante el proceso de negociación, con lo cual, como se ha señalado ya, si el artículo 12 debe considerarse como una norma convencional emergente que contraviene la práctica existente hasta el momento, es entendible que dichos Estados puedan legítimamente declarar unilateralmente que no desean adherir a esta cláusula convencional. Asimismo, es necesario señalar que ninguna de las dos declaraciones fueron objeto de impugnación por el resto de los Estados Partes. Finalmente, y al hilo de lo señalado anteriormente, es preciso notar que algunos de los Estados que suscribieron la carta enviada al presidente del Comité Especial en 2006 no formularon reservas o declaraciones interpretativas al momento de ratificar la CDPD⁸⁴⁴.

6.3.2.2 Australia

Al momento de ratificar la CDPD Australia emitió la siguiente declaración:

“Australia reconoce que las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica en igualdad con otros en todos los aspectos de la vida. Australia reconoce que la Convención permite la plena implementación de sistemas de apoyo en la toma de decisiones, que permiten que decisiones puedan ser tomadas en representación de una persona, solo cuando dichas medidas resultan necesarias, como último recurso y sujeto a salva-

behalf of Algeria, Bahrain, Comoros, Djibouti, Egypt, Iraq, Kuwait, Lebanon, Libyan Arab Jamahiriya, Mauritania, Morocco, Oman, Palestine, Qatar, Saudi Arabia, Somalia, Sudan, Syrian Arab Republic, Tunisia, United Arab Emirates and Yemen, to inform you that the aforementioned States are joining the consensus on the Convention based on the understanding that legal capacity mentioned in paragraph 2 of Article 12 of the Convention entitled “Equal recognition before the law” means the capacity of rights and not the capacity to act, in accordance with the national laws and legislation of these States. We kindly request that this letter be included in the report of the Ad Hoc Committee. We will be presenting it to the General Assembly when the text of the Convention is submitted prior to its adoption. (Signed) Hamad Al-Bayati Chairman of the Arab Group for the month of December 2006, Permanent Representative of Iraq to the United Nations...] A/AC.265/2006/5, 7 December 2006.

⁸⁴³ Este punto se analizará más adelante.

⁸⁴⁴ Tal es el caso de: Arabia Saudita, Bahrein, Djibouti, los Emiratos Árabes Unidos, el Iraq, el Líbano, Mauritania, Omán, Qatar, el Sudán, Túnez y el Yemen.



guardias. Australia reconoce que toda persona con discapacidad tiene el derecho al respeto de su integridad física y mental en igualdad de condiciones con los demás. Australia declara que, a su entender, la Convención permite la asistencia o el tratamiento involuntario de personas, lo que incluye medidas adoptadas para el tratamiento mental de la discapacidad, cuando dicho tratamiento resulta necesario, como último recurso y sujeto a salvaguardias⁸⁴⁵.

La declaración de Australia constituye un segundo modelo de oposición con el cambio de paradigma planteado por el artículo 12, aunque se ajusta a la posición adoptada por dicho Estado durante el proceso de negociación⁸⁴⁶. A diferencia de lo planteado por el grupo árabe, la postura de Australia resulta mucho más flexible y permeable a permitir un impacto real del artículo 12 en la legislación doméstica, ya que no desconoce que el concepto de capacidad jurídica se refiere a la capacidad de obrar. Tampoco desconoce la obligación de brindar apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de conformidad con lo señalado en el artículo 12(3) e inclusive lo plantea como la opción principal para abordar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Pero a juicio de Australia, el artículo 12 da a lugar a la implementación de medidas de protección que supongan en casos excepcionales la designación de un representante legal, o incluso, el sometimiento de una persona con discapacidad a tratamientos involuntarios en el marco de la salud mental. Por ello, la declaración de Australia, aunque no lo mencione expresamente, también hace alusión a los artículos 14, 15 y 17. En este sentido, la declaración de Australia resulta mucho más compleja de ser atacada desde un análisis de objeto y fin del tratado, y podría dar lugar a una interpretación restrictiva del artículo 12 de la CDPD⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ [...] Declaration: “Australia recognizes that persons with disability enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. Australia declares its understanding that the Convention allows for fully supported or substituted decision-making arrangements, which provide for decisions to be made on behalf of a person, only where such arrangements are necessary, as a last resort and subject to safeguards; Australia recognizes that every person with disability has a right to respect for his or her physical and mental integrity on an equal basis with others. Australia further declares its understanding that the Convention allows for compulsory assistance or treatment of persons, including measures taken for the treatment of mental disability, where such treatment is necessary, as a last resort and subject to safeguards...” Del 17/07/2008. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁴⁶ DEVANDAS AGUILAR; C. & TRÖMEL STURMER, S., (2012), “Reservas efectuadas al artículo 12: su admisibilidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), *op. cit.*, p.280-281.

⁸⁴⁷ En este sentido, el CteCDPD en las observaciones finales sobre el informe inicial de Australia ha señalado: “...el Comité recomienda al Estado parte que (...) revise sus declaraciones interpretativas sobre los artículos 12, 17 y 18, con vistas a retirarlas...” CRPD/C/AUS/CO/1, 21 de octubre de 2013, párrafo 9.



6.3.2.3. Canadá

Al momento de ratificar la CDPD Canadá emitió la siguiente declaración y reserva:

“Canadá reconoce que se debe presumir que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. Canadá declara que, a su entender, el artículo 12 permite medidas de apoyo y de sustitución en la toma de decisiones en las circunstancias apropiadas y de conformidad con el derecho vigente. En la medida que el artículo 12 se deba interpretar como que requiere de la eliminación de toda medida de sustitución en la toma de decisiones, Canadá se reserva el derecho de continuar su uso en circunstancias apropiadas y sujetas a salvaguardias efectivas y adecuadas. En relación con el artículo 12(4) Canadá se reserva el derecho de no sujetar todas dichas medidas a un control periódico por parte de una autoridad independiente, cuando dichas medidas ya son sujetas a revisión o apelación”⁸⁴⁸.

La posición adoptada por Canadá es prácticamente idéntica a la de Australia. A diferencia de esta última, el instrumento depositado por Canadá hace mención expresa a los artículos pertinentes de la CDPD y, además, establece más claramente cuándo formula una declaración interpretativa y cuándo formula una reserva. A pesar de la claridad de los términos de la declaración y reserva de Canadá, el modo en el cual está redactada hace presumir que se trata de una manifestación de tipo temporal, en el sentido de que Canadá no rechaza las implicaciones del artículo 12, sino más bien prefiere reservar su aplicación hasta el momento que el derecho interno pueda cumplir plenamente con lo requerido por el artículo 12.

6.3.2.4. Estonia

Al momento de ratificar la CDPD Estonia emitió la siguiente declaración:

“La República de Estonia interpreta el artículo 12 de la Convención como que no prohíbe la restricción de la capacidad jurídica activa de una persona, cuando resulta

⁸⁴⁸ [...Canada, Declaration and reservation: “Canada recognises that persons with disabilities are presumed to have legal capacity on an equal basis with others in all aspects of their lives. Canada declares its understanding that Article 12 permits supported and substitute decision-making arrangements in appropriate circumstances and in accordance with the law. To the extent Article 12 may be interpreted as requiring the elimination of all substitute decision-making arrangements, Canada reserves the right to continue their use in appropriate circumstances and subject to appropriate and effective safeguards. With respect to Article 12 (4), Canada reserves the right not to subject all such measures to regular review by an independent authority, where such measures are already subject to review or appeal....] Del 11/03/2010. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.



necesaria en virtud de la capacidad de una persona de comprender o dirigir sus acciones. Al restringir el derecho de las personas con capacidad jurídica activa limitada, la República de Estonia actúa de conformidad con su derecho interno”⁸⁴⁹.

Aunque la declaración de Estonia no aclara si se refiere exclusivamente a la restricción de la capacidad jurídica de personas con discapacidad, el hecho de relacionar dicha restricción a la capacidad de comprensión y de dirigir sus acciones hace presumir que se trata de una medida exclusivamente destinada a personas con discapacidad. Por ello, esta declaración tendría como efecto dejar sin contenido ni valor jurídico al artículo 12, lo que podría ser objetado desde un análisis de objeto y fin del tratado. Fuera de ello, la declaración de Estonia se podría enmarcar dentro del modelo más restrictivo, como el adoptado por Siria y Egipto.

6.3.2.5. Noruega

Al momento de ratificar la CDPD Noruega emitió la siguiente declaración:

“Artículo 12. Noruega reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. Noruega también reconoce sus obligaciones de adoptar medidas adecuadas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, Noruega declara que, a su entender, la Convención permite la retirada de la capacidad jurídica, o de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, y/o la tutela obligatoria, en casos donde dichas medidas resultan necesarias, como último recurso y sujetas a salvaguardias.

Artículos 14 y 25. Noruega reconoce que todas las personas con discapacidad tienen derecho a la libertad y seguridad personal, y derecho al respecto a la integridad física y mental en igualdad de condiciones con los demás. Asimismo, Noruega declara que, a su entender, la Convención permite los tratamientos involuntarios de cuidados a las personas, lo que incluye medidas para el tratamiento de enfermedades mentales, cuando las circunstancias hacen necesario un tratamiento de este tipo, como último recurso y cuando el tratamiento se encuentra sujeto a salvaguardias legales”⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ [...Estonia, Declaration: “The Republic of Estonia interprets article 12 of the Convention as it does not forbid to restrict a person’s active legal capacity, when such need arises from the person’s ability to understand and direct his or her actions. In restricting the rights of the persons with restricted active legal capacity the Republic of Estonia acts according to its domestic laws.”...] Del 30/05/2012. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁵⁰ [...Norway, Declarations: “Article 12. Norway recognises that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. Norway also recognizes its obligations to take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity. Furthermore, Norway declares its understanding that the Convention allows for the withdrawal of legal



La declaración de Noruega es muy similar en cuanto al lenguaje y en cuanto al contenido a las efectuadas por Canadá y Australia. Se podría enmarcar dentro de una posición menos restrictiva del artículo 12 y 14, pero igualmente plantea o da lugar para la sustitución en la toma de decisiones y el internamiento o tratamiento involuntario de personas con discapacidad.

6.3.2.6. Polonia

Al momento de ratificar la CDPD Polonia emitió la siguiente reserva:

“La República de Polonia declara que interpreta el artículo 12 de la Convención de un modo que permita la aplicación de la incapacitación, en las circunstancias y del modo establecido por el derecho doméstico, como un tipo de medida indicada en el Artículo 12(4) cuando se trata de una persona incapaz de controlar su conducta por causa de una enfermedad mental, discapacidad mental, u otra alteración mental”⁸⁵¹.

La declaración de Polonia se enmarca dentro de la modalidad de interpretación más restrictiva del artículo 12, ya que expresamente señala la legitimidad de la incapacitación como medida legal de protección de las personas con discapacidad, y sin considerar necesario reformar la legislación doméstica en este sentido. Lo particular de la declaración de Polonia es la referencia al artículo 12(4), donde, según este Estado, la CDPD habilita o da lugar para la existencia de la incapacitación de personas con discapacidad como medida consistente con lo planteado por el artículo 12.

6.3.2.7. Singapur

Al momento de ratificar la CDPD Singapur emitió la siguiente reserva:

“El actual marco jurídico de la República de Singapur garantiza, como salvaguardia efectiva y apropiada, la supervisión y control de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica por parte de autoridades u órganos judiciales independientes e

capacity or support in exercising legal capacity, and/or compulsory guardianship, in cases where such measures are necessary, as a last resort and subject to safeguards. Articles 14 and 25. Norway recognises that all persons with disabilities enjoy the right to liberty and security of person, and a right to respect for physical and mental integrity on an equal basis with others. Furthermore, Norway declares its understanding that the Convention allows for compulsory care or treatment of persons, including measures to treat mental illnesses, when circumstances render treatment of this kind necessary as a last resort, and the treatment is subject to legal safeguards.”...] Del 03/06/2013. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁵¹ [...] Poland. Interpretative Declaration made upon ratification: “The Republic of Poland declares that it will interpret Article 12 of the Convention in a way allowing the application of the incapacitation, in the circumstances and in the manner set forth in the domestic law, as a measure indicated in Article 12.4, when a person suffering from a mental illness, mental disability or other mental disorder is unable to control his or her conduct.”...] Del 25/09/2012. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.



imparciales, ya sea cuando se acude a las mismas o cuando se actúa de oficio en casos apropiados. La República de Singapur se reserva el derecho de continuar aplicando su ordenamiento jurídico vigente en lugar de las revisiones regulares contempladas en el Artículo 12, párrafo 4 de la Convención”⁸⁵².

El lenguaje de esta reserva resulta confuso en cuanto al alcance de la misma. Aunque la misma parece referirse exclusivamente al párrafo 4 del Artículo 12, alude genéricamente a “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica”, lo que podría dar a entender que, para el Estado Parte, su derecho interno resulta compatible con lo estipulado con el Artículo 12 y, por ende, no requiere revisión alguna. Con ello, dicha reserva abre un gran interrogante que solo podrá ser clarificado al momento que el CteCDPD analice el informe inicial que dicho estado presente en virtud del artículo 35 de la CDPD.

6.3.2.8. Venezuela

Al momento de ratificar la CDPD Venezuela emitió la siguiente declaración:

“La República Bolivariana de Venezuela reafirma su absoluta determinación de garantizar los derechos y la protección de la dignidad de las personas con discapacidad. Consecuentemente, declara que interpreta el párrafo 2 del Artículo 12 de la Convención de modo tal que, en caso de conflicto entre dicho párrafo y cualquier disposición del derecho venezolano, las disposiciones que garanticen la mayor protección legal a las personas con discapacidad, en tanto que aseguren su bienestar y desarrollo integral sin discriminación, deberán prevalecer⁸⁵³.”

Esta declaración contiene un lenguaje muy similar a la efectuada, y luego retirada, por México. Se trata de una declaración que claramente encubre la intención del Estado

⁸⁵² [... The Republic of Singapore’s current legislative framework provides, as an appropriate and effective safeguard, oversight and supervision by competent, independent and impartial authorities or judicial bodies of measures relating to the exercise of legal capacity, upon applications made before them or which they initiate themselves in appropriate cases. The Republic of Singapore reserves the right to continue to apply its current legislative framework in lieu of the regular review referred to in Article 12, paragraph 4 of the Convention...] Del 18/07/2013, UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁵³ [... The Bolivarian Republic of Venezuela reaffirms its absolute determination to guarantee the rights and protect the dignity of persons with disabilities. Accordingly, it declares that it interprets paragraph 2 of Article 12 of the Convention to mean that in the case of conflict between that paragraph and any provisions in Venezuelan legislation, the provisions that guarantee the greatest legal protection to persons with disabilities, while ensuring their well-being and integral development, without discrimination, shall apply...] Del 24/09/2013. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.



de no aplicar el Artículo 12 a nivel local dado que, o bien se trata de una declaración redundante o innecesaria (de conformidad con lo señalado por el Artículo 4(4)), o bien se trata de un modo de reservar la aplicación del Artículo 12(2) so pretexto de considerar al derecho interno como más protector que la propia CDPD⁸⁵⁴.

6.3.2.9. Países Bajos y Francia

Aunque no fueran formuladas en el marco del artículo 12, resulta necesario analizar las declaraciones formuladas por los Países Bajos y Francia en relación con el artículo 15, el cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el artículo 12.

En primer lugar, los Países Bajos declararon, al momento de la firma de la CDPD, que interpretarían el término “consentimiento” del artículo 15 de conformidad con los instrumentos internacionales, como la Convención Europea en Biomedicina y Derechos Humanos y el Protocolo Adicional relativo a la Investigación Biomédica, y con la legislación nacional que se encuentra en línea con estos instrumentos. Ello supone que, en lo que respecta al consentimiento para la investigación biomédica, el término “consentimiento” se aplica en las siguientes dos situaciones: 1. Consentimiento dado por una persona que está capacitada para consentir, y 2. En los casos de personas que pueden dar su consentimiento, el consentimiento dado por su representante legal o cualquier autoridad u órgano previsto por el derecho. Los Países Bajos consideran importante que las personas que no pueden dar su consentimiento libre e informado reciban especial protección. Adicionalmente, a la autorización planteada en el punto 2, otras medidas de protección incluidas en los citados instrumentos internacionales se consideran parte de dicha protección⁸⁵⁵.”

Por su parte, la declaración de Francia en lo que respecta al artículo 15 es prácticamente idéntica a la planteada por los Países Bajos, aunque fue formulada al momento de la ratificación de la CDPD⁸⁵⁶.

⁸⁵⁴ Véase lo señalado más adelante en el punto 6.3.2.9

⁸⁵⁵ [... The Netherlands declares that it will interpret the term ‘consent’ in Article 15 in conformity with international instruments, such as the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine and the Additional Protocol concerning Biomedical Research, and with national legislation which is in line with these instruments. This means that, as far as biomedical research is concerned, the term ‘consent’ applies to two different situations: 1. consent given by a person who is able to consent, and 2. in the case of persons who are not able to give their consent, permission given by their representative or an authority or body provided for by law. The Netherlands considers it important that persons who are unable to give their free and informed consent receive specific protection. In addition to the permission referred to under 2. above, other protective measures as included in the above-mentioned international instruments are considered to be part of this protection....] Del 30/03/2007. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁵⁶ [... France. Declarations: The French Republic declares that it will interpret the term “consent” in article 15 of the Convention in conformity with international instruments, in particular those that relate to human rights and biomedicine, and with national legislation, which is in line with these instruments. This means that, as far



Estas declaraciones interpretativas formuladas por Francia y los Países Bajos respecto del artículo 15 parecen indicar que en materia de consentimiento informado en el marco de la investigación biomédica, la sustitución en la toma de decisiones de personas con discapacidad sería posible. Ahora bien, ninguno de estos dos Estados ha formulado declaración o reserva respecto del artículo 12, con lo cual, en la medida que se concluya que dicho artículo 12 prohíbe la sustitución en la toma de decisiones de personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, entonces, ello pondría en tela de juicio la validez de las declaraciones formuladas por estos Estados. Sin perjuicio de ello, resulta necesario destacar que ambos Estados declaran como norma aplicable a los casos planteados por el artículo 15 instrumentos internacionales previos a la CDPD, y que, como se ha mencionado anteriormente, podrían encontrarse en contraposición con lo señalado por el artículo 12⁸⁵⁷.

6.3.2.10. México y Reino Unido

Las reservas formuladas por México y Reino Unido en relación con el artículo 12 merecen un comentario particular por el motivo que dichas reservas fueron retiradas luego de haberse depositado con el instrumento de ratificación.

En primer lugar, México, uno de los principales impulsores de la CDPD, formuló una muy polémica declaración interpretativa al momento de ratificar la CDPD el 17 de diciembre de 2007. La misma señalaba:

“Con la absoluta determinación de proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, los Estados Unidos Mexicanos interpretan el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención en el sentido de que en caso de conflicto entre dicho párrafo y la legislación nacional habrá de aplicarse –en estricto apego al principio *pro homine*– la norma que confiera mayor protección legal, salvaguarde la dignidad y asegure la integridad física, psicológica, emocional y patrimonial de las personas”.

Esta declaración generó una gran oposición de la sociedad civil mexicana, ya que podía interpretarse de dos formas posibles. La primera, que México pretendía dejar a

as biomedical research is concerned, the term "consent" applies to two different situations: 1. Consent given by a person who is able to consent, and 2. In the case of persons who are not able to give their consent, permission given by their representative or an authority or body provided for by law. The French Republic considers it important that persons who are unable to give their free and informed consent receive specific protection, without prejudice to all medical research of benefit to them. In addition to the permission referred to under paragraph 2 above, other protective measures, such as those included in the above-mentioned international instruments, are considered to be part of this protection. ...] Del 18/02/2010. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁵⁷ Véase lo señalado en el punto 6.2 más arriba.



salvo la posibilidad de aplicar el derecho doméstico más beneficioso, lo cual resultaba innecesario porque más allá de encontrarse implícito en la naturaleza jurídica de las normas internacionales de derechos humanos, la propia CDPD lo planteaba expresamente en el artículo 4(4)⁸⁵⁸. La segunda, quizás la que más temores despertaba, era que México quisiera con ello arrogarse la potestad de considerar que su derecho interno era, al momento de ratificar la CDPD, más beneficioso y más protector de los derechos de las personas con discapacidad. Esta última opción se contradice con la misma esencia del artículo 12, que justamente pretende generar un cambio de los modelos vigentes en las diferentes legislaciones estatales de los Estados Unidos Mexicanos.

Finalmente, esta declaración fue retirada el 3 de enero de 2012⁸⁵⁹, tras la presión hecha por organizaciones de la sociedad civil, ya que sostenían que ésta permitía que el Estado decidiera en qué momento se aplicarían las disposiciones de la CDPD y en cuáles el marco jurídico nacional. Esto estaba causado por la consideración falsa de que “la interdicción y la tutela son medidas de apoyo y protección de la personas con alguna discapacidad intelectual o mental⁸⁶⁰”.

Por su parte, el Reino Unido había formulado una declaración interpretativa al momento de ratificar la CDPD que establecía:

“Las medidas vigentes en el Reino Unido donde el Secretario de Estado puede designar una persona para ejercer derechos en relación con reclamaciones a la seguridad social y el pago en representación de un individuo que se encuentra momentáneamente incapacitado de actuar, no se encuentran por el momento sujetas a salvaguardias o revisión periódica, según lo establece el artículo 12(4) de la Convención, y el Reino Unido se reserva el derecho de aplicar dichas medidas. El Reino Unido se encuentra trabajando para implementar un sistema de revisión apropiado⁸⁶¹”.

⁸⁵⁸ DEVANDAS AGUILAR, C. & TRÖMEL STURMER, S., (2012), *op. Cit.*, p. 282.

⁸⁵⁹ [...On 3 January 2012, the Government of the United Mexican States informed the Secretary-General that it had decided to withdraw the interpretative declaration made upon ratification. The text of the interpretative declaration reads as follows: (...) affirming its absolute determination to protect the rights and dignity of persons with disabilities, the United Mexican States interprets paragraph 2 of article 12 of the Convention to mean that in the case of conflict between that paragraph and national legislation, the provision that confers the greatest legal protection while safeguarding the dignity and ensuring the physical, psychological and emotional integrity of persons and protecting the integrity of their property shall apply, in strict accordance with the principle pro homine...] UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁶⁰ CENCOS, Celebran el retiro de la declaración interpretativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, México (2011), <http://cencos.org/node/28083>.

⁸⁶¹ [...On 21 December 2011, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland informed the Secretary-General that it had decided to withdraw the reservation under article 12.4 made upon ratification. The text of the declaration reads as follows: “The United Kingdom’s arrangements, whereby the



Finalmente, el 21 de diciembre de 2011 el Reino Unido retiró esta declaración particular sobre el artículo 12(4), aunque, como destacan TROMMEL y DEVANDAS, no parece haber intención por parte de este Estado de “sustituir el modelo de sustitución en la capacidad de actuar por un sistema de apoyo”⁸⁶².

6.3.3. *Análisis de las declaraciones y reservas*

Teniendo presente el régimen jurídico de reservas establecido por la propia CDPD y la aplicación supletoria del derecho internacional general, es posible establecer algunas conclusiones generales sobre el valor jurídico de las reservas y declaraciones formuladas hasta la fecha en relación con el artículo 12.

6.3.3.1. Los modelos de reservas y declaraciones

De las reservas y declaraciones formuladas hasta la fecha en el contexto de la CDPD, es posible identificar al menos tres modelos diferentes.

Un primer modelo, que podríamos denominar restringido, en el que los Estados ponen de manifiesto su oposición frontal a interpretar el concepto de capacidad jurídica como que comprende el de la capacidad de obrar. Con ello, dichos Estados pretenden oponerse a que el artículo 12 de la CDPD genere efectos jurídicos sobre el derecho interno en lo que respecta al modo de abordar y regular jurídicamente las restricciones o limitaciones a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad. Tal es el caso de las reservas y declaraciones de Siria, Egipto, Kuwait, Polonia, Estonia o Venezuela.

Este modelo de reserva o declaración, sin perjuicio de cómo se lo denomine, conlleva a dejar sin efecto jurídico el cambio de paradigma que propone el artículo 12, al limitar dicho artículo simplemente al aspecto estático de la capacidad jurídica, esto es, la capacidad de ser titular de derecho, pero dejando al ámbito doméstico la regulación del aspecto dinámico de la capacidad jurídica, esto es, la capacidad de obrar, o de tomar decisiones en nombre propio. Con ello, la primera conclusión que se podría señalar es

Secretary of State may appoint a person to exercise rights in relation to social security claims and payments on behalf of an individual who is for the time being unable to act, are not at present subject to the safeguard of regular review, as required by Article 12.4 of the Convention and the UK reserves the right to apply those arrangements. The UK is therefore working towards a proportionate system of review.”...] UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁶² DEVANDAS AGUILAR; C. & TRÖMEL STURMER, S., (2012), *op. Cit.*, p.283.



que, en rigor, nos encontramos ante una verdadera reserva al artículo 12 y no simplemente ante una declaración interpretativa. De este modo, los efectos jurídicos de estas reservas deberán ser analizados respecto de su compatibilidad con el objeto y fin del tratado.

Un segundo modelo, que podríamos denominar moderado, en el que los Estados ponen de manifiesto su aprobación al cambio de paradigma planteado por el artículo 12 pero dejando en claro que existen situaciones excepcionales previstas por el lenguaje del propio artículo 12, donde es posible que el Estado pueda mantener ciertas medidas jurídicas que supongan una limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el nombramiento de un representante legal que adoptará decisiones en nombre de la persona con discapacidad. Tal es el caso de las reservas formuladas por Australia, Canadá o Noruega.

A diferencia del primer modelo, este modelo reconoce que el artículo 12 se proyecta sobre el reconocimiento y la regulación del aspecto dinámico de la capacidad jurídica, es decir, la capacidad de obrar, y además reconoce que el modelo de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica debe ser el principio que inspire al derecho doméstico, con lo cual este modelo no niega los efectos jurídicos del artículo 12 sobre el derecho interno de los Estados y asume, en cambio, la necesidad de reformar la legislación en dicho sentido. Ahora bien, el modelo moderado de reservas y declaraciones claramente plantea que la garantía de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no es absoluta, y, por tanto, puede ser objeto de restricciones.

Si tenemos en cuenta los debates que se generaron en torno al artículo 12 durante el proceso de negociación, sumado a que lo planteado por el modelo moderado aun es objeto de intensas discusiones en la doctrina y expertos en la materia, entonces pareciera legítimo indicar que nos encontramos ante un modelo de declaración o reserva que, prima facie, no se opone frontalmente al objeto y fin del tratado. Ello no quiere decir que el artículo 12 deba ser interpretado como que genera los efectos jurídicos del modelo moderado en relación con todos los Estados Partes de la CDPD, sino, simplemente, que nos podríamos encontrar ante un tipo de declaración o reserva permitido por la propia CDPD y por las reglas generales del derecho internacional general.

Finalmente, un tercer modelo, que podríamos denominar de efectos indirectos, en el que los Estados manifiestan su oposición a disposiciones de la CDPD que indirectamente se relacionan con el cambio de paradigma planteado por el artículo 12. Tal es el caso de las declaraciones y reservas al artículo 14, 15, 23 o 29. Y el efecto indirecto se genera en tanto que las declaraciones y reservas tienen como propósito o efecto dejar sin efecto el derecho de todas las personas con discapacidad al ejercicio de su



capacidad jurídica y a la provisión de apoyo en todos los aspectos de la vida. Estos son los casos de las declaraciones o reservas formuladas por Francia, los Países Bajos, Noruega, Australia, o Singapur.

Este tipo de declaraciones y reservas deben ser analizadas en cada caso particular. Por ejemplo, las declaraciones de Francia y los Países Bajos respecto del artículo 15 pretenden dejar de manifiesto la posición de dichos Estados sobre el régimen jurídico en materia de investigaciones biomédicas, donde consideran aplicable lo señalado por la COBDH, el cual, como hemos visto, se podría encontrar en contraposición con lo señalado por el artículo 12. Las declaraciones de Noruega y Australia en relación con el artículo 14 y 15 podrían enmarcarse dentro del modelo moderado, es decir, no rechazan frontalmente lo señalado por dichos artículos, sino que se reservan el derecho de establecer excepciones.

6.3.3.2. El valor jurídico de las reservas y declaraciones

Como se ha dicho ya, las reservas generan una multiplicidad de efectos jurídicos dependiendo de diferentes factores previstos por las normas del derecho internacional general. A grandes rasgos, podríamos dividir dichos efectos en efectos *inter-partes* y efectos *erga-omnes*.

En cuanto a los efectos *inter-partes*, las declaraciones y reservas formuladas en relación con el artículo 12 no han sido objeto de objeciones, pero tampoco de aceptaciones expresas. Con ello, y sin perjuicio de que todas las reservas y declaraciones deban ser analizadas en virtud del test de compatibilidad con el objeto y fin del tratado, por imperio de lo señalado por el artículo 20(5) de la CVDT “se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado si esta última es posterior”. Consecuentemente, en la medida que las declaraciones y reservas se puedan considerar efectivas, como señala el artículo 21(1)(a) de la CVDT, la declaración o reserva “modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma”.

En cuanto a los efectos *erga-omnes*, corresponde analizar si las reservas y declaraciones formuladas respecto del artículo 12 de la CDPD podrían contribuir a generar una *opinio juris* de una norma consuetudinaria, o si podrían constituir un elemento válido de interpretación en dicho sentido.



En cuanto a la primera de las cuestiones señaladas, esto es, si las declaraciones y reservas pueden ser indicativas de opinio juris sobre la conformación de una norma de derecho consuetudinario contraria a lo señalado por el artículo 12 de la CDPD, no pareciera, como señala la jurisprudencia del TIJ, que nos encontremos ante una práctica constante que “*se ha hecho obligatoria por la existencia de una regla jurídica*”⁸⁶³.

En cuanto a los efectos de las reservas y declaraciones para la interpretación del artículo 12 de la CDPD, es preciso distinguir entre la interpretación del artículo 12 en relación con el propio Estado autor de la reserva o declaración, y la interpretación del artículo 12 para el resto de los Estados Partes. En relación con el propio Estado, en la medida que la reserva se considere efectiva, evidentemente generará para dicho Estado una pauta de interpretación propia que eventualmente podría eximirlo de ciertos efectos jurídicos. En este sentido, el CteCDPD se ha pronunciado en sentido negativo de las reservas efectuadas por Australia y El Salvador, aunque se ha limitado a alentar a dichos Estados a que retiren las reservas o declaraciones formuladas, sin entrar a considerar la validez de las mismas a la luz del objeto y fin del tratado⁸⁶⁴. En relación con el resto de los Estados Partes, las declaraciones y reservas efectuadas por otros Estados no constituyen un elemento de interpretación suficiente para restarle los efectos jurídicos que dicha disposición trae consigo.

6.3.3.3. El test de compatibilidad de las reservas y declaraciones

Como bien señala MARIÑO, el objeto y fin del tratado es un elemento normativo de interpretación de enorme importancia, como se pone también de manifiesto por la función específica que juega en el régimen de la celebración, reservas, modificación, suspensión o terminación de un tratado⁸⁶⁵.

El propio artículo 46(1) de la CDPD establece que “no se permitirán reservas incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención”. Afortunadamente, la CDPD establece expresamente en su artículo 1 que el “propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Adicionalmente, es preciso señalar dos cuestiones de suma importancia para evaluar el test de compatibilidad de las reservas y declaraciones a la CDPD.

⁸⁶³ MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, p. 265.

⁸⁶⁴ Australia, CRPD/C/AUS/CO/1, 21 de octubre de 2013, párrafo 9; El Salvador, CRPD/C/SLV/CO/1, 13 de septiembre de 2013, párrafo 6.

⁸⁶⁵ MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, p. 353.



La primera cuestión se desprende de la regla fundamental de derecho internacional general recogido en el artículo 27 de la CVDT, que señala que una “parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Ahora bien, sin perjuicio de la importancia de la regla del artículo 27, es necesario señalar que, en cierto sentido, el objeto de las reservas y declaraciones es justamente permitir a ciertos Estados manifestar su consentimiento en obligarse dejando a resguardo algunas disposiciones del derecho interno que pudieran encontrarse en contraposición con disposiciones del tratado en cuestión. Por ello, la regla del artículo 27 no debe ser utilizada siempre como argumento de objeción de una reserva o declaración, a menos que dicha reserva o declaración sea manifiestamente contraria a lo estipulado por este principio⁸⁶⁶.

La segunda cuestión se relaciona con el carácter de la CDPD, es decir, como un tratado multilateral de derechos humanos. Hoy día, existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia internacional que los tratados de derechos humanos se encuentran afectados por un régimen de reservas particular.

En la opinión consultiva sobre reservas a la Convención contra el Genocidio, el TIJ al responder a la pregunta sobre cuál es el carácter de las reservas que pueden formularse señaló que la “solución hay que buscarla en las características particulares de la Convención sobre el Genocidio. Los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; se ha querido que sea una convención de alcance universal; su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios, sino un interés común. De todo ello puede concluirse que el objeto y el fin de la Convención implican por parte de la Asamblea General y de los Estados que la aprobaron la intención de reunir al mayor número posible de participantes”⁸⁶⁷.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos en su observación general 24 ha abordado la cuestión relativa a las reservas del PIDCP, cuyas conclusiones podrían ser aplicadas al resto de los tratados de derechos humanos.

⁸⁶⁶ Véase, en este sentido, la reserva formulada por El Salvador al momento de ratificar la CDPD: [...El Salvador. Reservation made upon signature and confirmed upon ratification: The Government of the Republic of El Salvador signs the present Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Optional Protocol thereto, adopted by the United Nations General Assembly on 13 December 2006, to the extent that its provisions do not prejudice or violate the provisions of any of the precepts, principles and norms enshrined in the Constitution of the Republic of El Salvador, particularly in its enumeration of principles...] Del 14/12/2007. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

⁸⁶⁷ Tribunal Internacional de Justicia, Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, “Reservas a la Convención sobre la Prevención del Delito de Genocidio”.



En primer lugar, el Comité señala que “Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto. Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse inter se la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción. En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas”⁸⁶⁸.

En segundo lugar, el Comité manifiesta que “ha examinado también si algunas categorías de reservas pueden ser contrarias a la prueba del "objeto y fin". En particular, ha examinado si las reservas a las disposiciones inderogables del Pacto son compatibles con su objeto y fin. Aun cuando no existe una jerarquía de importancia entre los derechos en el Pacto, no cabe suspender la aplicación de algunos de ellos ni siquiera en momentos de emergencia nacional”⁸⁶⁹.

Finalmente, el Comité destaca que “es en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados donde se definen las reservas y también donde se prevé la aplicación de la prueba del objeto y fin a falta de otras disposiciones concretas. Pero el Comité considera que las disposiciones de la Convención relativas a la función de las objeciones de los Estados en relación con las reservas no son adecuadas para abordar el problema de las reservas a los tratados de derechos humanos. Esos tratados, y concretamente el Pacto, no son una red de intercambios de obligaciones entre los Estados. Se refieren a la otorgación de derechos a las personas. No ha lugar al principio de la reciprocidad entre los Estados, salvo tal vez en el limitado contexto de las reservas formuladas a las declaraciones sobre la competencia del Comité en virtud del artículo 41. Y, dado que la aplicación de las normas clásicas sobre las reservas es tan inadecuada para el Pacto, los Estados no han considerado con frecuencia interesante o necesario desde el punto de vista jurídico oponerse a las reservas. No cabe deducir del hecho de que los Estados no formulen una protesta que una reserva sea compatible o incompatible con el objeto y fin del Pacto. Se han formulado objeciones ocasionalmente, unos Estados sí, pero no otros, y no siempre se han especificado los motivos; cuando se

⁸⁶⁸ Observación General No. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994), Párrafo 8.

⁸⁶⁹ Idem, párrafo 10.



hace una objeción, no se suele especificar una consecuencia jurídica y, en ocasiones, incluso se indica que la Parte que hace la objeción no considera que el Pacto no esté en vigor entre las Partes interesadas. En pocas palabras, la situación es tan poco clara que no cabe suponer que, por el hecho de no hacer objeciones, un Estado considere que una determinada reserva sea aceptable. El Comité opina que, debido a las características especiales del Pacto en su calidad de tratado de derechos humanos, es debatible qué efecto surten las objeciones entre los Estados inter se. Sin embargo, la objeción a una reserva formulada por los Estados puede ofrecer cierta orientación al Comité para interpretar su compatibilidad con el objeto y fin del Pacto⁸⁷⁰.

En lo que respecta a la CDPD, el Comité de seguimiento del tratado se ha pronunciado en sentido negativo de las reservas efectuadas por Australia y El Salvador, aunque se ha limitado a alentar a dichos Estados a que retiren las reservas o declaraciones formuladas, sin entrar a considerar la validez de las mismas a la luz del objeto y fin del tratado⁸⁷¹.

Ahora bien, como señala SIMMA, en ausencia de un órgano colegiado designado para dichos efectos, o una determinación vinculante de un tercero, la evaluación de una reserva como contraria el objeto y fin de un tratado particular estará condicionada desde una perspectiva subjetiva y bilateral⁸⁷². Con ello resulta complejo evaluar in abstracto la compatibilidad de las reservas o declaraciones formuladas en relación con el artículo 12. No obstante, es posible identificar algunos aspectos generales que podrían influir eventualmente sobre un pronunciamiento formal de alguna de las reservas o declaraciones señaladas.

En primer lugar, es preciso señalar que, aunque la mayoría de las manifestaciones expresadas por los Estados respecto del artículo 12 se han planteado como “declaraciones interpretativas”, las mismas tienen como efecto dejar sin efecto el cambio de paradigma planteado por el artículo 12, y por ello deberían considerarse como verdaderas “*reservas*”.

En segundo lugar, como ha señalado el CteDH, la CDPD como tratado de derechos humanos debe inspirar a que los Estados se abstengan de formular declaraciones o reservas, o que las mismas tengan un claro efecto temporal hasta que el Estado en cuestión esté en condiciones de implementar las obligaciones que emanan del artículo 12.

⁸⁷⁰ Idem, párrafo 17.

⁸⁷¹ Australia, CRPD/C/AUS/CO/1, 21 de octubre de 2013, párrafo 9; El Salvador, CRPD/C/SLV/CO/1, 13 de septiembre de 2013, párrafo 6.

⁸⁷² SIMMA, B., (1998), “Reservations to human rights treaties: Some recent developments”, *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern: In Honour of His 80th birthday*, Kluwer Law International, The Hague, pp. 662-663.



En tercer lugar, el artículo 12, al igual que la mayoría de los derechos amparados por la CDPD, tiene una clara perspectiva de no discriminación, y dado que este principio está considerado como norma de jus cogens, toda declaración o reserva que tenga por efecto denegar un trato igualitario a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica debe considerarse como contrario al objeto y fin del tratado.

Finalmente, si bien el artículo 12 se proyecta íntegramente desde una perspectiva de no discriminación, es posible identificar algunas disposiciones del mismo como los incisos 1 y 2, los cuales tienen un carácter de derechos inderogables, con lo cual toda declaración o reserva que tenga por efecto denegar un trato igualitario a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica debe considerarse contrario al objeto y fin del tratado.

Sin perjuicio de lo señalado, es preciso observar, como manifiesta HERNÁNDEZ, que la jurisprudencia del TIJ no contiene una elaboración sobre las consecuencias de la incompatibilidad de las reservas contrarias a objeto y fin del tratado, y solo ha proporcionado lineamientos marginales hacia otros órganos judiciales, quienes han interpretado los mismos de forma diversa en sus respectivos pronunciamientos⁸⁷³. Tampoco la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, elaborada por la CDI, recoge pautas sobre la “separación” de las reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado⁸⁷⁴.

6.4. Pautas de interpretación en torno al artículo 12

Debido a las características propias del orden jurídico internacional, así como a raíz de la usual ambigüedad en la que se suelen redactar las disposiciones de los tratados internacionales, la interpretación del derecho internacional cobra particular importancia al momento de evaluar el cumplimiento o la eventual responsabilidad de los Estados respecto de sus obligaciones internacionales.

El artículo 12 de la CDPD, como se ha señalado a lo largo de este trabajo, no está exento de ciertas ambigüedades que podrían torcer la balanza hacia un lado o hacia el otro según el modo en el cual se interpreten las obligaciones internacionales que dispone. Por ello, resulta procedente analizar en este punto las reglas y principios del derecho internacional general y autónomo en materia de interpretación de tratados internacionales.

⁸⁷³ HERNÁNDEZ, G. I., (2012), “The Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of ‘International Community’”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 83, No I, p. 29.

⁸⁷⁴ MOLONEY, R., (2004), “Incompatible reservations to human rights treaties: severability and the problem of state consent”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, pp. 1-14.



6.4.1. Principios generales sobre interpretación de tratados

Si la tarea de interpretar el derecho ha sido generalmente catalogada de compleja y controvertida, en lo que respecta a la interpretación del derecho internacional, esa complejidad y controversia resultan aún considerablemente mayor. Las causas residen, básicamente, en la dispersión de normas, el papel preponderante de la voluntad de los Estados y la falta de un órgano centralizado con funciones interpretativas obligatorias.

De este modo, la interpretación de las obligaciones internacionales por parte de los Estados queda en principio reservada a la voluntad de los mismos, como un atributo de su soberanía⁸⁷⁵.

Pese a la gran libertad y discrecionalidad que de hecho le reconoce el derecho internacional a los Estados en materia de interpretación, existen, no obstante, ciertas reglas y principios. Al margen de las reglas contenidas en los artículos 31 a 33 de la CVDT, así como del art. 103 de la Carta de la ONU, el “principio de la buena fe” ocupa un papel fundamental en la interpretación de las normas internacionales.

La buena fe es, ciertamente, un principio que domina el conjunto del derecho internacional y que gobierna las relaciones recíprocas de los Estados miembros de la comunidad internacional, y cuyo carácter jurídico ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y la práctica de los Estados. Incluido en el artículo 2, párrafo 2 de la Carta de la ONU y en la CVDT, la buena fe es considerada como parte integrante de la regla *pacta sunt servanda*⁸⁷⁶.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ expone los diferentes tipos y métodos de interpretación según la práctica internacional. Señala este autor que “a partir del análisis de la práctica y de la doctrina internacional es posible elaborar una clasificación de los distintos tipos de interpretación en función de los siguientes criterios: el intérprete, el contenido de la interpretación y el alcance jurídico de la misma”⁸⁷⁷.

Desde el punto de vista del intérprete, la interpretación puede proceder de los Estados, de Organizaciones Internacionales y de jurisdicciones internacionales, así como

⁸⁷⁵ Sin embargo en materia de Derechos Humanos este principio se ve de algún modo restringido. Véase al respecto: SALMON, E. S. (2010), “La relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico estatal”, en *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Nash Rojas & Mujica Torres (Eds), Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, pp. 99-158.

⁸⁷⁶ ACOSTA ESTÉVEZ J. Y ESPALIAT LARSON A., (1990) *La Interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo*, PPU, Barcelona, p.86.

⁸⁷⁷ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ C., (1996), *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi, Pamplona, p. 56.



la interpretación que de las normas internacionales pueden hacer los órganos internos del Estado. Por el contenido, la interpretación puede ser general o abstracta, y ello tanto respecto de una norma convencional como de una norma consuetudinaria. Finalmente, según el alcance jurídico, la interpretación puede ser: auténtica, unilateral, colectiva, ejecutiva o institucional, jurisdiccional (ésta, a su vez, puede ser obligatoria o consultiva), siendo el último criterio el grado de libertad del intérprete⁸⁷⁸.

Respecto de los métodos, no existen reglas precisas en el derecho internacional y, por lo general, las mismas se supeditan en función de las reglas interpretativas empleadas por el intérprete. Entre los diferentes métodos podemos identificar: el gramatical, textual o objetivo, que se basa en el texto del tratado como expresión auténtica de la voluntad de las partes, haciéndose hincapié en la primacía del mismo para la interpretación el teleológico o funcional; que atiende al objeto y fin del tratado el subjetivo que atiende a la intención de las Partes, y el histórico evolutivo, que tiene en cuenta el momento histórico en que el tratado se celebró y el significado que los términos tenían en aquel momento, así como la práctica subsiguiente al tratado⁸⁷⁹.

La práctica internacional refleja la utilización de diferentes criterios de interpretación. Así, por ejemplo, los más utilizados han sido: el sentido natural y ordinario de los términos, el contexto, el objeto y fin del tratado, la práctica ulterior, los trabajos preparatorios, la intención de las partes, el principio del efecto útil, el espíritu del tratado, la equidad y el derecho intemporal⁸⁸⁰.

Recientemente, la CDI ha propuesto la adopción de la siguiente conclusión general en materia de interpretación de tratados internacionales: “Regla general y medios de interpretación de los tratados. El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, como obligación convencional y como reflejo del derecho internacional consuetudinario, enuncia la regla general sobre la interpretación de los tratados. La interpretación de un tratado en un caso concreto podrá hacer que se dé una preferencia distinta a los diversos medios de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, especialmente al texto del tratado o a su objeto y fin, dependiendo del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión”⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ Ídem pp. 56-57.

⁸⁷⁹ Ídem, p. 68.

⁸⁸⁰ MARINO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, pp. 350-358.

⁸⁸¹ Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, Informe de GEORG NOLTE, Relator Especial, Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/660, 19 de marzo de 2013, p.16.



6.4.2. La interpretación de tratados de derechos humanos

Al igual de lo que sucede en el derecho interno, en el orden jurídico internacional las normas relativas a los derechos humanos gozan de ciertas particularidades propias que se traducen en consecuencias jurídicas. De este modo, podríamos afirmar que, a diferencia de lo que ocurre con las cuestiones generales de derecho internacional, en materia de derechos humanos existen normas y principios propios, entre los que se podrían destacar los siguientes:

Los Estados no son sujetos exclusivos de derechos: Toda persona humana goza hoy de un cierto estatuto jurídico de derecho internacional general, en cuanto que es titular de ciertos “derechos” que todo sujeto de derecho internacional debe respetar, incluso al margen de tratados internacionales que le obliguen adicionalmente a ello⁸⁸².

Los tratados y convenios sobre derechos humanos desbordan el ámbito de la reciprocidad “puesto que intentan regular intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto o de un grupo regional, y son, por ello, *tratados multilaterales normativos*”⁸⁸³.

Existe un núcleo duro de normas contenidas en la DUDH así como en los Pactos de 1966 y otros instrumentos específicos que gozan del carácter de jus cogen, es decir, normas de derecho consuetudinario que no pueden ser dejadas de lado por medio de tratados o por aquiescencia solo a través de la formación de una regla consuetudinaria subsecuente que la contrarie⁸⁸⁴. Asimismo, según lo indicó el TIJ en el caso Barcelona Traction, existen obligaciones cuyo cumplimiento es exigible por todo Estado, porque cada uno de ellos es titular de un derecho que es lesionado por la violación de principios y reglas relativas de los derechos básicos de la persona humana⁸⁸⁵. Son, pues, normas generales erga omnes que imponen obligaciones y atribuyen derechos *erga omnes*⁸⁸⁶.

⁸⁸² MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, p.187.

⁸⁸³ CARRILLO SALCEDO J.A., (1995), *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, p. 67. Véase también Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 28 de mayo de 1951, sobre la Validez de ciertas reservas a la Convención para prevención y sanción del delito de genocidio. En dicha ocasión la Corte sostuvo que en este tipo de tratados los Estados contratantes no tienen intereses propios, solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituye la razón de ser de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no puede hablarse... del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones. (CIJ, Recueil, 1951, pp. 23-24).

⁸⁸⁴ Conforme artículo 53 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Véase: BROWNLIE I (1998), *op. cit.*, p. 513.

⁸⁸⁵ CIJ Recueil, 1970, párrafo 34.

⁸⁸⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *op. cit.*, p. 73.



Si bien el artículo 1.ii de la Carta de la ONU establece como principio la obligación de no intervenir en los asuntos internos que son jurisdicción interna de los Estados, es ya norma de derecho internacional consuetudinario que el respeto de los derechos humanos no puede considerarse como un asunto esencialmente de jurisdicción interna de los Estados.

Finalmente, las reglas de interpretación de los tratados internacionales que consagran los dos CVDT se deben completar con el principio *interpretatio pro homine* cuando se trate de los tratados de derechos humanos, pues éstos deben interpretarse siempre de la manera más favorable al individuo⁸⁸⁷.

A pesar de lo señalado en los puntos anteriores, así como de la doctrina afianzada del TEDH en materia de interpretación de tratados de derechos humanos⁸⁸⁸, como destaca CHRISTOFFERSEN en un estudio sobre el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho internacional general, no existe evidencia consistente que pueda afirmar que los principios de interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos sean de una naturaleza especial. Afirma este autor que la especialidad del derecho internacional de los derechos humanos no puede ser asumida, sino ser firmemente demostrada antes de poder alegar algún tipo de impacto particular⁸⁸⁹.

6.4.3. La interpretación del artículo 12 por órganos internacionales

Por su especificidad, así como por su reciente regulación, el artículo 12 ha sido escasamente tratado por la jurisprudencia internacional o por los órganos internacionales en materia de derechos humanos, con lo cual no resulta sencillo encontrar pronunciamientos oficiales de órganos internacionales que nos permitan identificar algunas pautas de interpretación de las obligaciones internacionales recogidos por dicha norma.

6.4.3.1. El Comité de la CDPD

Como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, la labor llevada a cabo por el CteCDPD en relación con la interpretación del artículo 12 ha sido intensa. Con ello, es posible identificar algunas pautas de interpretación de esta norma por parte del Comité de la CDPD a través de sus observaciones finales a los informes de los Estados, así como a través de la Observación General n°1.

⁸⁸⁷ VILLÁN DURÁN, C., (2002), p.104

⁸⁸⁸ Asunto Golder c. Reino Unido, TEDH, Sentencia de 21 de febrero de 1975.

⁸⁸⁹ CHRISTOFFERSEN, J., (2009) "Impact of General Principles of Treaty Interpretation", en *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, (KAMMINGA & SCHEININ Eds.), Oxford University Press, pp. 60-61.



La primera pauta de interpretación que se desprende claramente de las observaciones finales del Comité es que los Estados Partes de la CDPD deben, en virtud del Artículo 12, revisar y cambiar las legislaciones domésticas que están basadas en un régimen de sustitución en la adopción de decisiones en uno de asistencia para la adopción de decisiones⁸⁹⁰.

Aunque en un principio el Comité se decanta por una formulación genérica, en las sucesivas observaciones comienza a ser más específico identificando claramente lo que considera como “régimen de sustitución en la toma de decisiones”. Así, respecto de Perú recomienda al Estado que “derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención”⁸⁹¹.

Esto ha sido claramente plasmado en la Observación General n° 1 cuando el CteCDPD afirma que “Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones. No obstante, los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas y la negación de la capacidad jurídica han afectado y siguen afectando de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial. El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás...”⁸⁹².

La segunda pauta de interpretación que se desprende claramente de las observaciones finales del Comité es que el Artículo 12 garantiza el ejercicio de derechos específicos tales como: i) la libertad prohibiendo el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada⁸⁹³, y garantizando el derecho a elegir el lugar de residencia⁸⁹⁴, ii) la integridad física y psíquica prohibiendo la esterilización forzosa⁸⁹⁵, o el sometimiento a tratamientos médicos sin consentimiento informado⁸⁹⁶,

⁸⁹⁰ CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011.

⁸⁹¹ CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012.

⁸⁹² Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 9.

⁸⁹³ CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011

⁸⁹⁴ CRPD/C/PRY/CO/1, 15 de mayo de 2013

⁸⁹⁵ CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012.

⁸⁹⁶ CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012.



ii) derechos políticos prohibiendo la denegación del derecho al voto por motivo de incapacidad⁸⁹⁷, iv) derechos de familia, prohibiendo la denegación del derecho al matrimonio⁸⁹⁸, v) derecho de acceso a la justicia, garantizando que las personas declaradas incapaces tengan legitimación procesal y real para reclamar ante las autoridades judiciales⁸⁹⁹, vi) derechos patrimoniales, prohibiendo que a las personas declaradas incapaces se les prive del derecho de administrar y disponer de su patrimonio⁹⁰⁰.

La tercera pauta de interpretación que se desprende claramente de las observaciones finales del Comité es que los Estados Partes de la CDPD deben, en virtud del Artículo 12, implementar un sistema que sirva de complemento de la capacidad de obrar que incluya lo siguiente: a) reconocimiento de la capacidad de obrar de todas las personas y del derecho a ejercerla; b) ajustes y mecanismos de acceso en apoyo, en caso necesario, del ejercicio de la capacidad de obrar; c) normas que garanticen que el complemento de la capacidad de obrar respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona y establecimiento de mecanismos de información para asegurarse de que ese complemento satisfaga las necesidades de la persona; d) arreglos para la promoción y el establecimiento de sistemas de complemento de la capacidad de obrar⁹⁰¹.

⁸⁹⁷ CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012.

⁸⁹⁸ CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012.

⁸⁹⁹ CRPD/C/PRY/CO/1, 15 de mayo de 2013.

⁹⁰⁰ Ídem. En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...El reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre ellos los siguientes: el derecho al acceso a la justicia (art. 13); el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental (art. 14); el derecho al respeto de la integridad física y mental (art. 17); el derecho a la libertad de desplazamiento y a la nacionalidad (art. 18); el derecho a elegir dónde y con quién vivir (art. 19); el derecho a la libertad de expresión (art. 21); el derecho a casarse y fundar una familia (art. 23); el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico (art. 25); y el derecho a votar y a presentarse como candidato en las elecciones (art. 29). El no reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona compromete notablemente su capacidad de reivindicar, ejercer y hacer cumplir esos derechos y muchos otros derechos establecidos en la Convención...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 31.

⁹⁰¹ CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012. En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...Un régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos (...). Aunque esos regímenes pueden adoptar muchas formas, todos deben incluir determinadas disposiciones esenciales para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la Convención, entre ellas las siguientes: a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos. El grado de apoyo que necesite una persona, especialmente cuando es elevado, no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones. b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo. c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para



En resumidas cuentas, la doctrina del Comité sostiene una interpretación de las obligaciones contenidas en el artículo 12, que supone: en primer lugar, que la noción de “capacidad jurídica” incluye lo que comúnmente se entiende como “capacidad de obrar” o capacidad de tomar decisiones en nombre propio⁹⁰². En segundo lugar, que los Estados Partes están obligados a revisar las leyes y prácticas que deniegan el ejercicio de la capacidad de obrar a la personas con discapacidad, tengan el nombre de tutela, curatela, incapacitación o inhabilitación⁹⁰³. En tercer lugar, que el derecho al

obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas. d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida. e) A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención de que los Estados partes deben adoptar medidas para "proporcionar acceso" al apoyo necesario, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y por que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad. g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento. h) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona. i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 29.

⁹⁰² En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [... La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin (...) La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafos 12 y 14 respectivamente.

⁹⁰³ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [... Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen ciertas características en común: pueden



ejercicio de la capacidad jurídica se extiende a todos los aspectos de la vida, en especial respecto del derecho a la libertad, a la integridad física y psíquica, y a otros derechos civiles y políticos como el voto, el acceso a la justicia o el derecho al matrimonio⁹⁰⁴. En cuarto lugar, que los Estados Partes deben implementar un régimen de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica que garantice el derecho a la toma de decisiones en nombre propio, pero que al mismo tiempo garantice un ejercicio de derechos igualitario y con salvaguardias⁹⁰⁵.

6.4.3.2. Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

Como se ha señalado ya, el CEDDIS de la OEA ha adoptado una observación general en relación con el artículo 12, la cual merece en este punto ser analizada desde una perspectiva de interpretación de tratados internacionales⁹⁰⁶.

Al respecto, el Comité señala al principio de la observación que “conforme al artículo I.2.b de la Convención Interamericana adoptada en 1999, la declaratoria de interdicción hacia la persona con discapacidad no constituye un acto discriminatorio, norma que en opinión del Comité resulta obsoleta tras la adopción de la Convención de Naciones Unidas de 2006. El proceso de reforma de la Convención Interamericana

describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 27.

⁹⁰⁴ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 8.

⁹⁰⁵ En la Observación General N° 1 el CteCDPD señala que: [...En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos...] Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 16.

⁹⁰⁶ Adoptada en la Primera Reunión Extraordinaria del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, OEA/ Ser.L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 4 y 5 de Mayo de 2011.



puede estar dotado de complejidades y trámites extensos, por lo que de manera momentánea los miembros del Comité presentes sugirieron diseñar otras propuestas más viables que pudieran ser aprobadas durante la próxima reunión del Comité. En este sentido, se sugirió que como Comité adopten un criterio de interpretación, el cual podría ser difundido masivamente”.

Continúa señalando el Comité que “este criterio de interpretación debería anular, para efectos prácticos, esta primera parte del artículo I.2.b de la Convención Interamericana, que es aclarativa, de modo de iniciar un proceso de transición toda vez que no se puede proponer un cambio inmediato ya que existe una cantidad considerable de personas interdictas”.

Finalmente, el Comité “declara que el criterio establecido en el artículo I.2, inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la O.E.A. en cuanto establece que “en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación” guarda una seria contradicción con lo establecido por el artículo 2 y 12 de la Convención de Naciones Unidas y, en consecuencia, entiende que el mismo debe ser reinterpretado en el marco de la vigencia de este último documento”.

CONCLUSIONES

1. Al momento de abordar cualquier temática relacionada con la discapacidad es preciso tener presente la evolución histórica de los modelos de tratamiento y sus consecuencias en los aspectos políticos, jurídicos y sociales. Ello resulta fundamental para comprender el largo camino hacia la aceptación del predominio del modelo social de discapacidad, así como las razones de su surgimiento y de su justificación. A pesar de que los modelos de tratamiento de la discapacidad se pueden leer desde una línea histórica y evolutiva, no cabe dudas de que tanto el modelo de prescindencia como el modelo social siguen plenamente vigentes en muchas políticas, leyes o prácticas de la actualidad.

2. El modelo social de la discapacidad se ha erigido hoy día como el modelo de referencia que informa e inspira todo tipo de abordaje de la discapacidad. La legitimidad del modelo social viene dada no solo por haberse gestado desde las propias personas con discapacidad, sino también por su conexión con el discurso de los derechos humanos y los valores fundamentales que lo inspiran. Como consecuencia de ello, las respuestas que el modelo social propone frente a los dilemas que plantea la regulación jurídica de los derechos de las personas con discapacidad obedecen a las proclamas y reivindicaciones del movimiento internacional de las personas con discapacidad y tienen como efecto plantear aquellas respuestas que garanticen al máximo la autonomía, la dignidad y la libertad de las personas con discapacidad.

3. La evolución del tratamiento de la discapacidad en el marco de la ONU comienza en los años cincuenta con la aprobación de varias resoluciones relativas a la prevención y la rehabilitación de personas con discapacidad. Consistente



con la perspectiva de prevención y rehabilitación, la acción de la ONU se focalizó principalmente en la discapacidad física a través del apoyo a los gobiernos por medio de misiones de asesoramiento, talleres para la capacitación del personal técnico o el establecimiento de centros de rehabilitación. Hacia principios de los setenta, se adoptaron las primeras declaraciones y resoluciones temáticas sobre discapacidad, que evidencian los primeros síntomas del paso de un criterio de atención a uno basado en derechos. Los años ochenta marcan el paso irreversible del modelo de atención al modelo de derechos, lo cual se puede apreciar a través de la designación del año 1981 como el Año Internacional de los Impedidos y, como consecuencia de ello, en el establecimiento del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos. En los noventa, la adopción de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad marca la asunción y consolidación de la perspectiva de derechos humanos y del modelo social de discapacidad en el marco de la ONU.

4. Hacia la entrada del siglo XXI, y pese a que la comunidad internacional había desarrollado una intensa labor normativa en relación con la protección específica de los derechos de las personas con discapacidad, pasando de una perspectiva médico-asistencialista a una perspectiva social y de derechos humanos, todos dichos esfuerzos no habían logrado establecer ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante que resultara de aplicación específica al contexto de la discapacidad. Paralelo a ello, y aunque los tratados universales de derechos humanos eran de aplicación directa respecto de las personas con discapacidad, la práctica internacional previa a la adopción de la CDPD demostraba un escaso y deficiente abordaje de los derechos de las personas con discapacidad. Ello podía evidenciarse en las decisiones provenientes de los órganos de vigilancia de los mismos, ya sea a través de Comentarios Generales, Observaciones Finales a los informes de los Estados, y en las Comunicaciones Individuales. Asimismo, los informes presentados por los Estados Partes a los tratados internacionales de derechos humanos demostraban una tendencia similar.

5. La invisibilidad de la discapacidad en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos, sumada al hecho de la presión internacional del movimiento de personas con discapacidad, generaron la necesidad imperiosa de negociar y adoptar un tratado internacional de derechos humanos específico de protección de los derechos de las personas con discapacidad.

6. Con posterioridad a la adopción de la CDPD, los restantes órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos han comenzado a incluir la pers-



pectiva de la discapacidad y del modelo social en sus labores de vigilancia y control. Aunque dicho abordaje es aún incipiente, se puede apreciar que los citados órganos de vigilancia han adoptado las disposiciones de la CDPD como normas de referencia y de obligado cumplimiento, incluso, en algunos casos, reinterpretando las disposiciones específicas de ciertos tratados de derechos humanos, como en el marco del PIDCP, el PIDESC, la CIEFDM, o la CCT.

7. El PIDCP, pese a que tradicionalmente no ha servido ni en la teoría ni en la práctica para defender los derechos de las personas con discapacidad, desde la adopción de la CDPD y la asunción de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos inspirada en el modelo social, puede ser reinterpretado para proteger derechos civiles y fundamentales de las personas con discapacidad, en especial por aquellos Estados que, siendo parte del PIDCP, no lo sean aún respecto de la CDPD. En especial cabe mencionar la protección de los derechos relativos a la existencia humana (vida, integridad física y psíquica, y personalidad jurídica), la libertad y seguridad personal, y la participación política. Todos estos derechos reinterpretados desde la perspectiva de la CDPD pueden ofrecer respuestas similares a las planteadas por la propia Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aunque el reconocimiento del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no se encuentra reconocido por el PIDCP, igualmente es posible cuestionar desde dicho instrumento prácticas como la incapacitación, la institucionalización forzosa, o la denegación del derecho al voto por motivo de discapacidad, como claramente ya lo ha señalado el CteDH en recientes Observaciones Finales a los informes de los Estados Partes.

8. El PIDESC es, sin duda alguna, el instrumento universal y vinculante que mayor atención ha prestado a la situación particular de los derechos de las personas con discapacidad, ello a pesar de no existir referencia específica alguna a este colectivo a lo largo del texto del tratado. Aunque la práctica de control de este tratado no demuestra hasta la entrada en vigor de la CDPD un abordaje pleno de los derechos de las personas con discapacidad, a partir de la Observación General nº 5 del CteDESC, es posible reinterpretar la regulación y las obligaciones impuestas por el Pacto respecto de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad. En especial, caben destacar el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a una vida digna y el derecho al ocio, la cultura y la recreación. De este modo, la nueva lectura del PIDESC permite defender principios como el acceso universal y equitativo a los servicios de salud, incluida la salud sexual y reproductiva, el derecho al empleo inclusivo y en condiciones equitativas, el derecho a



la educación inclusiva, el derecho a la vida digna y en la comunidad, y el derecho de accesibilidad a la cultura, la recreación y el deporte de las personas con discapacidad.

9. La CCT, pese al silencio respecto de los derechos de las personas con discapacidad, ofrece un marco de protección de suma importancia respecto de este colectivo. Como lo han destacado los recientes Relatores Especiales sobre la cuestión de la tortura, y se refleja en diferentes Recomendaciones dirigidas a Estados cuyo informe es examinado, la CDPD complementa otros instrumentos de derechos humanos respecto de la prohibición de la tortura y los malos tratos, proporcionando orientaciones autorizadas adicionales, y al mismo tiempo permite concluir que la aceptación de tratamiento involuntario y el encierro involuntario va en contra de lo dispuesto en la CCT. Contrariamente a lo que se podría imaginar, la CCT ofrece herramientas fundamentales para cuestionar prácticas sumamente agresivas de la integridad física y mental de las personas con discapacidad, como la institucionalización forzosa, la administración de fármacos para el control disciplinario, la realización de experimentaciones médicas y científicas sin consentimiento libre e informado, o la realización de prácticas invasivas como la esterilización, el aborto, la sujeción prolongada, o los electro shocks.

10. La CEFDM no ha servido hasta la entrada en vigor de la CDPD para velar adecuadamente por los derechos de las mujeres y niñas con discapacidad, aunque esto parece estar cambiando a la luz de los trabajos del CteEDM. Sin perjuicio de ello, la CEFDM constituye un instrumento internacional vinculante de suma importancia para el abordaje de los derechos de las mujeres y niñas con discapacidad principalmente por dos motivos. En primer lugar, porque recoge y regula la obligación universal de tener presente la perspectiva de género en toda norma, política o práctica que de forma directa o indirecta afecte a las mujeres y niñas. En segundo lugar, porque recoge por primera vez en un instrumento internacional vinculante la noción de capacidad jurídica, lo que permite luego interpretar dicho concepto recogido en el artículo 12 de la CDPD, como que incluye la capacidad de obrar o de ejercicio de las personas con discapacidad.

11. La CDN es el único instrumento internacional vinculante de carácter universal y previo a la CDPD que recoge una disposición (artículo 23) que se ocupa específicamente de los derechos de los niños y niñas con discapacidad. Más allá de dicha disposición, que obliga a los Estados Parte a informar y proteger los derechos de los niños y niñas con discapacidad, la CDN también resulta im-



portante para el contexto de la discapacidad en tanto que cuestiona y rechaza la noción de incapacidad absoluta de todos los niños y niñas en el marco de un modelo tutelar clásico. Aunque la CDN no regula el derecho de los niños y niñas al ejercicio igualitario de su capacidad jurídica, incorpora nociones como la protección del interés superior del niño (todo niño), el de capacidad progresiva y el derecho a ser oído, que se enmarcan en un paradigma superador de los modelos clásicos, del mismo modo que lo hace la CDPD en relación con el artículo 12.

12. La CDPD se adoptó por parte de la AG el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Con ello se constituyó en el primer instrumento universal de carácter vinculante que aborda de forma específica la protección de los derechos de las personas con discapacidad. El proceso de negociación y entrada en vigor fue relativamente corto en comparación con otros instrumentos universales de carácter multilateral. Actualmente, más de dos terceras partes de los Estados firmantes del texto son ahora Parte de la CDPD, con lo cual se podría afirmar que la CDPD está en vías de convertirse en un tratado internacional de derechos humanos de gran aceptación universal.

13. Más allá de la celeridad de la negociación, adopción y entrada en vigor de la CDPD, la misma también resulta particularmente importante por el alto involucramiento activo de la sociedad civil en las instancias de negociación del tratado, así como en el actual proceso de implementación y seguimiento. Por ello, se considera que la CDPD representa la máxima aspiración de derechos humanos de las personas con discapacidad, no sólo por el modelo filosófico que la inspira, sino por el simple hecho de que sus cláusulas responden, casi en su totalidad, a los reclamos y reivindicaciones de las propias personas con discapacidad.

14. Probablemente uno de los principales logros de la CDPD fue el de plasmar a lo largo de todo el articulado el modelo social de discapacidad. Esto supone una superación ideológica y jurídica de todo lo realizado anteriormente en el marco de la ONU. La prueba más cabal del reflejo del modelo social de discapacidad en la CDPD puede verse a través del concepto de persona con discapacidad del artículo 1. A pesar de ello, la CDPD no logra superar en ciertos puntos la confusión conceptual entre deficiencia y discapacidad, lo que queda en evidencia cuando se conecta el concepto de persona con discapacidad con el concepto de discriminación por motivo de discapacidad recogido en el artículo 2.



15. En aplicación del principio de no discriminación, uno de los objetivos fundamentales de la CDPD ha sido adaptar las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes al contexto específico de la discapacidad. Por ello, se puede afirmar que nos encontramos frente a una Convención comprensiva, que por un lado reafirma la titularidad de las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, pero que asimismo establece ciertas herramientas y garantías específicas para el goce y ejercicio de estos derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

16. Más allá del principio y de las obligaciones generales y multidimensionales de no discriminar, la CDPD establece una serie de derechos sustantivos, los cuales también deben ser interpretados desde la perspectiva de la no discriminación. Dichas obligaciones pueden agruparse en relación con los siguientes ámbitos o derechos: a) respeto por la vida (Arts. 10 y 11); b) igualdad ante la ley y acceso a la justicia (arts. 12 y 13); c) respeto por la libertad (Arts. 14, 18 y 20); d) respeto de la integridad personal (Arts. 15, 16 y 17); e) respeto por la privacidad y la familia (Arts. 22 y 23); f) participación en la vida pública (Arts. 21, 29 y 30); g) vida independiente y con dignidad (Arts. 19, 26, 28); h) derechos sociales básicos (arts. 24, 25 y 27).

17. El tratamiento de la subjetividad del individuo en el marco del derecho internacional público, y, más concretamente, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, evidencia la incidencia e importancia que conlleva el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de las personas para el goce efectivo y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos reconocidos universalmente. En este sentido, las limitadas situaciones que el derecho internacional de los derechos humanos regula para que los individuos puedan acceder a instancias supra-estatales se ven directamente afectadas, y eventualmente anuladas, si el marco jurídico del derecho interno restringe el derecho a las capacidad jurídica de ciertas personas, como es el caso de las personas con discapacidad.

18. El derecho humano a la personalidad jurídica de las personas se encuentra plenamente reconocido en todos los tratados universales y regionales de derechos humanos. Aunque el derecho a la personalidad jurídica no ha sido definido en ningún instrumento internacional, nos sitúa indefectiblemente ante la mismísima esencia de los derechos humanos, es decir, ante la conexión entre la persona y los derechos. A diferencia del derecho a la personalidad jurídica, el concepto de “capacidad jurídica” ha sido escasamente recogido en los instru-



mentos internacionales de derechos humanos. El primer instrumento internacional de carácter vinculante que recoge la noción de “capacidad jurídica” es el artículo 15(2) de la CEFDM, que asegura la igual “capacidad jurídica” de la mujer respecto del hombre y las mismas oportunidades para “ejercer dicha capacidad”. Por su parte, la CDN, y sin mencionar expresamente la noción de capacidad jurídica, recoge en sus disposiciones (principalmente por intermedio del Artículo 12) el derecho del niño a participar en la toma de decisiones que se realicen sobre aquellos asuntos que directamente le afecten, así como otorga legitimación directa para acceder a la instancia internacional de reclamaciones individuales (Protocolo III). Finalmente, la CDPD en su Artículo 12(2) vuelve a reiterar el concepto utilizado por el Artículo 15 de la CEDFM en un contexto similar al señalar que “los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

19. El contexto actual del desarrollo del DIDH nos permite concluir que la capacidad jurídica es una manifestación separada y autónoma del derecho a la personalidad jurídica. Sin perjuicio de ello, mientras la personalidad jurídica se erige como un derecho absoluto y no sujeto a ningún tipo de restricción por parte de los Estados, en el reconocimiento y regulación de la capacidad jurídica los Estados gozan de un cierto margen de apreciación. Dicho margen de apreciación se encuentra limitado por el principio general de no discriminación reconocido universalmente por todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes. Más aún, algunos instrumentos internacionales específicos comienzan a incluir cláusulas especiales de no discriminación en relación con ciertos grupos o colectivos de personas, tales como mujeres, niños y niñas y personas con discapacidad.

20. El fundamento en torno a la noción de capacidad jurídica como garantía de acceso real y efectivo a todos los derechos humanos puede ser defendido desde la tipología de las obligaciones emergentes para los Estados en materia de derechos humanos, es decir, obligación de respetar, proteger y realizar.

21. Los órganos internacionales de derechos humanos han abordado escasamente las cuestiones relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y, por lo general, cuando lo han hecho ha sido para reafirmar el viejo paradigma del modelo tutelar. No obstante, la práctica reciente comienza a reflejar un cambio significativo en el abordaje de la temática más en consonancia con lo estipulado por la CDPD.



22. El artículo 12 de la CDPD constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la CDPD, es decir, garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica. Dicha norma contempla un cambio en el modelo de regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros, cuando la persona enfrenta barreras o restricciones para tomar decisiones propias. Mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de “sustitución”, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la CDPD, aboga por un modelo de “apoyo”.

23. El Artículo 12(1) reafirma el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. A primera vista, esta formulación no parece indicar nada nuevo o novedoso en materia de derechos humanos, ya que el derecho a la personalidad jurídica se encuentra ampliamente cubierto por el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la cláusula del artículo 12(1) de la CDPD en conexión con el objeto y fin del tratado y, principalmente, con los conceptos de “persona con discapacidad” (artículo 1) y de discriminación por motivo de discapacidad (artículo 2) nos permite interpretar otras disposiciones de la CDPD de un modo que, a primera vista, podría tener un gran impacto en las legislaciones nacionales vigentes, tales como el respecto del derecho a la vida, o el derecho a la nacionalidad y a la identidad.

24. El Artículo 12(2) recoge el derecho de las personas con discapacidad a gozar y ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Consecuentemente, es preciso tener presente que: a) el artículo 12(2) utiliza el concepto "discapacidad", por tanto, centra la atención en dicha discapacidad, entendida como las barreras que impiden la participación plena y efectiva en la sociedad en pie de igualdad con los demás; b) el artículo 12(2) resulta de aplicación a todas las personas con discapacidad, sin importar el tipo o grado de deficiencia en cuestión; c) el artículo 12(2) cuando hace referencia al derecho de ejercicio de la capacidad jurídica, el mismo debe interpretarse como el derecho a la capacidad de obrar, es decir, a tomar decisiones en nombre propio. El valor jurídico y el verdadero cambio de paradigma del artículo 12(2) radican justamente en dicha interpretación; d) el artículo 12(2) no recoge un derecho absoluto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que establece una garantía de igualdad en el ejercicio del mismo. Esto supone que el Estado puede restringir el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, pero no lo puede hacer por motivo de discapacidad; e) el artículo 12(2) claramente se debe aplicar tanto a los aspectos patrimoniales como personales de las personas con discapacidad.



25. El artículo 12(2) debe entenderse como una verdadera “garantía” de goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad más básicos y fundamentales, como la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad y la libertad. Se trata de una “garantía” de la persona tanto frente al poder del Estado como frente a la acción u omisión de otras personas. Y como garantía que pretende resguardar derechos que forman parte del estándar mínimo y universal de los derechos humanos, debe ser operativa y de aplicación directa por cualquier autoridad judicial, irrenunciable, y no sujeta de restricciones o suspensiones. Como consecuencia de ello, el artículo 12(2) impone a los Estados el deber de garantizar que ninguna persona con discapacidad sea restringida en el goce y ejercicio de su capacidad jurídica por motivo de su discapacidad, lo cual supone en un sentido muy general que la opción de “proteger” a las personas con discapacidad mediante la institución jurídica de la “incapacitación” y la “representación sustitutiva en la toma de decisiones”, (tenga esta nombre de tutela, curatela, guarda, o cualquier otra), “no puede seguir siendo” una opción posible o válida a la luz de lo que estipula la CDPD.

26. El artículo 12(2) tiene un fuerte impacto en relación con otros derechos fundamentales recogidos en la CDPD, como el artículo 13, sobre acceso a la justicia (principalmente reconociendo la capacidad procesal de las personas discapacidad y cuestionando la figura de la inimputabilidad penal); con el artículo 14, en especial respecto del inciso (1)(b) (prohibiendo los internamientos involuntarios por “motivo de discapacidad”), con el Artículo 19 (imponiendo la obligación de brindar opciones de vida independiente para la desinstitutionalización); con los artículos 15 y 17 (prohibiendo tratamientos médicos forzados que pueden suponer un grave menoscabo del derecho a la integridad personal); con el artículo 29(1)(a) (requiriendo al Estado Parte remover todas las barreras o impedimentos legales o reglamentarios que impidan a las personas con discapacidad ejercer sus derechos políticos por motivo de su discapacidad); y con el artículo 23 (garantizando el ejercicio de los derechos de familia de las personas con discapacidad, en especial, el derecho al matrimonio, el derecho a la filiación, y la protección de los derechos sexuales y reproductivos).

27. Sin perjuicio de que los incisos segundo y tercero del Artículo 12 deben leerse e interpretarse de forma conjunta, en tanto que se tratan de elementos necesarios de un modelo que propone de un cambio de paradigma (como dos caras de una misma moneda), lo cierto es que el inciso 3 propone un enunciado novedoso y escasamente abordado por el derecho internacional de los derechos



humanos. Con ello, resulta de suma dificultad traer elementos de interpretación sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos para esclarecer o llenar de contenido práctico lo estipulado por el apartado 3 del Artículo 12.

28. Si bien la CDPD no define la referencia a “apoyos” inserta en el Artículo 12(3), es posible extraer elementos interpretativos del resto del tratado que permiten clarificar su contenido. En especial, lo señalado en el inciso a) del Artículo 3, el cual recoge como principio general el derecho de las personas con discapacidad “a tomar las propias decisiones”. Por otro lado, la frase “que puedan necesitar” nos enfrenta ante la cuestión de si los apoyos previstos por el Artículo 12(3) deben ser impuestos, o deben quedar a la exclusiva voluntad de la persona. Este dilema no se encuentra resuelto y existen visiones que suscriben ambos criterios. En este sentido, debe tenerse presente que la frase “apoyo que puedan necesitar” inserta en el párrafo 3 debe interpretarse desde la perspectiva del modelo social de discapacidad recogido en el inciso e) del preámbulo, y, por ende, la “necesidad” de los apoyos debe determinarse desde la existencia de “barreras debidas a la actitud y al entorno” y no meramente mediante patrones médicos.

29. Por su parte, la noción de “apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica” inserta en el Artículo 12(3) supone que el ejercicio de la capacidad jurídica no debe limitarse a la toma eficaz de decisiones, sino también comprender un momento anterior del descubrimiento y expresión de los deseos y preferencias. Más allá del aspecto técnico, lo relevante es que el Artículo 12(3) abarca “todo el proceso de toma de decisiones” y no exclusivamente el momento concreto de la expresión de la voluntad. Esto resulta particularmente importante dado que todas nuestras reglas de derecho civil se suelen centrar o abocar al momento jurídicamente relevante para dicho ámbito del derecho, esto es, el “acto jurídico”.

30. Sin perjuicio de que el sistema de apoyos tenga como objetivo reemplazar el modelo de sustitución en la toma de decisiones, resulta aún incierto determinar si es posible que se generen situaciones de representación en el marco de dicho sistema. En este sentido, es posible identificar tres modelos o concepciones diferentes. Una primera concepción considera que en el marco de un modelo de apoyos es posible contemplar situaciones excepcionales en las cuales sean necesarias “acciones de representación”, siempre y cuando se trate de situaciones de representación legal (dispuesta por la norma), excepcionales y específicas, es decir, como última ratio y sobre actos o aspectos del ejercicio de la capacidad jurídica concretos, y que la acción de representación tenga en cuenta



la voluntad presunta de la persona. Una segunda concepción plantea que es posible la creación de un régimen de apoyos que incluya acciones de representación mediante la suscripción de acuerdos de representación. La expresión de la voluntad anticipada respecto de futuras acciones de representación se encuentra contemplado en varios ordenamientos vigentes. No obstante, la CDPD obliga a revisar dichas normas en la medida que se basen en un test de capacidad plena para habilitar su otorgamiento. Una tercera concepción señala que existe incompatibilidad absoluta entre el modelo de los apoyos y cualquier tipo de representación legal, incluso aquella de tipo específica y excepcional. Ello no supone que una persona con discapacidad no pueda, en ciertas circunstancias, ver limitada su capacidad jurídica y se habilite a una persona a decidir en su nombre, siempre y cuando dicho procedimiento sea aplicable fuera del marco de los apoyos, respecto de cualquier persona, tenga las salvaguardias necesarias para evitar la discriminación por motivo de discapacidad, y tenga efectos sobre actos concretos.

31. El Artículo 12(4) recoge lo que se ha denominado como salvaguardias sobre las medidas de ejercicio de la capacidad jurídica, y se plantea como un elemento vital del cambio de paradigma recogido en el artículo 12 de la CDPD. A pesar de tratarse de un enunciado extenso, la lectura del inciso 4 no está exenta de controversias, en especial respecto de la primera frase del Artículo 12(4) en cuanto al objetivo de las mismas, ya que se requieren en relación con “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica”. Al respecto es posible identificar al menos dos posturas diferentes. Una primera postura, que se podría denominar restringida, concibe las salvaguardias como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir la puerta al modelo de sustitución. Es decir, el inciso 4 estaría abriendo el camino para el establecimiento de regímenes de sustitución en la toma de decisiones para aquellos casos excepcionales donde las medidas de apoyo no logran garantizar la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Una segunda postura, que podríamos denominar amplia, entiende que la referencia del inciso 4 a “medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica” es en realidad a las medidas de apoyo, y con el objeto de evitar situaciones de abuso. Es decir, las salvaguardias tienen como objetivo asegurar que las medidas de apoyo no restrinjan el derecho a la capacidad jurídica, y tengan como efecto respetar “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”. Esta interpretación se encuentra mucho más alineada con el cambio de paradigma que propone el Artículo 12, y resulta, a su vez, consistente con las demás disposiciones de la CDPD y con la filosofía del modelo social de discapacidad.



32. Siguiendo el modelo utilizado por la CEFDM en su Artículo 15(2), la CDPD incluye en el Artículo 12 un quinto inciso que recoge una serie de ámbitos de tipo patrimonial en los cuales los Estados Partes deben prestar especial atención en el reconocimiento del derecho a la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica. El Artículo 12(5) es una concreción en una esfera específica de los incisos 2 y 3 del artículo 12, al confirmar la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad “en todos los aspectos de la vida”, independientemente de la complejidad de los actos implicados.

33. El Artículo 12 propone un cambio de paradigma en el modo de abordar el reconocimiento de la personalidad jurídica y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Y como todo cambio de paradigma nos plantea, desde una visión estrictamente de derecho internacional, que nos enfrentamos ante una norma emergente que no registra precedentes tanto en las fuentes convencionales como consuetudinarias. Como consecuencia de lo anterior, es posible encontrar, de forma previa a la CDPD, algunas fuentes normativas cuyo contenido podría interpretarse como contrario a lo estipulado en el artículo 12 de la CDPD.

34. El conflicto jurídico entre la CDPD y las normas no vinculantes se resuelve claramente a favor de la CDPD. En cuanto al conflicto entre la CDPD y otras fuentes convencionales, es preciso hacer uso de los tres principios rectores que recoge el derecho internacional general, esto es, *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori*, y *lex specialis derogat generali*. En cuanto al criterio de *lex superior*, no permite resolver el aparente conflicto, en tanto que ninguna de las normas señaladas puede ser caracterizada como de *jus cogens*, o de formar parte de las obligaciones asumidas por los miembros de la comunidad internacional en virtud de la Carta de la ONU. Tampoco el carácter regional o universal de las normas en conflicto parece ser un elemento relevante para establecer un criterio de jerarquía normativa entre las mismas. En cuanto al criterio de *lex specialis no brinda, prima facie*, respuestas satisfactorias en cuando a cómo resolver las relaciones de conflicto normativo. Y ello en tanto que dichas normas forman parte de un mismo subsistema (el derecho internacional de los derechos humanos), y tienen como destinatarios a los mismos sujetos (personas con discapacidad). Con ello, en rigor, las relaciones de conflicto entre la CDPD y la CIEFDPD y el COBDH no se podrían enmarcar en una relación de ley general *versus* ley especial. En cuanto al criterio de *lex posterior*, el derecho internacional nos aporta ciertas pautas precisas sobre cómo resolver los conflictos entre lo que se denomina “tratados sucesivos”, por imperio de lo establecido en la CVDT. Así, los conflictos normativos planteados, es decir, la manifiesta



incompatibilidad entre la CDPD y la CIEFDPD o el COBDH en materia de capacidad jurídica, pueden analizarse tanto en relación con las obligaciones recíprocas entre Estados, como en relación con las obligaciones asumidas por cada Estado de forma autónoma frente a las personas bajo su jurisdicción y frente a la comunidad internacional en su conjunto. En cuanto al primer nivel de análisis, es decir, resolver los conflictos normativos entre dos o más Estados respecto de la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, habrá que analizar si dichos Estados son Parte de ambos tratados en conflicto, y, en caso positivo, la CDPD, como tratado sucesivo sobre la misma materia, debe prevalecer por sobre el anterior. En cuanto al segundo nivel de análisis, es decir, resolver los conflictos normativos emergentes para un Estado individual que ha suscripto ambos tratados, el criterio de *lex posterior* resuelve claramente el conflicto en beneficio de la CDPD.

35. La CDPD admite reservas, lo cual está previsto en el artículo 46. En una fórmula común a instrumentos de derechos humanos, el citado artículo 46 se limita a reiterar la regla de derecho internacional general del artículo 19(c) de la CVDT, esto es, que no “se permitirán reservas incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención”, y que las “reservas podrán ser retiradas en cualquier momento”. A pesar de lo escueto del artículo 46, es posible mediante interpretaciones extraer ciertas conclusiones: a) a contrario sensu, el artículo 46(1) no está prohibiendo las reservas como lo señala el artículo 19(a) de la CVDT; b) el silencio del artículo 46 debe interpretarse como que la CDPD no restringe el uso de las reservas; c) el silencio del artículo 46 y de las demás disposiciones de la CDPD, permite inferir que la misma admite la formulación de declaraciones interpretativas, y que las mismas pueden formularse en cualquier momento; d) por mención expresa del artículo 46(1) y por imperio supletorio de una regla de derecho internacional general, la CDPD no admite reservas que resulten “incompatibles con el objeto y el propósito” del tratado; e) por mención expresa del artículo 46(2) y por imperio supletorio de una regla de derecho internacional general, la CDPD admite que los Estados reservantes retiren dichas reservas en “cualquier momento”; f) ante el silencio del artículo 46 y el resto de las disposiciones de la CDPD, el régimen jurídico aplicable supletoriamente a este tratado respecto de aceptación, objeción y efectos jurídicos de las reservas y/o declaraciones interpretativas es el del derecho internacional general; g) si bien no surge del propio texto de la CDPD, este instrumento forma parte del subsistema de derecho internacional de los derechos humanos, con lo cual el régimen jurídico de las reservas de la CDPD queda abarcado por las normas y principios aplicables a este régimen autónomo.



36. De las reservas y declaraciones formuladas hasta la fecha en el contexto de la CDPD, es posible identificar al menos tres modelos diferentes. Un primer modelo, que podríamos denominar como restringido, en el que los Estados ponen de manifiesto su oposición frontal a interpretar el concepto de capacidad jurídica como que comprende el de la capacidad de obrar. Con ello, dichos Estados pretenden oponerse a que el artículo 12 de la CDPD genere efectos jurídicos sobre el derecho interno en lo que respecta al modo de abordar y regular jurídicamente las restricciones o limitaciones a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad. Tal es el caso de las reservas y declaraciones de Siria, Egipto, Kuwait, Polonia, Estonia o Venezuela. Un segundo modelo, que podríamos denominar como moderado, en el que los Estados ponen de manifiesto su aprobación al cambio de paradigma planteado por el artículo 12 pero dejando en claro que existen situaciones excepcionales previstas por el lenguaje del propio artículo 12 donde es posible que el Estado pueda mantener ciertas medidas jurídicas que supongan una limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el nombramiento de un representante legal que adoptará decisiones en nombre de la persona con discapacidad. Tal es el caso de las reservas formuladas por Australia, Canadá o Noruega. Un tercer modelo, que podríamos denominar de efectos indirectos, en el que los Estados manifiestan su oposición a disposiciones de la CDPD que indirectamente se relacionan con el cambio de paradigma planteado por el artículo 12. Tal es el caso de las declaraciones y reservas al artículo 14, 15, 23 o 29. Y el efecto indirecto se genera en tanto que las declaraciones y reservas tienen como propósito o efecto dejar sin efecto el derecho de todas las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica y a la provisión de apoyo en todos los aspectos de la vida. Estos son los casos de las declaraciones o reservas formuladas por Francia, los Países Bajos, Noruega, Australia, o Singapur.

37. El lenguaje del artículo 12 de la CDPD no está exento de ciertas ambigüedades que podrían torcer la balanza hacia un lado o hacia el otro según el modo en el cual se interpreten las obligaciones internacionales que dispone. De allí que resulte relevante analizar y hacer uso de las reglas y principios del derecho internacional general y autónomo en materia de interpretación de tratados internacionales. Al igual que sucede en el derecho interno, en el orden jurídico internacional las normas relativas a los derechos humanos gozan de ciertas particularidades propias que se traducen en consecuencias jurídicas. De este modo, podríamos afirmar que, a diferencia de lo que ocurre con las cuestiones gene-



rales de derecho internacional, en materia de derechos humanos existen normas y principios propios, entre los que se podría destacar los siguientes: 1) Los Estados no son sujetos exclusivos de derechos; 2) Los tratados y convenios sobre derechos humanos desbordan el ámbito de la reciprocidad; 3) Las normas contenidas en la DUDH así como en los Pactos de 1966 y otros instrumentos específicos tienen efecto *erga omnes*; 4) Si, perjuicio de la obligación de no intervenir en los asuntos internos que son jurisdicción interna de los Estados, el respeto de los derechos humanos no puede considerarse un asunto esencialmente de jurisdicción interna de los Estados; 5) Las reglas de interpretación de los tratados internacionales que consagran los dos CVDT se deben completar con el principio *interpretatio pro homine* cuando se trate de los tratados de derechos humanos, pues éstos deben interpretarse siempre de la manera más favorable al individuo.

APÉNDICE
UN MODELO DE REFORMA DE LOS CÓDIGOS CIVILES DE LOS SISTEMAS IBEROAMERICANOS A LA LUZ DEL CAMBIO DE PARADIGMA SOBRE CAPACIDAD JURÍDICA DE LA CDPD

Introducción

El presente apéndice recoge en formato normativo una propuesta o modelo de reforma de los códigos civiles pensado para aquellos Estados que provienen de una tradición romano-germánica. Se tratan, de unos contenidos mínimos que deberían ajustarse y desarrollarse al momento de pensar en su incorporación a códigos vigentes.

La propuesta supone no solo una revisión de las instituciones de la mayoría de los códigos vigentes en materia de incapacidad, tutela e internamiento de personas con discapacidad a la luz de las obligaciones planteadas en el CDPD, sino que también pretende recoger una perspectiva de derechos humanos en el ámbito clásico del derecho civil.

Asimismo, esta propuesta pretende ofrecer respuestas a una eventual reforma legislativa desde la visión o el punto de vista adoptado por el autor a lo largo del presente trabajo.

Se es consciente de que algunos contenidos normativos propuestos requerirían un ajuste en cada contexto nacional concreto, pero igualmente pretende ofrecer modelos de regulación que tengan una línea de abordaje general, lo cual parece lógico cuando se piensa en dar respuesta a obligaciones internacionales impuestas a la Comunidad Internacional de Estados.



Estructura

La presente propuesta se estructura mediante una numeración de artículos comenzando del 1 al 45, lo cual luego eventualmente debería ajustarse a la numeración y metodología propia de cada código. La razón de dicha numeración radica en que la propuesta de articulado contiene remisiones cruzadas de artículos, las cuales resultan necesarias.

Asimismo, la propuesta está dividida en cinco partes, las cuales abordan aspectos o cuestiones que, desde una técnica normativa, requieren de un tratamiento diferenciado. Esta división metodológica no solo responde a un abordaje de aspectos legales independientes, sino que también intenta trazar una línea clara entre aquellas disposiciones cuya aplicación está pensada respecto de todas las personas en general, y aquellas disposiciones cuya aplicación está pensada respecto de personas con discapacidad. Ello resulta imprescindible para garantizar normativamente la no discriminación por motivo de discapacidad en cuestiones tales como la limitación de la capacidad de obrar, o el internamiento o sometimiento a tratamientos médicos involuntarios.

Parte I

De las personas en general

[...La Parte I tiene como objeto establecer las reglas generales sobre las personas como sujetos de derecho, definiendo los tipos de personas y estableciendo las condiciones generales de reconocimiento y ejercicio de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica...]

Artículo 1. Tipos de personas

Para el derecho, las personas pueden ser de carácter físico o jurídico. Todas las personas poseen personalidad jurídica, lo que supone ser titulares de derechos y poder contraer obligaciones.

Artículo 2. Capacidad de obrar

Las personas físicas o jurídicas poseen capacidad de obrar según los límites y extensión establecidos en este código. Se considera capacidad de obrar el poder de tomar decisiones en nombre propio que tienen como propósito o efecto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de las cuales la persona resulta titular.



De las personas físicas

Artículo 3. Concepto de persona física

Se considera persona física a todo ser humano que por su condición de tal goza de derechos humanos y libertades fundamentales.

Artículo 4. La personalidad jurídica

Las personas físicas adquieren personalidad jurídica desde la concepción y esta solo cesa con la muerte. La personalidad jurídica no puede limitarse ni restringirse y otorga a su titular todos los derechos y obligaciones reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional así como en virtud de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en los cuales el Estado sea parte.

Artículo 5. Goce y ejercicio de la capacidad de obrar

Las personas físicas adquieren plena capacidad de obrar desde los 13 (trece) años y gozarán de la misma, sin discriminación, hasta la muerte. La capacidad de obrar de las personas físicas solo podrá ser limitada por sentencia judicial y en los casos establecidos en el artículo siguiente.

Parte II

De la limitación de la capacidad de obrar

Nota comentario: [...Partiendo del presupuesto de reconocimiento pleno de la capacidad de obrar de todas las personas físicas a partir de los 13 años de edad, la Parte II aborda los motivos y las condiciones legales en las cuales procede la limitación de la capacidad de obrar. A diferencia de los sistemas clásicos de derecho civil, esta propuesta abandona definitivamente la noción de incapacidad, la cual solo podría caber en los casos de los menores de 13 años. Asimismo, se regulan de forma conjunta todos los casos donde el derecho habilita la limitación de la capacidad de obrar de las personas, y se elimina toda referencia a la discapacidad. La noción de limitación permite considerar a la misma desde un punto de vista excepcional y temporal, lo cual se justifica teniendo en cuenta los efectos gravosos para el ejercicio de los derechos....]

Artículo 6. Motivos de limitación de la capacidad de obrar

Podrán ser motivos de limitación de la capacidad de obrar de las personas físicas:



1. La inhabilitación ordenada judicialmente en proceso concursal y en los límites establecidos en los artículos [X] de este código.
2. Las anotaciones personales ordenadas judicialmente en procesos judiciales e inscriptas debidamente en los respectivos registros;
3. La ausencia con muerte presunta de conformidad con lo establecido en los artículos [X] de este código;
4. La privación de libertad por cumplimiento de pena ordenada en sentencia judicial y en los límites establecidos en la legislación penal y penitenciaria;
5. La existencia de un poder preventivo o de representación formalizado e inscripto en los límites de dicho instrumento y según lo establecido en los artículos 24 y siguientes de este código;
6. La incompetencia de una persona de tomar decisiones de carácter patrimonial o de carácter personal ordenada judicialmente y en los límites establecidos en los artículos 8 y siguientes de este código:
7. La minoría de edad según lo estipulado por los artículos [X] y siguientes de este código.

Artículo 7. Excepcionalidad de la limitación de la capacidad de obrar

La limitación de la capacidad de obrar de una persona física puede suponer una restricción de goce y ejercicio de derechos humanos. Consecuentemente, toda limitación al ejercicio de la capacidad de obrar deberá decretarse judicialmente, de forma excepcional, y con todas las garantías de igualdad e imparcialidad procesal. La plena capacidad de obrar de todas las personas físicas mayores de 13 (trece) años se deberá siempre presumir salvo resolución judicial que acredite lo contrario.

Parte III

De la declaración de incompetencia

Nota comentario: [...La parte III se aboga a regular lo que se denomina como “declaración de incompetencia, y tiene como objeto cubrir todas aquellas situaciones excepcionales donde el derecho habilita que se limite la capacidad de obrar de una persona, siempre que se acrediten los recaudos legales y se les nombre un representante para tomar decisiones patrimoniales y/o perso-



nales en relación con aquellos actos o ámbitos especificados por la sentencia. Asimismo, y teniendo en cuenta la discriminación histórica a la que han sido objeto las personas con discapacidad, se regulan una serie de salvaguardias que garanticen que las personas con discapacidad no sean objeto de limitación de su capacidad de obrar por motivo de discapacidad. La declaración de incompetencia pretende regular de forma genérica y respecto de cualquier persona la limitación de la capacidad de obrar y el nombramiento de un representante legal...]

Artículo 8. Declaración judicial de incompetencia

Toda persona física podrá ser declarada judicialmente incompetente de tomar ciertas decisiones de carácter personal y/o patrimonial siempre que se prueben todos los siguientes recaudos;

1) Que existe un riesgo grave e inminente de que la persona pueda tomar decisiones que afecten gravemente sus derechos patrimoniales o personales, o que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado. La existencia de una discapacidad, edad avanzada, o situación de vulnerabilidad social, nunca podrá ser prueba suficiente para acreditar el riesgo grave e inminente.

2) Que se especifique qué tipo de decisiones de carácter personal y/o patrimonial y las razones por las cuales se debe decretar la incompetencia;

3) Que no exista un poder preventivo o de representación vigente que establezca instrucciones o mandatos sobre las decisiones respecto de las cuales se pretende declarar la incompetencia;

4) Que se demuestre que la provisión de ajustes razonables, o que un régimen personalizado de medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad de obrar no ha resultado o no resultará suficiente para evitar el riesgo cierto e inminente de que la persona pueda tomar decisiones que afecten gravemente sus derechos patrimoniales o personales.

Artículo 9. La acción de incompetencia

La acción de incompetencia no podrá ser promovida por la propia persona. El proceso será de carácter contradictorio. La persona objeto de la acción será parte en el proceso y deberá contar con patrocinio letrado o, a falta de este, con defensa pública.



Corresponde a quien promueve la acción de incompetencia la carga de la prueba de los requisitos establecidos en el artículo 8.

Artículo 10. Efectos de la sentencia

La declaración de incompetencia de una persona tendrá el efecto de limitar la capacidad de obrar de la persona de forma temporal y sólo respecto de aquellas decisiones de carácter personal y/o patrimonial explícitamente enumerados en la resolución judicial. En todo aquello que no haya sido expresamente señalado en la sentencia, la persona gozará de plena capacidad de obrar.

Artículo 11. Vigencia de la sentencia

La sentencia de incompetencia tendrá una vigencia perentoria de 3 años. La misma podrá ser prorrogada por períodos de 3 años siempre que la acción sea promovida con anterioridad al plazo perentorio y siempre que se demuestre judicialmente que los requisitos enumerados en el artículo 8 siguen vigentes. La persona declarada incompetente podrá solicitar en todo momento la revisión de la sentencia siempre que demuestre alguna variación en los hechos que dieron lugar a su declaración.

Artículo 12. Nombramiento de un facilitador

Con la declaración de incompetencia el juez nombrará un facilitador o facilitadores para complementar la toma de decisiones de la persona en aquellos ámbitos específicamente señalados en la resolución judicial. Podrá nombrarse un facilitador para actuar tanto en relación con los derechos personales como patrimoniales, o un facilitador diferente para cada ámbito.

Artículo 13. Ejercicio de las funciones del facilitador

Como regla general, el facilitador ejercerá sus funciones con carácter de co-decisor, debiendo en todo caso constar en la formalización del acto o negocio jurídico tanto la voluntad del facilitador como la de la persona declarada incompetente. Cuando la resolución judicial lo establezca y lo justifique, el facilitador podrá asumir sus funciones con carácter de representante bastando para la formalización de acto jurídico el consentimiento del mismo, y siempre que lo haga según lo estipulado en el artículo siguiente.

Artículo 14. Forma de tomar decisiones

El facilitador deberá siempre tomar decisiones con, o por, la persona declarada incompetente teniendo en cuenta el interés particular de la misma. El interés de la persona



deberá interpretarse sobre la base de su identidad y el respeto de su dignidad inherente. Para ello, el curador deberá tener presentes entre otras cuestiones, las circunstancias personales y de vida, su ideología, sus intereses o preferencias, sus creencias, su cultura, su entorno familiar o afectivo, y todo aquello que lo define como sujeto moral.

Parte IV

Del régimen personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad de obrar

Nota comentario: [...La parte IV tiene como objetivo regular las condiciones legales y de validez de la toma de decisiones con apoyos. A diferencia de lo relativo a la limitación de la capacidad de obrar, la regulación de los sistemas de apoyos están previstos en beneficio exclusivo de las personas con discapacidad y de otros grupos en especial situación de vulnerabilidad. Dado el carácter promocional y no restrictivo del ejercicio de los derechos, este marco regulatorio debiera ser en el marco de un proceso voluntario y donde la voluntad de la persona debe siempre primar tanto para la solicitud como para la cesación de las medidas de apoyo....]

Artículo 15. Sujetos que pueden solicitar apoyos

Sin perjuicio de la existencia de un poder preventivo o de representación, toda persona física en razón de su edad, discapacidad, situación de vulnerabilidad social, adicción o prodigalidad podrá solicitar judicialmente el establecimiento de un régimen personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad de obrar en igualdad de condiciones con los demás. Las medidas de apoyo, que podrán tener la modalidad y las formalidades establecidas en los artículos 18 y siguientes, no supondrán en ningún caso una limitación en la capacidad de obrar del solicitante, quien mantiene en todo momento el poder de tomar decisiones por sí mismo. El régimen personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad de obrar podrá también realizarse en escritura notarial o en instrumento privado homologado judicialmente.

Artículo 16. Del proceso de solicitud de apoyos

Corresponde a la propia persona promover la solicitud del artículo anterior. La solicitud judicial podrá también ser promovida por cualquier persona interesada bajo la condición de que la persona beneficiaria consienta personalmente ante el juez. El solicitante de medidas de apoyo será siempre parte del proceso y deberá contar con patrocinio letrado propio, o, a falta o imposibilidad de este, con defensa pública. El solicitante podrá en todo momento desistir de la acción o, en caso de encontrarse vi-



gente una sentencia judicial que ordene un régimen personalizado de medidas de apoyo para al ejercicio de la capacidad de obrar, el beneficiario podrá en todo momento solicitar su suspensión o cancelación de sus efectos. El juez o el ministerio público podrán rechazar la solicitud de desistimiento, suspensión o cancelación si sospechan que los derechos patrimoniales o personales del solicitante o beneficiario podrían estar en riesgo. En dicho caso, la resolución debe estar fundada y el solicitante o beneficiario podrá aportar prueba que demuestre que la decisión no importa un riesgo y se tomó de forma libre e informada.

Artículo 17. Principios inspiradores

Sin perjuicio de la obligación de proveer ajustes razonables o de las medidas de apoyo provistas por los poderes públicos, la formalización de un régimen personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad de obrar se deberá guiar por los siguientes principios:

- 1) La autonomía de la voluntad de la persona, que en ningún momento se verá menoscaba o limitada;
- 2) El respeto a los deseos, preferencias y voluntad de la persona
- 3) La promoción de la autodeterminación de la persona y la toma de decisiones en nombre propio;
- 4) El respeto de la dignidad de la persona y de la posibilidad de equivocarse;
- 5) La igualdad y la no discriminación.

Artículo 18. De los tipos de apoyo

Los apoyos para el ejercicio de la capacidad de obrar podrán ser de dos tipos. Apoyos designados por la propia persona o apoyos estatales. El establecimiento de un régimen personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad de obrar podrá incluir tanto apoyos designados por la propia persona como apoyos estatales.

Artículo 19. De los apoyos designados por la propia persona

A modo de ejemplo, el régimen personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad de obrar podrá versar sobre los siguientes tipos de apoyos:



- 1) Presencia de una o varias personas de confianza designadas por la persona que requiere de apoyos en relación con cierto tipo de actos jurídicos y que declaren haber discutido con la persona las consecuencias o implicaciones de dichos actos para la vida de la misma;
- 2) Presencia de una o varias personas de confianza designadas por la persona que requiere de apoyos en relación con cierto tipo de actos jurídicos y que puedan actuar como intérpretes de la manifestación de la voluntad o de la intención de la persona para dichos actos;
- 3) Presencia de una o varias personas de confianza designadas por la persona que requiere de apoyos en relación con cierto tipo de actos jurídicos que actúen como co-decisores;
- 4) Presencia de una red apoyo conformada por profesionales o por pares que le permita a la persona que solicita apoyos recibir contención en momentos de crisis o ansiedad.

Artículo 20. De los apoyos estatales

El Estado, a través de los organismos competentes, deberá procurar la existencia de mecanismos de apoyo para el ejercicio de la capacidad de obrar en los siguientes ámbitos personales:

- 1) Apoyos sobre planificación de vida, que le permitan a la persona identificar metas de vida y el tipo de decisiones que desean tomar para determinar dónde y cómo vivir,
- 2) Apoyos para el empoderamiento de la persona, que le permitan a la persona ejercer y reclamar sus derechos, así como celebrar actos o negocios jurídicos con terceros,
- 3) Apoyos para la comunicación y traducción, que le permitan a la persona que generalmente utiliza formatos alternativos comunicar su intención y toda información necesaria para la conclusión del acto o negocio jurídico,
- 4) Apoyos para la construcción de relaciones sociales, que le permitan a la persona aprender y participar de relaciones y redes sociales



Artículo 21. Del deber de garantizar la accesibilidad para el ejercicio de la capacidad de obrar

En la formalización de todo acto o negocio jurídico donde intervenga el Estado, sea como contraparte o como tercero imparcial, tanto de forma directa como a través de organismos dependientes o sujetos al control estatal, y cuando la contraparte sea una persona con discapacidad, mayor de edad o persona en situación de vulnerabilidad social, se presume que existe un deber de garantizar la accesibilidad necesaria para garantizar la igualdad de oportunidades con los demás. El Estado, a través de una norma específica, regulará las condiciones generales de accesibilidad para el ejercicio de la capacidad de obrar.

Artículo 22. De los ajustes razonables

En el caso del artículo precedente, y cuando la igualdad de oportunidades no pueda garantizarse a través de las condiciones generales de accesibilidad, se presume que existe para el Estado el deber de proporcionar los ajustes razonables al caso concreto siempre que no suponga una carga desproporcionada o indebida. Por ajustes razonables se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades de la persona con discapacidad, mayor de edad, o en situación de vulnerabilidad social.

Artículo 23. De la accesibilidad y de los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad de obrar en las relaciones entre privados

Las obligaciones estipuladas en los artículos precedentes al Estado serán aplicables a actos o negocios jurídicos ente privados cuando la persona con discapacidad, mayor de edad, o en situación de vulnerabilidad social se encuentra en una relación de desventaja con respecto a la contraparte.

Sin perjuicio de que la relación de desventaja pueda ser probada en cada caso concreto, se presumirá que existe en los siguientes casos:

- 1) Relaciones reguladas por los derechos del consumidor;
- 2) Relaciones reguladas por la legislación laboral;
- 3) Relaciones reguladas por la normativa inmobiliaria;
- 4) Relaciones reguladas por la normativa bancaria o financiera;
- 5) Relaciones reguladas por los derechos del paciente;
- 6) Relaciones reguladas por las profesiones libres (abogacía, contador público, arquitectos, enfermeros, etc.)



Parte V

De los poderes preventivos o de representación

Nota comentario: [...La Parte V se aboca a regular los poderes preventivos o de representación como herramientas que permitan a las personas anticipar las condiciones en las cuales se podrán tomar decisiones en su nombre hacia el futuro. Aunque en rigor se trata de una eventual limitación de la capacidad de obrar del sujeto, se diferencia de la tutela en tanto que es la propia persona la que decide quién y cómo se van a adoptar ciertas decisiones sobre su patrimonio o sobre su persona...]

Artículo 24. Quienes pueden suscribir poder preventivo o de representación

Toda persona física mayor de 13 (trece) años que no haya sido declarada incompetente de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 9 podrá suscribir un poder preventivo o de representación siempre que el mismo se haya formalizado en instrumento público notarial o mediante instrumento privado homologado judicialmente. Para su validez, estos instrumentos deberán inscribirse según lo estipulado en el artículo 30.

Artículo 25. Del contenido

Los poderes preventivos o de representación se deberán interpretar conforme a los siguientes principios:

- 1) El otorgante sólo podrá otorgar poder sobre aquello que al momento del otorgamiento está capacitado para decidir en nombre propio.
- 2) Los mandatos o instrucciones deberán ser lo más precisas posible, debiendo distinguir entre aspectos patrimoniales y personales. El mandato o instrucción que designa a una persona para tomar todas las decisiones generales relativas a una persona se considerará como nula o no escrita.
- 3) Ante duda o conflicto de interpretación de un mandato o instrucción se deberá optar por la solución más cercana al interés particular del otorgante. Por interés particular se deberá entender lo señalado en el artículo 14.
- 4) Los mandatos o instrucciones deberán señalar de forma inequívoca el momento o las condiciones que determinen su entrada en vigor.

*Artículo 26. Poder preventivo*

Se considerará que existe un poder preventivo cuando una persona suscribe un documento con mandatos o instrucciones sobre su patrimonio o sobre decisiones que afectan a su persona con efecto hacia futuro y sin nombrar específicamente a una persona que le represente o tome las citadas decisiones. Cuando el mandato o instrucción involucre actos de disposición del patrimonio, o decisiones sobre el fin de vida, las mismas deberán resultar claras y precisas. Para su validez, el poder preventivo deberá indicar de forma precisa el momento o las condiciones que determinan su entrada en vigor.

Artículo 27. Situaciones de urgencia

Ante situación de urgencia cualquier persona podrá presentar copia simple de un poder preventivo o suscribir una declaración jurada que acredite su conocimiento de la existencia de un poder preventivo y de que existe un mando o instrucción en un determinado sentido, el cual le bastará a quien o quienes deban autorizar actos o negocios jurídicos con efectos sobre el patrimonio o la persona del presunto otorgante para aceptar como válida la voluntad de este último. La persona que haya presentado la copia simple o la declaración jurada en los términos de este artículo deberá presentar dentro de un plazo de 30 días corridos la acreditación.

Artículo 28. Poder de representación

Se considerará que existe un poder de representación cuando una persona suscribe un documento donde nombra a una o varias personas para tomar decisiones que afectan a su patrimonio o sobre decisiones que afectan a su persona con efecto hacia futuro. Sin perjuicio de que el mandato designe a una o varias personas para tomar decisiones, el otorgante podrá indicar el modo o criterios sobre cómo se deben tomar dichas decisiones. Para su validez, el poder preventivo deberá indicar de forma precisa el momento o las condiciones que determinan su entrada en vigor.

Artículo 29. Quienes pueden ser apoderados

Podrán ser designados como apoderados una o varias de las siguientes personas:

- 1) Una persona física mayor de edad;
- 2) Una Red de apoyo;
- 3) Una organización sin fines de lucro que tenga como objeto social promover los apoyos a las personas con discapacidad, adultos mayores, o personas en situación de vulnerabilidad social.



El otorgante podrá designar a una o varias personas para adoptar todas las decisiones señaladas en el poder o podrá designar a personas diferentes para diferentes tipos de decisiones. En el primero de los casos, cuando sean dos o más personas, las mismas deberán, salvo indicación en contrario, tomar decisiones de forma unánime.

Artículo 30. Publicidad y oponibilidad

Los poderes preventivos o de representación y los regímenes personalizados de apoyo para el ejercicio de la capacidad de obrar, para ser oponibles a terceros de buena fe, deberán gozar de publicidad registral. La inscripción se ordenará por autoridad judicial o notarial y tendrá un carácter constitutivo. Sin perjuicio de ello, la existencia de tales documentos sin mediar registración deberá tomarse como indicio de expresión de voluntad de la persona si la misma es posteriormente cuestionada judicialmente o es imposible obtenerla.

Parte VI

De los derechos civiles

Nota comentario: [...La Parte VI se aboca a regular aspectos básicos sobre el ejercicio de los derechos civiles más fundamentales de las personas. Aunque esta parte tiene una aplicación general respecto de todas las personas físicas, tiene especial importancia respecto del reconocimiento y ejercicio de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, lo que luego se proyecta a la protección de otros derechos fundamentales como la vida, la integridad física y psíquica, la libertad, la igualdad y la dignidad. Se considera oportuno regular en el marco del derecho a la libertad las condiciones legales que habilitan que cualquier persona física pueda ser obligada a someterse a un tratamiento médico que incluso excepcionalmente suponga una limitación temporal del derecho a la libertad...]

Artículo 31. Características de los derechos civiles

Todas las personas físicas dotadas de personalidad jurídica gozan de los derechos civiles incluidos en el presente título. Los derechos aquí amparados son de orden público, inalienables e irrenunciables. Ninguna persona podrá ejercer su derecho con la intención de dañar a otro o de un modo excesivo o irrazonable contrario a la buena fe.

Artículo 32. De la protección de la vida

Todo ser humano tiene derecho a la protección de su vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con los demás.



Artículo 33. Dignidad

Toda persona tiene derecho al respeto de su dignidad inherente. Se considerará una vulneración del derecho a la dignidad toda acción u omisión que tenga como propósito o como efecto denigrar, injuriar u ofender a una persona que pertenezca a un grupo de especial vulnerabilidad social o que haya sido históricamente discriminado.

Artículo 34. Protección de la intimidad y la vida privada

Toda persona física tiene derecho a la protección de su intimidad y de la vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada; en caso de necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia.

Artículo 35. Protección de datos personales

Toda persona física tiene derecho a la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre.

Artículo 36. Derecho a la no discriminación

Ninguna persona física podrá ser discriminada. Se considerará que existe discriminación cualquier distinción, exclusión, o restricción por motivo de género, edad, ideología, raza o etnia, condición social, discapacidad, opciones sexuales, o de otro tipo, que tenga el propósito o el efecto de limitar o restringir el goce y ejercicio de los derechos amparados por el ordenamiento jurídico nacional y los derechos amparados por los tratados internacionales en igualdad de condiciones con los demás.

Artículo 37. Respeto a la libertad y a la integridad física y psíquica

Toda persona física tiene derecho a la protección de su libertad e integridad física o psíquica sin discriminación y en igualdad de condiciones con los demás. Nadie podrá ser obligado contra su voluntad a ingresar a una institución para cuidados médicos o asistenciales, o a recibir tratamiento o intervención médica. La declaración de incompetencia de una persona para tomar decisiones de carácter personal conforme al artículo 8, no autoriza a su facilitador o a cualquier familiar, a otorgar consentimiento con, o por, la persona en este tipo de decisiones.



Artículo 38. Excepciones

No se requerirá de la voluntad de la persona para su ingreso a una institución para cuidados médicos o asistenciales, o a recibir tratamiento o intervención médica en las siguientes situaciones:

- 1) En situaciones de salud pública o emergencia sanitaria decretadas por el Poder Ejecutivo o autoridad competente;
- 2) En situaciones de grave e inminente riesgo de muerte para la persona;
- 3) En situaciones de grave e inminente riesgo de lesión irreparable para la integridad física y psíquica de la persona.

Artículo 39. Ingreso y tratamiento involuntario

No se requerirá de la voluntad de la persona para su ingreso a una institución para cuidados médicos o asistenciales, o a recibir tratamiento o intervención médica en situaciones de riesgo grave e inminente riesgo de muerte, o de lesión irreparable para la integridad física y psíquica de la persona siempre que exista una resolución judicial donde se acredite sumariamente los siguiente recaudos:

- 1) Que se demuestre que ningún otra medida menos restrictiva es posible o efectiva;
- 2) Que se acredite de forma fehaciente el riesgo grave e inminente de muerte o de lesión irreparable para la integridad física y psíquica de la persona. La existencia de una discapacidad, edad avanzada, o situación de vulnerabilidad social nunca podrá ser prueba suficiente para acreditar el riesgo grave e inminente.
- 3) Que se establezca de forma precisa y detallada el tratamiento médico o asistencial a llevarse a cabo, el profesional o equipo responsable, la modalidad, el tiempo necesario y el mecanismo de control del mismo. Cualquier otra práctica o tratamiento no autorizado en la sentencia judicial de que sea objeto la persona se considerará falta grave del profesional o equipo responsable.
- 4) Que la evaluación del riesgo grave e inminente de muerte o de de lesión irreparable para la integridad física y psíquica de la persona se base en al menos un dictamen médico, un dictamen psicológico y un dictamen de trabajador social que de forma unánime así lo determinen.

*Artículo 40. Del proceso*

El proceso referido en el artículo precedente será de carácter contradictorio. La persona objeto de la intervención será parte en el proceso y deberá contar con patrocinio letrado, o la falta de este, con la defensa pública. Corresponde a quien solicite la intervención la carga de prueba de todos los requisitos del artículo precedente.

Artículo 41. Efectos

La sentencia que decrete la intervención sobre la persona tendrá efectos únicamente respecto del ingreso, permanencia y condiciones del tratamiento necesario para evitar el riesgo grave e inminente de muerte o de lesión irreparable para la integridad física y psíquica de la persona. Para el resto de decisiones, la persona conserva su plena capacidad de obrar.

Artículo 42. Protección de cuerpo humano

Toda persona física tiene derecho a la protección de su cuerpo incluso luego de su muerte. Se prohíbe toda esterilización o práctica que tenga como objeto anular los órganos reproductivos de la persona sin el respectivo consentimiento libre e informado.

Artículo 43. Derecho a la inscripción

Toda persona física que nazca en territorio nacional tiene derecho a su inscripción inmediata y gratuita en el registro de las personas, a un nombre, a un documento nacional de identidad y a la nacionalidad. Sin perjuicio de ello, la falta de inscripción no le priva a la persona del goce y ejercicio de los derechos civiles reconocidos en este título.

Artículo 44. Derecho a la identidad de filiación

Toda persona tiene derecho a conocer la identidad de sus progenitores o de sus hijos o nietos. Cuando sea absolutamente necesario y existan indicios, el juez podrá ordenar que una o varias personas presenten material genético que permita una prueba de ADN siempre que dichas muestras se obtengan por técnicas no invasivas.

Artículo 45. Cambio de sexo

Sin perjuicio de su género, toda persona que tiene derecho al cambio de sexo y al cambio de su nombre.

BIBLIOGRAFÍA

I.) FUENTES DOCTRINALES

I.1) MANUALES Y OBRAS GENERALES

- ABRAMOVICH, V. & COURTIS, C., (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid
- ABREGÚ, M. & COURTIS, C. (Comp.) (2007), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J. Y ESPALIAT LARSON, A., (1990) *La Interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo*, PPU, Barcelona
- AGUADO DÍAZ, A., (1995) *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid.
- ALCARÍN MARTÍNEZ, GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA, MOLINA FERNÁNDEZ, (Coords), (2006) *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comareas, Granada.
- ALFREDSSON & ASBJØRN (Eds.) (1999) *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement*, Martinus Nijhoff Publishers
- AMBOS, K., (2006) *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Marcial Pons.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., (Coord.), (1999), *Problemas de la Eutanasia*, Dykinson, Madrid
- AÑÓN ROIG, M. J. (1994) *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ARNARDÓTTIR, O.M. and QUINN, G. (2009), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers.



- ASÍS ROIG, R., (2000) *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid
- ASÍS ROIG, R. & PALACIOS, A., (2007) *Derechos Humanos y Situaciones de Dependencia*, Dykinson, Madrid.
- ASÍS ROIG, R., (2001) *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 17, Dykinson, Madrid.
- ASÍS ROIG, R., (2013), *Sobre discapacidad y derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson.
- ASÍS ROIG, R., AIELLO, A. L., BARIFFI, F., CAMPOY, I., & PALACIOS, A., (2007) *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid.
- BACH, M. & KERZNER, L., (2010) *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Prepared for the Law Commission of Ontario, October 2010
- BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), (2012), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires.
- BARIFFI, F. & PALACIOS A., (Comps.) (2008), *Capacidad Jurídica y Discapacidad, Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de trabajo nº 1 / Argentina; Cuaderno de trabajo nº 2 / Brasil; Cuaderno de trabajo nº 3 / Portugal; Cuaderno de trabajo nº 4 / Chile; Cuaderno de trabajo nº 5 / Colombia; Cuaderno de trabajo nº 6 / Italia; Cuaderno de trabajo nº 7 / España; Tomo 1: Derecho Común; Cuaderno de trabajo nº 7 / España; Tomo 2: Derecho Foral; Cuaderno de trabajo nº 8 / Costa Rica; Cuaderno de trabajo nº 9 / Canadá; Cuaderno de trabajo nº 10 / USA; Cuaderno de trabajo nº 11 / Suecia; Cuaderno de trabajo nº 12 / Méjico; Cuaderno de trabajo nº 13 / Reino Unido., Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres
- BARIFFI, F., BARRANCO, M., MORENO, L., PALACIOS, A., UTRAY, F., VIDA, J., (2008) *La accesibilidad universal en los medios audiovisuales de comunicación*, Icono Imagen Gráfica SA: Ministerio de Educación de España, Madrid.
- BARNES, C. & MERCER, G. (2003), *Disability*, Polity Press, Cambridge.
- BARNES, C. OLIVER, M. & BARTON, L. (eds.), (2002) *Disability Studies Today*, Polity Press, Oxford.
- BARNES, C., (2000), *Disabled People in Britain and Discrimination. A case for Anti-discrimination Legislation*, third edition, Hurst and Company, London in association with the British Council of Organizations of Disabled People, United Kingdom.



- BARTON, L. (comp.), (1998) *Discapacidad y Sociedad*, Morata S.L., Madrid.
- BENEDEK, W., GREGORY, C., KOZMA, J., NOWAK, M., STROHAL, C. AND THEUERMANN, E. (eds.) (2009) *Global Standards – Local Action. 15 Years Vienna World Conference on Human Rights*, Vienna/Graz: Intersentia.
- BERNUZ BENEITEZ, M. J. (coord.), (2009), *El cine y los derechos de la infancia*, col. Cine y Derecho, núm. 30, Tirant lo Blanch, Valencia
- BIDART CAMPOS, G., (1994) *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar.
- BIEL PORTERO, I., (2011), *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Triant Lo Blanc, Valencia
- BLANC ALTEMIR, A. (Editor) (2001), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid.
- BLANCK, P. (Ed.), (2002), *Disability Rights*, Ashgate, Syracuse University.
- BOBBIO, N., (1991) *El tiempo de los derechos*, Trad. De R. de Asís, Sistema, Madrid.
- BREMS, E., (2001) *Human Rights: Universality and Diversity*, International Studies in Human Rights vol. 66, Martines Nijhoff Publishers.
- BROWNLIE, I. (1998), *Principles of Public International Law*, fifth edition, Clarendon Press
- CABRA DE LUNA, M.A., BARIFFI, F., & PALACIOS, A., (2007) *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Editorial Areces, Madrid.
- CAMPOY CERVERA, I. & PALACIOS, A. (Ed.), (2007) *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas nº8, Dykinson, Madrid.
- CAMPOY CERVERA, I. (Coord.), (2004) *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., (2011) *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press
- CARRILLO SALCEDO, J.A., (1995), *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid
- CASSESE, A., (2003) *International Criminal Law*, first edition, Oxford University Press.
- PÉREZ BUENO L.C., (dir); SASTRE A. (ed), (2009) *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra
- CERMI (2012), *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad*. Manual Volumen I, Ediciones Cinca, Madrid



- CIFUENTES, S. (2004) *Negocio Jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires
- CIFUENTES, S. (2008) *Los derechos personalísimos*, ASTREA, Buenos Aires
- CUENCA GÓMEZ, P., (2012) *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Núm. 7, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid
- CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), (2010), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid
- CHARLTON J. I., (1998), *Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment*, University of California Press
- DE BECO G, HOEFMANS A, (2010) *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: an Integral and Integrated Approach to the Implementation of Disability Rights*, Background document prepared for the international conference ‘Work Forum for the Implementation of the UN Convention on the Rights of People with Disabilities’, 18-19 November 2010.
- DE BECO, G. (Ed.) (2013), *Article 33 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: National Structures for the Implementation and Monitoring of the Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston.
- DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C., (2007) *Tratado sobre discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona
- DEGENER & KOSTER-DREESE, eds., (1995), *Human Rights and Disabled Persons*, Dordrecht Kluwer Academic Publishers Group
- DEJONG, G. (1979) *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research*, East Lansing: Michigan State University Press.
- DÍEZ DE VELASCO, M. (Coord), (2005), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15º ed., Tecnos, Madrid
- DÍEZ-PICAZO, L. (2003) *Sistema de derecho civil. Volumen I. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 11ª ed., Tecnos, Madrid
- DRIEDGER, D. (1989) *The Last Civil Rights Movement: Disabled Peoples' International*, C Hurst & Co Publishers, London
- EGEA GARCÍA, C. & SARABIA SÁNCHEZ, A., (2001) *Experiencias de aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, Real Patronato de Discapacidad, Documentos 58/2001, Madrid
- FABRIS, S. A., (Ed.) (2005) *Trends in the International Law of Human Rights. Studies in honour of Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre.



- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., (1996), *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi, Pamplona
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., (2001) *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 21, Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. (Ed.), (2007), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- FERREIRÓS MARCOS, M. E., (2007), *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*, Colección CERMI nº 27; Cinca, Madrid
- FOX, M.H., et al., (2007) “*Final Report of the Nobody Left Behind: Preparedness for Persons with Mobility Impairments Research Project*,” Research and Training Center on Independent Living University of Kansas.
- FREEMAN, CHINKIN, RUDOLF (EDS) (2012) *CEDAW Commentary*, Oxford University Press
- GARCÍA ALONSO, J. V., (coord.), (2003) *El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales*, Fundación Luis Vives, Madrid.
- GÓMEZ ISA, F. & FEYTER K., (Eds.), (2009), *International Human Rights Law in a Global Context*, University of Deusto, Bilbao.
- GONZÁLEZ MILLÁN, R. & PÉREZ BUENO, L. (Coord.), (2003) *Las múltiples dimensiones de la discapacidad. Estudios en homenaje a Manuel Ruiz Ortega*, Escuela Libre Editorial, Fundación ONCE, Madrid.
- HIGGINS, R., (1994) *Problems & Process: International Law and How we Use it*, Clarendon Press, Oxford
- HURTADO, A. L., (1991) *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile
- JONES & BASSER MARKS (editors) (1999), *Disability, diversity, and legal change*, Kluwer Law International.
- KAMMINGA & SCHEININ (2009) (Eds.) *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press
- KESB, A., (2012) *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*, Oxford University Press
- LA ORDEN, J., (2007) (dir.), *Los derechos de las personas con discapacidad*. Vol I. Aspectos jurídicos, CGPJ, Madrid.
- LIDÓN HERAS, L., (2011) *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid
- LIJNZAAD, E. (1995), *Reservations to Un-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, Martinus Nijhoff Publishers
- LLORENS, L. R. & RAJMIL, A. B., (2010) *Derecho de autoprotección : previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*, Astrea, Buenos Aires;



- MARIÑO MENÉNDEZ, F. et. al., (1995), *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), Madrid.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. (2005), *Derecho Internacional Público: Parte General*, 4ª edición, Trotta, Madrid.
- MERON, T., (1989), *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford University Press.
- MORRIS, J. (ed.) (1996), *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad*, Narcea, Madrid.
- MORRIS, J., (1991), *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women's Press Ltd., London;
- NINO, C. S., (1989) *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel Derecho, Barcelona.
- NOGUEIRA & SCHAPIRO (Coord.) (2012) *Acceso a la justicia y grupos vulnerables* Librería Editora Platense, La Plata.
- NOWAK M, (2005) *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel Publisher
- OOKA PANG V., FERNEKES W. F. & NELSON J. L., (eds) (2010) *The Human Impact of Natural Disasters: Issues for the Inquiry-Based Classroom*, National Council for the Social Studies
- PALACIOS, A., & BARIFFI, F., (2007), *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid.
- PALACIOS, A., & ROMANACH, 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-AIES, Madrid.
- PALACIOS, A., (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., (Dir), (2003) *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I, Dykinson, Madrid.
- PECES-BARBA, G. (2003) *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, col. Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 26, Dykinson, Madrid.
- PÉREZ BUENO, L. C., (Dir.) (2012), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, CERMI, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid.
- PORTMANN, R. (2010), *Legal Personality in International Law*, Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge University Press
- QUINN, G. & DEGENER, T., (2002a), *Derechos Humanos y Discapacidad*.



Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad, OACDH HR/PUB/02/1, Naciones Unidas.

- QUINN, G. & DEGENER, T., (2002b) *A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform*, accesible en: http://www.dredf.org/international/degener_quinn.html
- RABINOVICH BERKMAN, R D, (2000) *Derecho Civil, Parte General*, Astrea, Buenos Aires
- READ, J., & CLEMENTS, L., (Ed.), (2008) *Disabled People and the Right to Life: The Protection and Violation of Disabled People's Most Basic Human Right*, Routledge, New York
- REHOF L. A, (1993) *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Martinus Nijhoff
- RIBOTTA, S. & ROSSETTI, A., (eds.), (2010), *Los Derechos Sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el Derechos y la justicia*, Madrid, Dykinson
- RODRÍGUEZ-PINZÓN & GUEVARA (Comp.), (2004) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, México,.
- ROSALES P. (Coord.), (2012) *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires
- SALMON, E. S. (2012) *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (3a Edición), Comité Internacional de la Cruz Roja, Lima.
- SALMON, E. S. (2011), *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colección Textos de Jurisprudencia (1a Edición), Universidad del Rosario, Bogotá.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE A, (2005) (Editor) *La capacidad jurídica. Fundamentos de conocimiento jurídico*, Dykinson, Madrid
- SAULLE, M. R., (1981), *The Disabled persons and the international organizations*, International Documentation Ent. Roma.
- SEPÚLVEDA M. M., (2003) *The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Utrecht
- SHAPIRO, J. (1994) *No Pity. People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement*, Times Books, Random House, New York.
- SILVERS, A., WASSERMAN, D. & MAHOWALD, M. B. (1998) *Disability, Difference, Discrimination. Perspective on Justice in Bioethics and Public Policy*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- SMITH, R. K. M., (2007) *Textbook on International Human Rights*, 3rd Ed., Oxford University Press
- STEINER, H. & ALSTON, P., (2000) *International Human Rights in Context, Law, Politics, Moral*, 2nd Ed., Oxford University Press



- STIKER, H. J., (1999) *A History of Disability*, Translated by William Sayers, Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- VILLÁN DURÁN, C., (2002) *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta
- VILLIGER, M. E., (2009) *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden
- VV.AA., (1993) *La Discapacidad y la Rehabilitación en Juan Luis Vives*. Homo homini par, R. PUIG DE LA BELLACASA, Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid.
- WENDELL, S., (1996), *The Rejected Body. Feminist Philosophical Reflections on Disability*, Routledge, New York.

I.2.) CAPÍTULOS DE LIBROS, ARTÍCULOS DE REVISTA Y COLABORACIONES EN VOLÚMENES COLECTIVOS

- ABBERLEY, P., (1998) “Trabajo, Utopía y deficiencia”, en BARTON, L. (comp.), *Discapacidad y Sociedad*, Morata S.L., Madrid.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., (1999), “Eutanasia: dilemas relevantes”, en *Problemas de la Eutanasia*, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., (Coord.), Dykinson, Madrid
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., (2010) “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en *Los Derechos Sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el Derechos y la justicia*, RIBOTTA, S. & ROSSETTI, A., (eds.), Madrid, Dykinson
- ASÍS ROIG, R., (2004) “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos”, en *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), Dykinson, Madrid.
- ASÍS ROIG, R., (2012) “Sobre la Capacidad”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires.
- ASÍS ROIG, R., (2013) “Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad”, en *Papeles el tiempo de los derechos*, Número 12.
- BACH M., (2012) “El derecho a la capacidad jurídica a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa” en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires.



- BARIFFI, F. & PALACIOS, A., (2012) “Acceso a la Justicia y Discapacidad”, en *Acceso a la justicia y grupos vulnerables* (NOGUEIRA & SCHAPIRO Coord.), Librería Editora Platense, La Plata
- BARIFFI, F. & SMITH, M., (2013) “Same Old Game but with Some New Players: Assessing the Impact of Argentina’s National Mental Health Law on Realising its Obligations under the U.N. Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Regard to the Rights to Liberty and Legal Capacity”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 31(3).
- BARIFFI, F., (2003) “Sobre la Universalidad de los Derechos Humanos: ¿Universalidad o Universalismo?”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco*, Vol. 4
- BARIFFI, F., (2006), “El principio de la jurisdicción universal a la luz del carácter jus cogens de ciertos crímenes internacionales”, en *Revista Jurídica El Derecho, Universidad Católica de Buenos Aires*, 18/05/2006
- BARIFFI, F., (2009) “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- BARIFFI, F., (2010) “La Perspectiva de la Discapacidad en las Relaciones de Cooperación entre la Unión Europea – América Latina – Caribe” en *Revista Nueva Mundo*, Año I, Nº 2. Nueva Época, Caracas
- BARIFFI, F., (2011a) *Implementing the UN Convention on Disability in the European Union and Member States: A review of Substantive Obligations and Examples of Good Practices*, accessible en; <http://www.era-comm.eu/dalaw/uncrpd.html>
- BARIFFI, F., (2011b) “El triángulo de garantía en la aplicación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: recopilación de datos y estadísticas, aplicación y seguimiento a nivel nacional y cooperación internacional”, en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid
- BARIFFI, F., (2012a) “Recopilación de datos y estadísticas sobre discapacidad a la luz del artículo 31 de la CDPD” en ROSALES P. (Coord.), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- BARIFFI, F., (2012b) “Aplicación y seguimiento nacionales a la luz del artículo 33 de la CDPD” en ROSALES P. (Coord.), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- BARIFFI, F., (2012c), “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del de-



recho comparado” en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARRIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires.

- BARRIFFI, F., (2012d) “El Régimen de Incapacidad del Código Civil Argentino a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Discapacidad Justicia y Estado*, 1ra. Edición, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, Noviembre 2012

- BARRIFFI, F., (2013), “Implementation of Article 33 CRPD in Spain: A Rather Erratic and Improvised Experience”, en DE BECCO, G. (Ed.), *Article 33 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: National Structures for the Implementation and Monitoring of the Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston.

- BARNES, C. (1998), “Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental”, en BARTON, L. (comp.), *Discapacidad y Sociedad*, Morata S.L., Madrid.

- BASSIOUNI, C. M., (1996) “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59.4

- BENGOCHEA GIL, M. A., (2010) “Mujeres con discapacidad: diferencia, exclusión y doble discriminación. Marco legislativo y propuestas para fomentar la igualdad” en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid

- BERSANELLI S. L., (2012) “Comentario al art.24” en ROSALES P. (Coord.), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- BLÁZQUEZ MARTÍN, D., (2010) “La garantía en igualdad de la libertad y seguridad de las personas con discapacidad tras la ratificación de la convención” en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), (2010), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid

- BOGDAN M & KOFOD OLSEN, (1999) “Article 6”, en *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement*, ALFREDS-SON & ASBJØRN (Eds), Martinus Nijhoff Publishers.

- CABRA DE LUNA, M. A. & BARRIFFI, F., (2012) “Discapacidad, seguridad humana y fuerzas armadas” en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, DIEEE076-2012

- CABRA DE LUNA, M. A., (2006), “La protección jurídica de las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos interna-



- cionales”, en *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, ALCARÍN MARTÍNEZ, GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA, MOLINA FERNÁNDEZ, (Coords), Comareas, Granada.
- CAMPOY CERVERA, I. Y PALACIOS, A., (2010) “Niños y niñas con discapacidad: reflexión general y concreción en España”, en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid.
 - CAMPOY CERVERA, I., (2009) “Los derechos de los niños con discapacidad”, en BERNUZ BENEITEZ, M. J. (coord.), *El cine y los derechos de la infancia*, col. Cine y Derecho, núm. 30, Tirant lo Blanch, Valencia
 - CAMPOY CERVERA, I., (en prensa), “La Construcción de un Modelo de Derechos Humanos para los Niños, con y sin Discapacidad”
 - CARDONA LLORENS, J., (2007), “La Organización de las Naciones Unidas y las personas con discapacidad”, en *La protección internacional de las personas con discapacidad*, FERNANDEZ LIESA C. (Ed.), Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid
 - CARDONA LLORENS, J., y SANJOSÉ GIL, A., (2005) "Derechos Humanos y personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un cambio de rumbo?" en *Trends in the International Law of Human Rights. Studies in honour of Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade*, FABRIS, S. A., (Ed.) Porto Alegre
 - CHRISTOFFERSEN, J., (2009) “Impact of General Principles of Treaty Interpretation”, en *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, (KAMMINGA & SCHEININ Eds.), Oxford University Press
 - CISTERNAS S., (2012) “Las obligaciones internacionales para los Estados Partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculos con el artículo 13 e impacto en el derecho interno”, en BARRIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires.
 - COURTIS, C., (2004), “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 51.
 - CUENCA GÓMEZ, P., (2011) “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español” en *Derechos y Libertades*, Número 24, Época II
 - DE BECO, G., (2007) “National Human Rights Institutions in Europe”, *Human Rights Law Review*, Vol. 7(2),
 - DE BECO, G., (2011) “Article 33 (2) of the UN Convention on the Rights of



Persons with Disabilities. Another Role for National Human Rights Institutions?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29(1)

- DE LORENZO GARCÍA, R., & CABRA DE LUNA, M.A., (2007) “Análisis de la nueva legislación española en materia de sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal” en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C, *Tratado sobre discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona.

- DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., (2007) “Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección constitucional” en LA ORDEN, J., (dir.), *Los derechos de las personas con discapacidad*. Vol I. Aspectos jurídicos, CGPJ, Madrid.

- DEVANDAS AGUILAR; C. & TRÖMEL STURMER, S., (2012), “Reservas efectuadas al artículo 12: su admisibilidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires.

- DHANDA A, (2006-2007) “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?” en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34

- DHANDA, A., (2008), “Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *SUR – International Journal on Human Rights*, Vol. 8

- DHIR A A, (2005) “Human Rights Treaty Drafting through the Lens of Mental Disability: the Proposed International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 41

- DINERSTEIN, R. D., (2012), “Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Read From Guardianship to Supported Decision-Making”, en *Human Rights Brief*, vol. 19, Issue 2

- DULITZKY, A., (2004) “Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, RODRÍGUEZ-PINZÓN & GUEVARA (Comp.) Fontamara, México.

- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., (2005) “La Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Coord. DÍEZ DE VELASCO, 15° ed., Tecnos, Madrid

- FERNÁNDEZ LIESA, C., (2007), “Codificación internacional y desarrollo progresivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad”, en *La protección internacional de las personas con discapacidad*, FERNÁNDEZ LIESA C. (Ed.), Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid.



- FERNÁNDEZ-CREUHET F, (2004) “La teoría de la representación como aleph de la filosofía jurídica de F. C. Savigny”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. XXI, Enero;
- FERNÁNDEZ-CREUHET F, (2004) “La teoría de la representación como aleph de la filosofía jurídica de F. C. Savigny”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. XXI, Enero;
- GANZENMULLER ROIG, C., (2012) “El juicio de capacidad y el Ministerio Fiscal: La labor del fiscal en la promoción de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual o mental”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARRIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires.
- GOONESEKERE, S. W. E., (2012) “Article 15”, en FREEMAN, CHINKIN, RUDOLF (EDS), *CEDAW Commentary*, Oxford University Press
- GREPPI E., (1999) “The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law”, *International Review of the Red Cross*, No 835
- HEISER, W., (2002) “Civil Litigation as a Means of Compensating Victims of International Terrorism”, *San Diego International Law Journal*, Vol. 3
- HERNÁNDEZ, G. I., (2012), “The Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of ‘International Community’”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 83, No I.
- HIGGINS, R., (1989) “Human Rights: Some Questions of Integrity”, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 15
- HOWARD ZULUAGA, M., (2012) “Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona” en *Revista de Derecho*, Año 11, Nº. 21
- JIMÉNEZ, E. P., (2007), “El tratamiento de las personas con discapacidad en el sistema constitucional argentino”, en CAMPOY CERVERA, I. & PALACIOS, A. (Ed.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, *Debates del Instituto Bartolomé de las Casas* n°8, Dykinson, Madrid.
- KAYESS, R. & FRENCH, P., (2008) “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8(1)
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2007) “Las voluntades anticipadas Una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas”, en *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico* Vol. 41
- KOSKENNIEMI, M., & LEINO, P., (2002), “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15
- LAWSON, A., (2006-2007), “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34



- LEATHELEY C, (2007-2008), “An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed an Opportunity?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 40
- LINDQVIST, B., (1995), “Standard rules in the disability field—A United Nations instrument”, en *Human Rights and Disabled Persons*, DEGENER & KOSTER-DREESE, eds., Dordrecht Kluwer Academic Publishers Group
- LORD, J. E. & STEIN, M. A., (2009) “Social Rights and The Relational Value of the Rights to Participate in Sport, Recreation and Play,” *Boston University Journal of International Law* Vol. 27
- LORD, J. E., & STEIN, M. A., (2010) “Ensuring Respect for the Rights of People with Disabilities,” en *The Human Impact of Natural Disasters: Issues for the Inquiry-Based Classroom*, OOKA PANG V., FERNEKES W. F. & NELSON J. L., (eds), National Council for the Social Studies
- LORD, J. E., (2011) “Shared Understanding or Consensus-Masked Disagreement? The Anti-Torture Framework in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities,” *Loyola Journal of International & Comparative Law* Vol. 11
- LUTZ E., (1997-1998) “International Obligations to Respect and Ensure Human Rights”, *Whittier Law Review* Vol. 19.
- MARÍN CALERO, C., (2012) “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de las personas con discapacidad”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires.
- MARIÑO MENÉNDEZ F. (1995), “Derechos de la persona humana y distinción ente nacionales y extranjeros”, en *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, MARIÑO et. al., Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), Madrid
- MARIÑO MENENDEZ, F., (1998) “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas”, en *Derechos y Libertades*, nº 6, Febrero
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., (1999), “Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho Internacional”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. III
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2009), “The Convention Against Torture and its Optional Protocol”, en *International Human Rights Law in a Global Context*, GÓMEZ ISA, F. & FEYTER K., (Eds.), University of Deusto, Bilbao
- MCKAY D, (2006-2007) “The United Nations Convention of the Rights of Persons with Disabilities”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34.
- MÉGRET, F., (2008), “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?” *Human Rights Quarterly*, Vol. 30



- MICHAILAKIS, D., (1999), “The Standard Rules: a Weak Instrument a Strong Commitment”, en *Disability, divers-ability, and legal change*, JONES & BASSER MARKS (editors), Kluwer Law International
- MINKOWITZ, T., (2006-2007) “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34
- MINKOWITZ, T., (2011) *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD – An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties* (September 16, 2011)
- MINKOWITZ, T., (2012), “No discriminación, capacidad jurídica y derecho a no ser sometido a tratamiento médico obligatorio”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires.
- MOLONEY, R., (2004), “Incompatible reservations to human rights treaties: severability and the problem of state consent”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5.
- O’MAHONY, C., (2012) “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Abolition of the Insanity Defence”, *Berkley*
- OLIVER, M., (1998), “Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?”, en BARTON, L. (comp.), *Discapacidad y Sociedad*, Morata S.L., Madrid.
- ORTOLEVA, S., (2011) “Inaccessible justice: Human Rights, Persons with disabilities and the legal system”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* Vol. 17(2)
- PALACIOS A, & WALLS M, (2007) “Changing the Paradigm – the Potential impact of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Irish Yearbook of International Law* Vol. 1
- PALACIOS A, (2003), “Algunas notas sobre la implementación de medidas de acción positiva a favor de personas con discapacidad. Su tratamiento constitucional”, en *Las múltiples dimensiones de la discapacidad. Estudios en homenaje a Manuel Ruiz Ortega*, GONZÁLEZ MILLÁN, R & PÉREZ BUENO, L. (Coord.), Escuela Libre Editorial, Fundación ONCE, Madrid.
- PALACIOS, A. (2004) “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, CAMPOY CERVERA, I. (Coord.), Dykinson, Madrid
- PALACIOS, A., (2007) “¿Modelo rehabilitador o modelo social?: la persona con discapacidad en el Derecho español” en CAMPOY CERVERA, I. y PA-

- LACIOS, A., (coords.), *Igualdad No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid
- PALACIOS, A., (2010a), “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, *Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, N° 105
 - PALACIOS, A., (2010b). Seminario “Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos” celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid del 15 al 18 de febrero de 2010 en: <http://www.tiempodelosderechos.es>
 - PALACIOS, A., (2012), “Reinterpretando la capacidad jurídica desde los derechos humanos: una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires.
 - PELÁEZ NARVÁEZ, A. (2012a) “La no discriminación de mujeres y niñas con discapacidad en la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad” en *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, PÉREZ BUENO, L. C., (Dir.) CERMI, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2012
 - PELÁEZ NARVÁEZ, A., (2012b) “Derechos sexuales y reproductivos”, en CERMI *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad*. Manual Volumen I, Ediciones Cinca, Madrid.
 - PÉREZ DE LA FUENTE, O., (2010) “Discapacidad e inmigración. Análisis de una minoría de doble vulnerabilidad”, en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid.
 - PÉREZ GONZÁLEZ, M., (2005) “La Subjetividad Internacional (II): Las Personalidad Internacional de Otros Sujetos”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Coord. DÍEZ DE VELASCO, 15° ed., Tecnos, Madrid
 - PINTO, M., (1997) “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ABREGÚ, M. & COURTIS, C. (Comp.) CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires
 - QUINN G. (1995), “The International Covenant on Civil and Political Rights and Disability: A conceptual Framework”, en *Human Rights and Disabled Persons*, DEGENER & KOSTER-DREESE, eds., Dordrecht Kluwer Academic Publishers Group.



- QUINN, G., (2005) “Next steps –Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities”, en *Disability Rights*, BLANCK P. (Ed.), Ashgate, Syracuse University
- QUINN, G., (2008) “Resisting the ‘Temptation of Elegance’: Can the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Socialise States to Right Behaviour”, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, ARNARDÓTTIR, O.M. and QUINN, G. Martinus Nijhoff Publishers
- QUINN, G., (2009) “Resisting the ‘Temptation of Elegance’: Can the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Socialise States to Right Behaviour?”, en ARNARDOTTIR, O. AND QUINN, G. (eds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, London/Boston: Martinus Nijhoff Publishers
- QUINN, G., (2009-2010), “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability”, *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, Vol. 15:1
- QUINN, G., (2012) “Personalidad y capacidad jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del Artículo 12 de la CDPD”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD), Ediar, Buenos Aires.
- SALMON, E. S. (2010), “La relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico estatal”, en *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Nash Rojas & Mujica Torres (Eds), Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- SALMON, E. S. (2009), “La protección de los derechos de la mujer en el Sistema Universal de Derechos Humanos”, en *Entre la Teoría y la Práctica: Nuevas Perspectivas sobre los Derechos Humanos de la Mujer*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- SALMON, E. S. (2005), “El Orden Público Internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Themis, revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 51.
- SCHABAS, W., (1994) “Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol 32.
- SCHULZE, M., (2009) “Effective Exercise of the Rights of Persons with Disabilities: National Monitoring Mechanisms”, en BENEDEK, W., GREGORY, C., KOZMA, J., NOWAK, M., STROHAL, C. AND THEUERMANN, E. (eds.), *Global Standards – Local Action. 15 Years Vienna World Conference on Human Rights*, Vienna/Graz: Intersentia



- SIMMA, B., (1998), “Reservations to human rights treaties: Some recent developments”, *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern: In Honour of His 80th birthday*, Kluwer Law International, The Hague
- STEIN, M. & LORD, J., (2010) “Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 32.
- STEPHENS, B., (2002) “Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 27
- SUÁREZ DEL TORO RIVERO, J.M., (2009) “La protección especial de las personas con discapacidad por el Derecho Internacional Humanitario”, en *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, PÉREZ BUENO L.C., (dir); SASTRE, A. (ed), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra
- TOMUSCHAT, C., (2002) “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations” *Tulane Journal of International & Comparative Law* Vol. 10
- VAN DER VYVER, J. D., (2003-2004) “Torture as a Crime Under International Law”, *Albany Law Review*, Vol. 67
- VAN DIJK P., (1995) “A Common Standard of Achievement. About Universal Validity and Uniform Interpretation of International Human Rights Norms”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 2.
- VILLÁN DURÁN, C., (2001), “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la Práctica de las Naciones Unidas”, en *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal*, BLANC ALTEMIR, A. (Editor), Tecnos, Madrid
- VILLAVERDE, M. S., (2012) “Artículo 14” en ROSALES P. (Coord.), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires
- WELLER, P., (2011) “The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the social model of health: new perspectives”, *Journal of Mental Health Law* (Special Edition).

II.) JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

II.1) TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- *Caso relativo a actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, Tribunal Internacional de Justicia, I.C.J. Reports 1986
- *Caso de la Barcelona Traction*, Tribunal Internacional de Justicia, CIJ Recueil, 1970



- Caso *LaGrand*, Tribunal Internacional de Justicia, sentencia de 27 de junio de 2001
- Caso *Avina*, Tribunal Internacional de Justicia, sentencia de 31 de marzo de 2004
- Caso *Ahmadou Sadio Diallo*, Tribunal Internacional de Justicia, sentencia de 30 de noviembre de 2010
- Caso *Ahmadou Sadio Diallo*, Tribunal Internacional de Justicia, Sentencia de 30 de noviembre de 2010 Voto Separado del Juez Caçado Trindade
- *Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, "Reservas a la Convención sobre la Prevención del Delito de Genocidio"*. Tribunal Internacional de Justicia
- *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 10 de Diciembre de 2003, A/ES-10/273, 13 de julio de 2004

II.2) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- *Asunto Golder c. Reino Unido*, TEDH, Sentencia de 21 de febrero de 1975
- *Winterwerp v. Netherlands*, TEDH, Sentencia de 24 de octubre de 1979, Aplicación no. 6301/73
- *Egger v. Austria*, TEDH, Sentencia de 11 de octubre de 1993, Aplicación no. 15780/89
- *Bosci v. Hungary*, TEDH, Sentencia de 21 de mayo de 1998, Aplicación no. 24240/94
- *Matter v. Slovakia*, TEDH, Sentencia de 5 de julio de 1999, Aplicación no. 31534/96
- *Price v. Reino Unido*, TEDH, Sentencia de 10 de julio de 2001, Aplicación No. 5493/72
- *H.F. v. Slovakia*, TEDH, Sentencia de 8 de noviembre de 2005, Aplicación no. 54797/00
- *Shtukaturov v. Rusia*, TEDH, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Aplicación no. 44009/05
- *X. v. Croatia*, TEDH, Sentencia de 17 de Julio de 2008, Aplicación no. 11223/04
- *Salontaji-Drobnjak v. Serbia*, TEDH, Sentencia de 13 de octubre de 2009, Aplicación no. 36500/05
- *Alajos Kiss v. Hungary*, TEDH, Sentencia de 20 de mayo de 2010, Aplicación no. 38832/06
- *Krušković v. Croatia*, TEDH, Sentencia de 21 de junio de 2011, Aplicación no. 46185/08.
- *Stanev v. Bulgaria*, TEDH, Sentencia de 17 de enero de 2012, Aplicación no. 36760/06



- *D.D. v. Lithuania*, TEDH, Sentencia de 14 de febrero de 2012, Aplicación no. 13469/06
- *Sýkora v. the Czech Republic*, TEDH, Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Aplicación no. 23419/07

II.3) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- *Caso Velásquez Rodríguez, Fondo*. CIADH, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4
- *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo*. CIADH. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70
- *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH , Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130,
- *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH , Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146
- *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149
- *Caso Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH , Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172
- *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209
- *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH , Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202
- *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH, Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240
- *Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242
- *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH, Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246
- *Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. CIADH, Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258
- *Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. CIADH, OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17
- *Opinión Consultiva sobre el Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. CIADH, OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2



III.) INSTRUMENTOS Y TEXTOS DE LA PRACTICA INTERNACIONAL

III.1) TRATADOS INTERNACIONALES

- *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Resolución 60/232 de la Asamblea General de la ONU; A/61/611, de 6 de diciembre de 2006.
- *Carta de las Naciones Unidas*, suscrita el 26 de junio de 1945 en San Francisco en ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Entrada en vigor: 3 de enero de 1976
- *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 09/12/1985. Series de Tratados de la OEA, Vol. 67
- *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 77/199, de 18 de diciembre de 2002. Entrada en vigor: 22 de junio, 2006
- *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1)
- *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Adoptado por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999
- *Convención sobre los Derechos del Niño*, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49
- *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 de enero de 2002;



- *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 12 de febrero de 2002
- *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, A/HRC/17/L.8, 9 de junio de 2011
- *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, adoptada en Guatemala el 7 de junio de 1999, y que entró en vigor el 14 de septiembre de 2001
- *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980
- *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, Aprobada el 18 de diciembre de 2002 en el quincuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/57/1999;
- *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950;
- *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya;
- *Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, CETS No.: 164, Oviedo, 4/4/1997

III.2) RESOLUCIONES E INFORMES DE ÓRGANOS PRINCIPALES DE NACIONES UNIDAS Y DE ORGANISMOS ESPECIALIZADOS

III.2.1) Resoluciones de la Asamblea General

- A/RES/32/133, 16 de diciembre de 1977, Año Internacional de los Impedidos;
- A/RES/33/170, 20 de diciembre de 1978, Año Internacional de los Impedidos;
- A/RES/34/154, 17 de diciembre de 1979, Año Internacional de los Impedidos;
- A/RES/35/133, 11 de diciembre de 1980, Año Internacional de los Impedidos;
- A/RES/36/77, 8 de diciembre de 1981, Año Internacional de los Impedidos.
- A/RES/37/53, 3 de diciembre de 1982, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos;
- A/RES/38/28, 22 de noviembre de 1983, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos;
- A/RES/39/26, 23 de noviembre de 1984, Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; A/RES/40/31, 29 de noviembre de 1985, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos;



- A/RES/41/106, 4 de diciembre de 1986, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos;
- A/RES/42/58, 30 de noviembre de 1987, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos;
- A/RES/43/98, 8 de diciembre de 1988, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos;
- A/RES/44/70, 8 de diciembre de 1989, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos;
- A/RES/45/91, 20 de diciembre de 1990, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos;
- A/RES/46/96, 16 de diciembre de 1991, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos;
- A/RES/47/3, 14 de octubre de 1992, Día Internacional de los Impedidos;
- A/RES/52/82, 12 de diciembre de 1997, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI;
- A/RES/54/121, 17 de diciembre de 1999, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI;
- A/RES/56/115, 19 de diciembre de 2001, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI;
- A/RES/58/132, 22 de diciembre de 2003, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI;
- A/RES/60/131, 26 de enero de 2006, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: realización de los objetivos de desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad;
- A/RES/62/127, 24 de enero de 2008, Aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad: realización de los objetivos de desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (A/RES/48/134, de 4 de marzo de 1994).
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social, resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977;
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990;
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.



- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.
- Declaración de los Derechos de los Impedidos, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.
- Año Internacional de los Impedidos, Resolución de la Asamblea General 31/123 del 16 de diciembre de 1976.
- Programa de Acción Mundial para los Impedidos, Resolución de la Asamblea General 37/52, 3 de diciembre, de 1982.
- Directrices de Tallin para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos, Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos - A/RES/44/70 - 8 diciembre 1989.
- Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, Resolución de la Asamblea General 46/119, de 17 de diciembre de 1991.
- Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, A/RES/48/96, 20 de diciembre de 1993.
- Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993
- Declaración de Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006)
- Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005)

III.2.2.) Informes del Secretario General

- Informe del Secretario General 1994, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/49/435;
- Informe del Secretario General 1997, Examen y evaluación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/52/351;
- Informe del Secretario General 1999, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/54/388 y add.1; Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos:
- Informe provisional del Secretario General, E/CN.5/1999/5; 2001, Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/56/169 y Corr. 1;
- Informe del Secretario General Aplicación del Programa de Acción Mundial



- para los Impedidos, E/CN.5/2001/7; 2003, Examen y evaluación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, A/RES/58/61 y E/2003/5; 2005,
- Informe del Secretario General sobre la Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI, A/RES/60/290; 2007,
 - Informe del Secretario General sobre la Aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad: objetivos de desarrollo del Milenio y sinergias con otros instrumentos de las Naciones Unidas relacionados con la discapacidad, A/RES/62/157;
 - Informe del Secretario General 2008, Quinto examen y evaluación quinquenal del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, A/RES/63/183
 - Informe del Secretario General, Progresos realizados para velar por el pleno reconocimiento y el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, A/58/181, 24 de julio de 2003

III.2.3.) Organización Mundial de la Salud

- Propuesta con carácter experimental por la Organización Mundial de la Salud en Ginebra, 1980. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps (Geneva: World Health Organization, 1980)
- International Classification of Functioning, Disability and Health (Geneva: World Health Organization, 2001), aprobada por la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada del 17 al 22 de mayo de 2001
- Organización Mundial de la Salud y Grupo del Banco Mundial, Informe mundial sobre la discapacidad 2011.
- Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2006

III.2.4.) Conferencia de Estados Partes a la CDPD

- *Provisional rules of procedure for the Conferences of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, CRPD/CSP/2008/3, 14 October 2008.
- *Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. First session*, New York, 31 October and 3 November 2008. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2008/4, 23 December 2008.
- *Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Second Session* New York, 2-4 September 2009. Report of the Con-



ference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2009/2, 11 January 2010.

- *Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Third session*, New York, 1-3 September 2010. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2010/3, 16 December 2010.

- *Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Fourth Session*, New York, 7-9 September 2011. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2011/2, 8 December 2011.

- *Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Fifth session*, New York, 12-14 September 2012. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2012/2, 25 October 2012

- *Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Sixth session*, New York, 17-19 July 2013. Report of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities

III.2.5.) Comité Especial de la ONU sobre la CDPD

- Primer período de sesiones, del 29 de julio al 9 de agosto de 2002, UN Doc A/57/357;

- Segundo período de sesiones, del 16 al 27 de junio de 2003, UN Doc, A/58/118 & Corr.1, 3 July 2003,

- Grupo de trabajo sobre la convención, del 5 al 16 de enero de 2004, UN Doc A/AC.265/2004/WG/1;

- Tercer período de sesiones, del 24 de mayo al 4 de junio de 2004, UN Doc, A/AC.265/2004/5, 9 June 2004;

- Cuarto período de sesiones, del 23 de agosto al 3 de septiembre de 2004, UN Doc A/59/360, 14 September 2004;

- Quinto período de sesiones, del 24 de enero al 3 de febrero de 2005, UN Doc A/AC.265/2005/2, 23 February 2005;

- Sexto período de sesiones, del 1º al 12 de agosto de 2005, UN Doc A/60/266, 17 August 2005;

- Séptimo período de sesiones, del 16 de enero a 3 de febrero de 2006, UN Doc. A/AC.265/2006/2, 13 February 2006;

- Octavo período de sesiones, del 14 al 25 de agosto y 5 de diciembre de 2006, UN Doc A/AC.265/2006/4, 1 September 2006) y Final report of the Ad Hoc Committee UN Doc A/61/611, 6 December 2006



III.3.) DECISIONES Y RESOLUCIONES DE ÓRGANOS DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

III. 3.1.) Órganos extra-convencionales

- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/RES/1994/27 del 4 de marzo de 1994, sobre los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.
- Vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, A/RES/52/56 Informe definitivo del Relator Especial durante su primera misión;
- Vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, E/CN.5/2000/3 Informe definitivo del Relator Especial durante su segunda misión, 1997–2000 y E/CN.5/2000/3/Corr.1;
- Vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, E/CN.5/2002/4;
- Opiniones de los gobiernos sobre las propuestas que figuran en el informe del Relator Especial sobre discapacidad, E/CN.5/2002/4 y en particular sobre la relativa al suplemento de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad E/CN.5/2004/4;
- Vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, E/CN.5/2005/5 y E/CN.5/2005/5/Corr.1;
- Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre la supervisión de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - 44º período de sesiones, E/CN.5/2006/4;
- Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre la supervisión de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - 46º período de sesiones, E/CN.5/2007/4;
- Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre la supervisión de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - 46º período de sesiones, E/CN.5/2008/3;
- Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre discapacidad, relativo a la vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - 47º período de sesiones, E/CN.5/2009/6.



- Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación, presentado por el Sr. Asbjørn Eide en cumplimiento de la decisión 1998/106 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1999/12, 28 de junio de 1999
- Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, E/CN.4/2005/51, 14 de febrero de 2005
- Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, A/63/175, 28 de julio de 2008
- Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013;
- Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez, A/68/295, 9 de agosto de 2013.
- Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Guidance for human Rights Monitors, Professional training series No. 17, OHCHR, United Nations, New York and Geneva, 2010.
- Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la función de la cooperación internacional en apoyo de la labor de ámbito nacional para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/16/38, 20 de diciembre de 2010.
- Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009
- Las Naciones Unidas y las personas con discapacidad - Los primeros cincuenta años, accesible en: <http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/dis50y00.htm>
- The UN and Persons with Disabilities, United Nations Commitment to Advancement of the Status of Persons with Disabilities. Accesible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/disun.htm>
- “Las Naciones Unidas y las personas con discapacidad - Los primeros cincuenta años”, en Historia de la discapacidad y las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/dis50y00.htm>.
- Manual para Parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, Naciones Unidas, Ginebra 2007
- Study on the Implementation of Article 33 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Europe, Regional Office for Europe of



the UN High Commissioner for Human Rights, 2011. Disponible en: http://europe.ohchr.org/Documents/Publications/Art_33_CRPD_study.pdf

- Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad, sobre el asunto de la “capacidad jurídica”.

- Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD - Geneva, 24 October 2008) Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/consultation/FinalConsultationreport.241008.doc>

III. 3.2 Órganos de tratados

Comité de Derechos Humanos

- *Observación General No. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida*, 16° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

- *Observación general N° 8 sobre “Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)” del Comité de Derechos Humanos de la ONU*, 16° período de sesiones (1982), párrafo 1. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I))

- *Observación General No. 9, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10 - Trato humano de las personas privadas de libertad*, 16° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 148 (1982)

- *Observación General n° 10 (Artículo 19 libertad de opinión), Comité de Derechos Humanos* (1983), HRI/GEN/1/Rev.7

- *Observación General No. 14, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - El derecho a la vida*, 23° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 158 (1984)

- *Observación General No. 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad*, 32° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988)

- *Observación general N° 18 sobre “No Discriminación” del Comité de Derechos Humanos de la ONU*, 37° período de sesiones (1989), párrafo 7. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I))

- *Observación general N° 19 sobre “La familia (artículo 23)” del Comité de Derechos Humanos de la ONU*, 39° período de sesiones (1990), (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).



- *Observación general N° 20 sobre “Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)” del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 44° período de sesiones (1992), párrafos 2 y 7 respectivamente. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I))*
- *Observación General No. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994)*
- *Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).*
- *Observación general N° 28, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (art. 3), Comité de Derechos Humanos de la ONU, 68° período de sesiones (2000), párrafo 19. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I))*
- *Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004)*
- *Observaciones Finales al Estado Belga, CCPR/C/BEL/CO/5, 18 de noviembre de 2010*
- *Observaciones Finales al Estado Argentino, CCPR/C/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010*
- *Observaciones Finales al Estado Noruega, CCPR/C/NOR/CO/6, 18 de noviembre de 2011*
- *Observaciones Finales al Estado Ruso, CCPR/C/RUS/CO/6, 24 de noviembre de 2009*
- *Observaciones Finales al Estado Croata CCPR/C/HRV/CO/2, 4 de noviembre de 2009*
- *Observaciones Finales al Informe del Estado de la República Dominicana, CCPR/C/DOM/CO/5, 19 April 2012*
- *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al Tercer Informe Periódico de Panamá, CCPR/C/PAN/CO/3, 17 de abril de 2008, párrafo 8.*
- *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al Segundo Informe Periódico de la República Checa, CCPR/C/CZE/CO/2, 9 de agosto de 2007, párrafo 14*
- *Hamilton v. Jamaica, Comunicación Nro. 616/1995, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 28 de julio de 1999 (CCPR/C/66/D/616/1995)*



- Bozena Fijalkowska Vs. Polonia. *Comité de Derechos Humanos. Comunicación No 1061/2002*. 4 de agosto de 2005.
- Vs. Nueva Zelanda. *Comunicación No 754/1997*. 15 de julio de 1999

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

- *Observación general N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1990, párrafos 1-9. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).
- *Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, (Sexto período de sesiones, 1991), U.N. Doc. E/1991/23 (1991),
- *Observación General Nro. 5, las personas con discapacidad*, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1994. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I))
- *Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*, (20° período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999)
- *Observación general N° 13, El derecho a la educación (artículo 13)*, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1999, (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I))
- *Observación general N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000
- *Observación general 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, (29° período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002)
- *Observación general N° 16 (2005), La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)
- *Observación General n° 17, Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)* (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, E/C.12/GC/17, 12 de enero de 2006
- *Observación general N° 18, derecho al trabajo*, (Artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006
- *Observación General No. 19. El derecho a la seguridad social*, Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrafo 2



- *Observación General n°20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) , E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009
- *Observación general N° 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural* (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de mayo de 2010
- *Directrices sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2008/2, 24 de marzo de 2009
- *Informe de Argentina* (E/C.12/ARG/3, 26 de enero de 2011)
- *Informe de Brasil* (E/C.12/BRA/2, 28 de enero de 2008)
- *Informe de España* (HRI/CORE/ESP/2010, 21 de febrero de 2011)
- *Informe de Nueva Zelanda* (E/C.12/NZL/3, 17 de enero de 2011)
- *Informe de Perú* (E/C.12/PER/2-4, 20 de enero de 2011)
- *Informe de Reino Unido* (E/C.12/GBR/5, 31 de enero de 2008)
- *Observaciones Finales del Comité a Argentina* (E/C.12/ARG/CO/3)
- *Observaciones Finales del Comité a Brasil* (E/C.12/BRA/CO/2, 12 de junio de 2009)
- *Observaciones Finales del Comité a España* (E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012)
- *Observaciones finales del Comité a la República de Moldava*, (E/C.12/MDA/CO/2, 12 de julio de 2011)
- *Observaciones finales del Comité a Mauritania*, (E/C.12/MRT/CO/1, 10 de diciembre de 2012)
- *Observaciones Finales del Comité a Nueva Zelanda* (E/C.12/NZL/CO/3, 31 de mayo de 2012)
- *Observaciones Finales del Comité a Perú* (E/C.12/PER/CO/2-4; 30 de mayo de 2012)
- *Observaciones Finales del Comité al Reino Unido* (E/C.12/GBR/CO/5, 12 de junio de 2009)

Comité Contra la Tortura

- *Observación General n° 2. Aplicación del Artículo 2 por los Estados Partes*, Comité contra la Tortura, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008
- *Observaciones Finales al Estado de Colombia*, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2009-2010,
- *Observaciones Finales al Estado de Bosnia y Herzegovina*, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2010-2011



- *Observaciones Finales al Estado de Estonia*, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2007-2008,
- *Observaciones Finales al Estado de Azerbaiyán*, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2009-2010
- *Observaciones Finales al Estado de Letonia*, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2007-2008,
- *Observaciones Finales al Estado de Eslovaquia*, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2009-2010
- *Observaciones Finales al Estado Serbio*, Informe Anual del Comité Contra la Tortura, período 2008-2009

Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

- *Recomendación general N° 18, Las mujeres discapacitadas*. Décimo período de sesiones (1991), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos. Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004
- *Recomendación general N° 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, A/49/38, 1994
- *Recomendación general N° 24, Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud*. 20° período de sesiones (1999), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos. Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004
- *Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010
- *Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos*, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010
- *Informe de Argentina* (CEDAW/C/ARG/6,8 de septiembre de 2008)
- *Informe de España* (CEDAW/C/ESP/6, 28 de abril de 2008)
- *Informe de México* (CEDAW/C/MEX/7-8, 17 de mayo de 2011)
- *Informe de Montenegro* (CEDAW/C/MNE/1, 12 de agosto de 2010)



- *Informe de Nueva Zelanda* (CEDAW/C/NZL/7, 7 de enero de 2011)
- *Informe de Paraguay* (CEDAW/C/PAR/6, 12 de agosto de 2010)
- *Informe de Rusia* (CEDAW/C/USR/7, 22 de mayo de 2009)
- *Observaciones Finales del Comité a Argentina* (CEDAW/C/ARG/CO/6, 16 de agosto de 2010)
- *Observaciones Finales del Comité a España* (CEDAW/C/ESP/CO/6, 7 de agosto de 2009)
- *Observaciones Finales del Comité a México* (CEDAW/C/MEX/CO/7-8, 27 de Julio de 2012)
- *Observaciones Finales del Comité a Montenegro* (CEDAW/C/MNE/CO/1, 4 de noviembre de 2011)
- *Observaciones Finales del Comité a Nueva Zelanda* (CEDAW/C/NZL/CO/7, 27 July 2012)
- *Observaciones Finales del Comité a Paraguay* (CEDAW/C/PRY/CO/6, 8 de noviembre de 2011)
- *Observaciones Finales del Comité a Rusia* (CEDAW/C/USR/CO/7, 16 de agosto de 2010)
- *Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México*, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 enero 2005
- *Comunicación No. 2/2003, Sra. A. T. contra Hungría* (dictamen adoptado el 26 de enero de 2005, 32º período de sesiones)
- *Comunicación No. 17/2008, M. L. S. P. contra Brasil*, 49º período de sesiones, CEDAW/C/49/D/17/2008, 27 de septiembre de 2011,
- *Comunicación No 27/2010, Z. M. contra Italia*, Dictamen aprobado por el Comité en su 51º período de sesiones, 13 de febrero a 2 de marzo de 2012, CEDAW/C/51/D/19/2008, 27 de abril de 2012

Comité sobre los Derechos del Niño

- *Observación general N° 1 (Propósito de la Educación)* Comité sobre los Derechos del Niño, 26º período de sesiones (2001) (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párrafo 9.
- *Observación general N° 4 (La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño)* Comité sobre los Derechos del Niño, 33º período de sesiones (2003), (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párrafo 8
- *Observación General n° 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad*, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007



- *Observación General n° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado*, Comité de los Derechos del Niño El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009,
- *Observación general N° 17 (Artículo 24 - Derechos del niño)* Comité sobre los Derechos del Niño, 35° período de sesiones (1989), (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)).
- *Comité de los Derechos del Niño, Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Aprobadas por el Comité en su 55° período de sesiones (13 de septiembre 1° de octubre de 2010), CRC/C/58/Rev.2, 23 de noviembre de 2010
- *Informe de Canadá (CRC/C/CAN/3-4, 4 de enero de 2012).*
- *Informe de Austria (CRC/C/AUT/3-4, 16 de noviembre de 2011)*
- *Informe de Italia (CRC/C/ITA/3-4, 5 de julio de 2010)*
- *Informe de Bolivia (CRC/C/BOL/4, 25 de marzo de 2009).*
- *Observaciones Finales del Comité a Canadá (CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 de diciembre de 2012)*
- *Observaciones Finales del Comité a Austria (CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 de diciembre de 2012)*
- *Observaciones Finales del Comité a Italia (CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 de octubre de 2011)*
- *Observaciones Finales del Comité a Bolivia (CRC/C/BOL/CO/4, 16 de octubre de 2009)*

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

- *Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014;*
- *Observación general N° 2 (2014), Artículo 9: Accesibilidad, CRPD/C/GC/2, 11 de abril de 2014.*
- *Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/2/3, 18 de noviembre de 2009
- *Observaciones finales del Comité a Túnez, CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011*
- *Observaciones finales del Comité a España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011*
- *Observaciones finales del Comité a Perú, CRPD/C/PER/CO/1, 20 de abril 2012*



- *Observaciones finales del Comité a Argentina*, CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012
- *Observaciones finales del Comité a China*, CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012
- *Observaciones finales del Comité a Hungría*, CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012
- *Observaciones finales del Comité a Paraguay*, CRPD/C/PRY/CO/1, 15 de mayo de 2013
- *Observaciones finales del Comité a El Salvador*, CRPD/C/SLV/CO/1, 13 de septiembre de 2013
- *Observaciones finales del Comité a Austria*, CRPD/C/AUT/CO/1, 30 de septiembre de 2013
- *Observaciones finales del Comité a Australia*, CRPD/C/AUS/CO/1, 21 de octubre de 2013
- *Observaciones finales del Comité a Costa Rica*, CRPD/C/CRI/CO/1, 12 de mayo de 2014.
- *Observaciones finales del Comité a Suecia*, CRPD/C/SWE/CO/1, 12 de mayo de 2014.
- *Observaciones finales del Comité a Azerbaijan*, CRPD/C/AZE/CO/1, 12 de mayo de 2014.
- *Szilvia Nyusti, Péter Takács and Tamás Fazekas v Hungary* (Comunicación N° 1/2010), CRPD/C/9/D/1/2010, 21 de junio de 2013;
- *Liliane Gröninger v. Alemania* (Comunicación N° 2(2010), CRPD/C/11/D/2/2010, 4 de abril de 2014;
- *H.M. v Sweden* (Comunicación N° 3/2011) CRPD/C/7/D/3/2011, 21 de mayo de 2012;
- *Zsolt Bujdosó and five others v. Hungary* (Communication No. 4/2011), CRPD/C/10/D/4/2011, 20 September 2013;
- *Kenneth McAlpine v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, (Comunicación N° 6/2011) CRPD/C/8/D/6/2011, 13 de noviembre de 2012;
- *X. v. Argentina* (Comunicación N° 8/2012) CRPD/C/11/D/8/2012, 11 de abril de 2014.

IV.) ORGANOS DE CODIFICACION

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

- Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades de la diversificación y Expansión del Derecho Internacional, Informe del Grupo de Estudio de la



Comisión de Derecho Internacional Elaborado por Martti Koskenniemi, 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682

- Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, Informe de GEORG NOLTE, Relator Especial, Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/660, 19 de marzo de 2013;
- Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law;
- Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobado por la Comisión en su 63° período de sesiones, (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), A/66/10/Add.1;
- Reports of the Special Rapporteur on Reservations to Treaties Allain Pellet: Preliminary Report, 1995, doc. A/CN.4/470 and Corr. 1 and 2 (78 p.); Second report, 1996, doc. A/CN.4/477 (23 p.) and Add. 1 (90 p.) and A/CN.4/478 (bibliography) (22 p.); Third report, 1998, doc. A/CN.4/491 and Add.1, 2, 3, 4, 5 and 6. (127 p.); Fourth report, 1999, doc. A/CN.4/499 (23 p.); Fifth report, 2000, doc. A/CN.4/508 and Add. 1 and 2, 84p.; Add. 3 and 4; Sixth report, 2001, doc. A/CN.4/518 (9 p.) and Add. 1, 2 and 3 (29, 16 and 7 p.); Seventh report, 2002, doc. A/CN.4/526 (22 p.) and Add. 1, 2 and 3 (12, 42 and 13 p.); Eighth report, 2003, A/CN.4/535 (20 p.) and Add.1 (17 p.); Ninth report, 2004, A/CN.4/544; Tenth report, 2005, A/CN.4/558 and Add. 1 and 2; Eleventh report, 2006, A/CN.4/574; Twelve report, 2007, A/CN.4/584 and Corr. 1; Thirteenth report, 2008, A/CN.4/600; Fourteenth report, 2009, A/CN.4/614 and Add. 1; Fifteen report, 2010, A/CN.4/624 and Add. 1 et 2; Sixteen report, 2010, A/CN.4/626 and Add. 1; Seventeenth report, 2011, A/CN.4/647 and Add. 1.

V.) INFORMES DE ONGS

- Agenda 22, Disability policy planning instructions for local authorities, Swedish Disability Federation, (www.hso.se)
- International Disability Rights Monitor, Disability and Tsunami Relief Efforts in India, Indonesia and Thailand, Center for International Rehabilitation (September 2005): http://www.handicap-international.fr/bibliographie-handicap/7Donnees/RapportEtude/IDRM_Tsunami.pdf
- International Disability Alliance, Position Paper on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and Other Instruments, April 25, 2008
- Human Rights YES!, (2007) by Janet E. Lord, Katherine N. Guernsey, Joelle M. Balfe & Valerie L. Karr, Nancy Flowers, Editor, University of Minnesota
- Abandonados y Desaparecidos: Segregación y Abuso de Niños y Adultos con



Discapacidad en México (2010), Disability Rights International y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos.

- Torture not Treatment: Electric Shock and Long-Term Restraint in the United States on Children and Adults with Disabilities at the Judge Rotenberg Center, (2010), Mental Disability Rights International.

- Implementation Manual for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, World Network of Users and Survivors of Psychiatry, February 2008. Disponible en: http://wnusp.rafus.dk/documents/WNUSP_CRPD_Manual.pdf

- Vidas arrasadas: (2007) La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos, Mental Disability Rights International y Centro de Estudios Legales y Sociales, disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/mdri_cels.pdf

- Yo quiero ser una ciudadana como cualquier otra” Obstáculos para la participación política de personas con discapacidad en Perú, Human Rights Watch, Disponible en: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/peru0512spForUpload_0.pdf