

Manual sobre Justicia y Personas con Discapacidad

ALBERTO VÁSQUEZ ENCALADA
COORDINADOR

Primera edición: diciembre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual sobre Justicia y Personas con Discapacidad

ALBERTO VÁSQUEZ ENCALADA
COORDINADOR

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Presentación	XIII
Preámbulo	XVII
Introducción	XIX

Capítulo I

Discapacidad y Derechos Humanos

<i>Agustina Palacios</i>	1
I. Introducción.....	3
II. Miradas y modelos de aproximación a la discapacidad	4
1. Cuando la mirada conlleva a la prescindencia.....	5
2. Cuando la mirada impone y exige la rehabilitación.....	6
3. Cuando la mirada se sitúa en las barreras sociales.....	8
4. ¿Es posible concebir una mirada integral de la discapacidad?.....	9
5. Cuando la mirada integra la condición individual, pero dando voz a sus protagonistas	11
III. Cuando la mirada asume una perspectiva y un enfoque	13
1. Sobre la perspectiva de discapacidad	14
2. Sobre el enfoque de derechos humanos	15
3. Sobre el modelo de derechos humanos.....	17

IV. La discapacidad como cuestión de derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos	20
1. La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Universal	21
V. Aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	23
1. Sobre los principios generales	25
VI. La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano	31
VII. Principios en el Derecho mexicano	35
VIII. Por una mirada, un mundo	38
Bibliografía	39

Capítulo II

Igualdad y no discriminación por motivo de discapacidad: hacia un modelo de igualdad inclusiva

<i>Francisco J. Bariffi</i>	47
I. Introducción	49
II. Derechos humanos, igualdad y discapacidad (categorías sospechosas)	50
III. Las múltiples dimensiones de la igualdad en la CDPD	55
1. Igualdad como propósito del instrumento	57
2. Igualdad como principio y como valor	57
3. Igualdad como obligación	58
4. Igualdad como derecho	58
5. Igualdad como garantía	59
IV. La igualdad inclusiva	59
1. La dimensión distributiva	61
2. La dimensión de reconocimiento	62
3. La dimensión participativa	63
4. La dimensión de ajustes	64

V. Contenido normativo de la igualdad en la CDPD (Artículo 5)...	65
1. Artículo 5, párrafo 1	65
2. Artículo 5, párrafo 2	66
3. Artículo 5, párrafo 3	68
4. Artículo 5, párrafo 4	69
VI. La garantía de no-discriminación por motivo de discapacidad	70
1. Se centra en el resultado discriminatorio y no en la voluntad de la persona.....	71
2. Abarca todo tipo de discriminación	71
3. Comprende la discriminación no solo a la persona con discapacidad,sino “por motivo de discapacidad”	71
4. Reconoce que la denegación de ajustesrazonables es un tipo de discriminación.....	73
5. La no discriminación exige una especificidad para su efectiva aplicación.....	75
VII. La igualdad en los derechos específicos (especificidad).....	76
VIII. El acto discriminatorio: de la teoría a la práctica.....	79
Bibliografía	84

Capítulo III

Capacidad jurídica de las personas con discapacidad

<i>Alberto Vásquez Encalada</i>	89
I. Introducción.....	91
II. Conceptualización	92
III. Limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica	94
IV. El artículo 12 de la CDPD	96
V. Igual reconocimiento de la capacidad jurídica	99
VI. Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica	102
VII. Salvaguardias.....	104
VIII. Impacto en el ejercicio de otros derechos	106
IX. Legislación comparada	109
Bibliografía	112

Capítulo IV

Acceso a la justicia

<i>M. Carmen Barranco Avilés</i>	117
I. El acceso a la justicia como derecho	119
II. Barreras en el acceso a la justicia.....	125
III. Capacidad procesal.....	133
IV. Accesibilidad	137
V. Ajustes de procedimiento	140
VI. Garantías sustanciales y procesales	142
VII. Mecanismos de control constitucional	143
VIII. Participación en la administración de justicia	145
IX. Formación y toma de conciencia	146
Bibliografía	147

Capítulo V

Recomendaciones para una justicia inclusiva en materia de discapacidad y género

<i>Andrea Parra y Iñaki Regueiro De Giacomi</i>	153
I. Introducción.....	155
II. Barreras para el acceso a la justicia.....	161
1. Privación de capacidad jurídica	161
2. Falta de accesibilidad y denegación de ajustes procedimentales	162
3. Estereotipos.....	163
4. Intervenciones innecesarias o invasivas, incluyendo la judicialización	165
5. Patologización y profesionalización	166
6. Segregación	167
7. Infantilización	167
8. Fraude de etiquetas	167
III. Buenas prácticas destinadas a garantizar el adecuado desarrollo del proceso.....	168

1.	Revisar críticamente lo actuado con anterioridad e identificar la temática de la discapacidad	171
2.	Identificar el marco jurídico aplicable y el ámbito del caso	173
3.	Nombrar adecuadamente a la persona y a su colectivo	176
4.	En caso de corresponder, aplique la normativa y prácticas relativas a los derechos de personas LGBTI	177
5.	Ofrecer y garantizar los apoyos correspondientes	178
6.	Garantizar en todo caso la accesibilidad y los ajustes razonables.....	178
7.	Garantizar ajustes de procedimiento	179
8.	Garantizar patrocinio jurídico.....	180
9.	Ante la duda, recurra a organizaciones representativas o expertas/os con discapacidad	180
IV.	Asuntos específicos a considerar en casos de violencia y discriminación interseccional por género y discapacidad	181
1.	Denegación de la capacidad jurídica como herramienta para perpetuar la violencia de género	181
2.	Prácticas violatorias de los derechos sexuales y reproductivos.....	182
V.	Sentencia judicial: reparación transformadora y accesibilidad de los fallos.....	186
VI.	Comentarios finales	188
	Bibliografía	189

Capítulo VI

Niñez con discapacidad

	<i>Ignacio Campoy Cervera</i>	193
I.	Introducción.....	195
II.	La concepción de la infancia con discapacidad y la interrelación entre los diferentes modelos de derechos.....	196
A.	La interrelación entre los modelos de la discapacidad y de la infancia	196
1.	Los modelos de prescindencia y de negación de los derechos de los niños	196

2.	Los modelos médico y del proteccionismo “tradicional”	198
3.	Los modelos social y del proteccionismo “renovado”	201
B.	La incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos humanos.....	205
III.	La construcción social y la efectiva protección de los derechos de los niños y las niñas con discapacidad	209
A.	La actual construcción social y la persistente discriminación de la infancia con discapacidad.....	209
1.	La continuidad de los modelos anteriores en nuestras actuales sociedades	209
2.	La identificación y erradicación de los mitos, prejuicios y estereotipos perjudiciales.....	211
B.	La construcción de una sociedad inclusiva para la infancia con discapacidad	214
1.	El reconocimiento de los derechos humanos como objetivo último a conseguir	214
2.	El ejercicio de los derechos de los niños y las niñas con discapacidad en igualdad de condiciones.....	215
	Bibliografía	220

Capítulo VII

El derecho penal mexicano

y los derechos de las personas con discapacidad

	<i>Carlos Ríos Espinosa</i>	225
I.	Introducción.....	227
II.	Dimensión sustantiva del derecho penal.....	229
III.	Dimensión procesal del derecho penal.....	237
1.	Derechos procesales del imputado	241
2.	Derechos procesales de las víctimas	252
IV.	Sobre los mecanismos alternativos de resolución de controversias y las formas de terminación anticipada en materia penal	255
V.	Derecho de ejecución de penas.....	258

VI. Reflexión final	262
Bibliografía	262

Capítulo VIII

El derecho a la seguridad o protección social de las personas con discapacidad

<i>Pamela Solanch Smith Castro</i>	267
I. Introducción.....	269
II. El derecho a la seguridad o protección social como derecho humano	271
III. El derecho a la seguridad o protección social de las personas con discapacidad.....	273
1. El derecho a la protección social de las personas con discapacidad: del asistencialismo hacia un paradigma de derechos.....	274
2. La seguridad social como catalizador de igualdad e inclusión social	276
IV. Barreras en el ejercicio y la provisión de prestaciones de seguridad social.....	280
1. Confusión conceptual entre las nociones de incapacidad, invalidez y discapacidad	280
2. El costo adicional de vivir con discapacidad	285
V. Hacia un sistema de protección social inclusiva.....	289
1. Pensiones no contributivas	291
2. Pensiones de orfandad.....	292
3. Aseguramiento de la salud.....	293
VI. Pisos de protección social	295
VII. Conclusiones.....	297
Bibliografía	298

Presentación

En los últimos diez años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los jueces federales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros desarrollos.

A pesar de estos cambios dramáticos en nuestro sistema, el modelo de formación y capacitación de personal jurisdiccional y los materiales de apoyo se habían mantenido estáticos y no evolucionaron a la par. Por ello, desde el inicio de mi gestión como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal sostuve la necesidad de consolidar un nuevo perfil de las personas juzgadoras, sustentado en la formación de las competencias y habilidades propias del nuevo paradigma constitucional.

En ese contexto, y teniendo en mente las necesidades formativas de nuestros operadores de justicia, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema

Corte y la Escuela Federal de Formación Judicial diseñaron el proyecto editorial *Manuales de Actuación*, dirigido especialmente al personal jurisdiccional. Los manuales buscan ser verdaderas herramientas didácticas que, por un lado, faciliten la resolución de los casos a la luz de los estándares más actualizados en derechos humanos, y por el otro, contribuyan a la formación especializada en temas esenciales para la impartición de justicia.

Así, los manuales abordan temas que han sido poco explorados en la formación de las y los impartidores de justicia, aun cuando resultan trascendentales para su labor. Algunos manuales desarrollan conocimientos transversales a la función jurisdiccional, con independencia de la materia. Otros buscan profundizar sobre temas específicos en diversas materias como penal, civil o laboral.

Cada manual es coordinado académicamente por una persona experta en el tema. Por su parte, los capítulos son escritos por personas nacionales e internacionales que fueron cuidadosamente elegidas a partir de su formación y experiencia. El eje rector, en todo momento, ha sido fortalecer la impartición de justicia con herramientas pedagógicas accesibles, y claras, en línea con nuestra visión de una nueva formación judicial.

En ese contexto, me complace presentar el *Manual sobre justicia y personas con discapacidad* que tiene en sus manos. Como lo indica su título, el *Manual* se enfoca en la protección judicial de los derechos de las personas con discapacidad, de acuerdo con estándares de derecho internacional de los derechos humanos, derecho comparado y criterios nacionales. Así, las diferentes personas autoras reflexionan sobre cómo incorporar un enfoque de discapacidad en la función judicial.

De acuerdo con la *Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica*, en nuestro país, aproximadamente ocho millones de personas viven con una discapacidad. La gran mayoría de ellas enfrentan múltiples formas de discriminación que les impiden acceder, en igualdad de circunstancias, al goce efectivo de sus derechos y participar plenamente en sociedad.

Con todo, como lo reconoce el modelo social de la discapacidad, las dificultades que enfrentan las personas con discapacidad no son el producto de sus diferencias, sino de las barreras sociales que enfrentan al interactuar con un entorno diseñado *por y para* las mayorías; un mundo que entorpece su posibilidad de acceder a las mismas oportunidades en condiciones de igualdad. Estas barreras se manifiestan en todos los ámbitos de la vida social: la falta de accesibilidad a los edificios, a los espacios públicos y al transporte, o en la ausencia de información en formatos accesibles, pero también en los prejuicios sociales que obstaculizan su participación y desarrollo en condiciones de igualdad.

Así, como sociedad debemos identificar y remover las barreras que impiden el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Escuelas, personal docente, empleadores, centros de trabajo, prestadores de servicios, entre otros, deben adoptar medidas para incluir e integrar a las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida social. En esta labor, las y los impartidores de justicia no son una excepción.

Por el contrario, las juezas y jueces de nuestro país tienen una responsabilidad fundamental a su cargo: nivelar el terreno y garantizar su plena integración mediante la defensa de sus derechos fundamentales. La interpretación del derecho en casos que involucran a personas con discapacidad debe dejar atrás un esquema discriminatorio, integrar plenamente el modelo social, y avanzar hacia procesos más inclusivos, que les permitan disfrutar de sus derechos y libertades con plenitud. Para contribuir a esta importante tarea publicamos el *Manual sobre justicia y personas con discapacidad*.

Los diversos capítulos que componen este manual buscan responder a una interrogante común: ¿cómo garantizar a las personas con discapacidad una impartición de justicia con perspectiva de derechos humanos y libre de discriminación? A lo largo de los distintos capítulos el manual responde esta interrogante desde un enfoque teórico y práctico, considerando los derechos en juego en la resolución de casos particulares.

De manera particular, en el manual se desarrolla el modelo de igualdad inclusiva, conceptualizado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapa-

cidad (Comité CDPD) y por la Suprema Corte mexicana. Asimismo, se ilustra la importancia del pleno reconocimiento de la capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

La protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad es una obligación constitucional de todas las personas juzgadoras de nuestro país. Hacer realidad la igualdad sustantiva para ellas, y para todas las personas con independencia de sus condiciones o características, es una exigencia impostergable. Este manual es una herramienta indispensable para acercarse a ese objetivo en sede judicial.

En la Suprema Corte y en el Poder Judicial de la Federación el juego se llama igualdad. Con la publicación de este manual, la Suprema Corte contribuye a la formación de juezas y jueces sensibles, y con un robusto compromiso igualitario. Llegó el momento de hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. No podemos seguirnos privando de su talento y de sus aportaciones. Pero sobre todo, no podemos seguir fallando en nuestra obligación de garantizar una vida digna para todas las personas.

Ministro Arturo Zaldívar

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de Judicatura Federal*

Preámbulo

Hace quince años, la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad representó un hito en el derecho internacional de los derechos humanos y un momento decisivo para estas personas a nivel global. Por primera vez un tratado internacional abordaba la situación de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos y las situaba en igualdad de condiciones que las demás. La implementación de este cambio de paradigma, de un modelo médico a un modelo de derechos humanos, es un reto que ha movilizado y sigue convocando a múltiples agentes internacionales y nacionales, en el desarrollo de estándares y buenas prácticas para alcanzar una igualdad verdaderamente inclusiva.

Los sistemas de justicia juegan un papel fundamental para hacer operativa la Convención y transformar sus obligaciones generales en llamados concretos a la acción. Juzgados, tribunales y cortes de todo el mundo han puesto de relieve las innovaciones del Tratado y el enfoque de la discapacidad basado en los derechos humanos contenido en ella. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, por ejemplo, ha sido clave para avanzar en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y ha marcado un derrotero a seguir en el reconocimiento de los estándares más altos de protección de derechos humanos.

Es cierto que todavía quedan muchos desafíos por delante; varios de ellos son consecuencia de los avances alcanzados con el reconocimiento pleno de derechos. Retos que nos obligan a repensar algunas instituciones jurídicas que, por acción o por omisión, han sido históricamente excluyentes de las personas con discapacidad. De ahí la importancia del mandato del artículo 13 de la Convención de promover la adecuada capacitación de quienes trabajan en la administración de justicia a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia.

En ese contexto, celebro con entusiasmo la publicación de este manual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ofrece lineamientos sobre cómo incorporar un enfoque de discapacidad, anclado en los derechos humanos, en el trabajo de quienes ejercen la carrera judicial. Los artículos aquí compilados ponen de manifiesto, cómo los sistemas de justicia necesitan repensar las respuestas tradicionales del derecho para asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a una tutela jurisdiccional efectiva en igualdad de condiciones que las demás.

Espero que la lectura y análisis del manual sirva para promover una práctica judicial más inclusiva de las personas con discapacidad, una que avance la teoría de la justicia para toda la diversidad humana. El manual es una herramienta para seguir abriendo caminos en mundo del Derecho y hacer realidad la Convención.

Catalina Devandas Aguilar

*Primera Relatora Especial de las Naciones Unidas
sobre los derechos de las personas con discapacidad*

Introducción

Las personas con discapacidad representan el 15% de la población mundial y constituyen un colectivo particularmente discriminado y excluido en todos los países, debido a las serias barreras físicas, institucionales y actitudinales que deben enfrentar diariamente para la realización de sus derechos humanos. En México, se estima que las personas con discapacidad representan al menos el 6.7% de la población, lo cual equivale a poco más de 7,7 millones de habitantes.¹ La mayoría de estas personas son mujeres (54.2%) y personas mayores (50.9%). Los datos de la Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica de 2018 también muestran menores tasas de escolaridad y mayores tasas de desempleo e inactividad económica en comparación con las personas sin discapacidad. Anteriormente, el Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social —CONEVAL— había identificado tasas de pobreza más altas que el promedio nacional, así como brechas importantes en materia de educación, vivienda, alimentación y acceso a la seguridad social.²

¹ INEGI, Comunicado de prensa Núm. 638/19, 2 de diciembre de 2019, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2019/Discapacidad2019_Nal.pdf

² Secretaría de Desarrollo Social, Diagnóstico sobre la situación de las personas con discapacidad en México, 2016, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/126572/Diagnostico_sobre_la_Situacion_de_las_Personas_Con_Discapacidad._Mayo_2016.pdf

Pese a esta situación de grave desventaja social que enfrentan las personas con discapacidad, por mucho tiempo la discapacidad fue abordada por el Derecho casi exclusivamente en el marco de legislación sobre rehabilitación y seguridad social, o como parte de determinadas instituciones del derecho civil, tales como la interdicción y la curatela.³ Ello debido a que la discapacidad fue concebida como un problema individual y médico; el objetivo era “normalizar” a la persona con deficiencias y, de ese modo, incorporarla a la sociedad. Esta aproximación jurídica, que deja de lado la multi-dimensionalidad de la experiencia de la discapacidad, ha dejado como saldo un alto nivel de invisibilización de los derechos de las personas con discapacidad en las distintas ramas del Derecho.

Es recién a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, la cual se encuentra vigente desde el 3 de mayo del 2008, que la discapacidad ha comenzado a ser abordada por el Derecho como una cuestión de derechos humanos, con un interés renovado sobre su impacto distintas disciplinas del derecho público y privado. Este instrumento internacional, ratificado por el Estado Mexicano, ha plasmado de manera efectiva el modelo de derechos humanos de la discapacidad y ha puesto de manifiesto la importancia de garantizar el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva de las personas con discapacidad desde dicho enfoque.

Bajo el modelo de derechos humanos de la discapacidad, ésta es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras actitudinales y del entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. En ese sentido, el debate actual sobre los derechos de las personas con discapacidad no está más en el disfrute de derechos específicos o especiales, sino en cómo garantizar la realización de todos los derechos humanos en el contexto de la discapacidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha puesto de manifiesto la necesidad de incorporar un enfoque de derechos humanos en el abordaje de los derechos

³ Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, 2008, p. 473.

de las personas con discapacidad. En distintas sentencias, la Suprema Corte ha reiterado la necesidad de que la legislación y los derechos se interpreten conforme al modelo social y de derechos humanos que subyace a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es más, la Suprema Corte ha señalado la Convención es “considerada como el paradigma normativo del modelo social y de derechos, así como una respuesta de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable”.⁴

En este contexto, se presenta un Manual que sirva a los juzgadores y las juzgadas como documento de consulta para juzgar con perspectiva de discapacidad, el cual servirá a su vez como material de referencia para otros operadores del sistema de justicia y del Derecho. El desarrollo de las capacidades de la administración de justicia constituye una tarea imprescindible e impostergable a fin de asegurar la plena compatibilidad de sus actuaciones con las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Lamentablemente, al igual que en otros ámbitos, las personas con discapacidad enfrentan una serie de barreras para obtener justicia, las cuales profundizan la situación de desventaja y vulnerabilidad social en que se encuentran. Así, en el ámbito de la administración de justicia, las personas con discapacidad enfrentan, por un lado, restricciones relacionadas con el acceso, como la denegación de la capacidad jurídica, dificultades en la accesibilidad física de las instalaciones de la administración de justicia, dificultades en el acceso a información en formatos accesibles, o la falta de ajustes de procedimiento. De otro lado, en muchos casos, existe un desconocimiento por parte de juzgadores, fiscales, auxiliares y demás agentes de la administración de justicia con relación a la temática de discapacidad. A veces no solo se desconoce cuáles son las dificultades que afrontan estas personas en su participación en la vida social, sino también el nuevo marco jurídico internacional y nacional que las ampara.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 1º que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ella

⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 44/2018, 13 de marzo de 2019, p. 113.

y en los tratados internacionales de los que el Estado es parte; asimismo, prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad. La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada el 2011, desarrolla este mandato constitucional y establece las bases para asegurar la plena inclusión de las personas con discapacidad en un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades. Su Capítulo IX sobre acceso a la justicia, reconoce, entre otras cosas, el derecho de las personas con discapacidad a recibir un trato digno y apropiado en los procedimientos administrativos y judiciales, así como la obligación de promover la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia.

La presente propuesta técnica, atendiendo a estas dificultades en el ejercicio y la protección de los derechos de las personas con discapacidad, busca ofrecer lineamientos sobre cómo incorporar un enfoque de discapacidad en el trabajo de los juzgadores y las juzgadas en el ejercicio de la práctica jurisdiccional. El objetivo central es contribuir a que las personas que imparten justicia cuenten con guías y ejemplos prácticos para defender y garantizar los derechos de las personas con discapacidad desde el modelo de derechos humanos de la discapacidad en distintas materias.

Los objetivos secundarios de este manual es que los juzgadores y las juzgadas puedan: (i) tomar conciencia respecto de la situación de exclusión y marginación de las personas con discapacidad; (ii) comprender el modelo de derechos humanos de la discapacidad, así como de los valores y principios que lo sustentan; (iii) conocer y aplicar los principales estándares de derechos humanos en el contexto de la discapacidad, en particular la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; (iv) analizar y revisar críticamente distintas instituciones jurídicas desde el modelo de derechos humanos de la discapacidad; (v) conocer de buenas prácticas para garantizar el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva de las personas con discapacidad; y (vi) analizar y revisar críticamente sentencias y resoluciones en el derecho internacional, nacional y comparado sobre los derechos de personas con discapacidad.

Con la elaboración de este manual se busca explorar aspectos conceptuales y prácticos para juzgar con un enfoque de discapacidad y desde una perspectiva de

derechos humanos. En ese sentido, el manual ha sido dividido en ocho capítulos que buscan desarrollar aspectos claves para abordar los derechos de las personas con discapacidad en la práctica judicial. Con este propósito, el manual reúne contribuciones de académicos y profesionales de Latinoamérica y España, con amplia experiencia en los derechos de las personas con discapacidad.

A través de sus capítulos, el manual explora en primer lugar las bases teóricas del modelo de derechos humanos de la discapacidad. Para ello, se realiza una reseña y análisis de la evolución histórica y las construcciones teóricas sobre la discapacidad. Asimismo, se analiza el impacto del enfoque de discapacidad en la teoría de los derechos humanos y las nociones de igualdad. En particular, se analiza el contenido y el impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En segundo lugar, se contribuye a asegurar una mirada interseccional de la discapacidad, a partir de la comprensión del modelo de igualdad inclusiva propuesto por la Convención y su análisis con relación a dos colectivos especialmente discriminados: la niñez con discapacidad y las mujeres con discapacidad.

En tercer lugar, el manual examina el impacto que tiene el modelo de derechos humanos de la discapacidad en derechos instrumentales como la capacidad jurídica y el acceso a la justicia. Finalmente, se explora cómo el modelo de derechos humanos de la discapacidad afecta determinadas áreas del derecho, como la seguridad social y el derecho penal, y cómo la evolución de los estándares del derecho internacional está transformando su entendimiento y práctica.

Con excepción del primer capítulo, que brinda un marco general para todos los demás capítulos, los capítulos del manual han sido diseñados para ir de lo general a lo específico, abordando distintas áreas específicas que son primordiales para cada temática. De esta manera, ahondando en las distintas áreas transversales o específicas que se relacionan con los derechos de las personas con discapacidad, se busca dar respuesta a muchas de las inquietudes que surgen al juzgar casos específicos. Además, la mayoría de los capítulos puede leerse de manera independiente, de modo que los juzgadores y las juzgadoras puedan ir directamente al capítulo que aborda la temática de su interés.

La mayoría de las casi ocho millones de personas con discapacidad que viven en México enfrentan múltiples y agravadas formas de discriminación, así como una serie de barreras estructurales, que les impiden gozar plenamente libertades fundamentales y derechos humanos tales como la igualdad ante la ley, la libertad y seguridad personal, el derecho al trabajo, la protección social, entre otros. En ese sentido, el acceso a la justicia y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva cobran una particular importancia debido a su directa vinculación con la exigibilidad de derechos.

Discapacidad y Derechos Humanos

Agustina Palacios*

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora Adjunta del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina). Directora del Área Discapacidad y Derechos Humanos, Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Relatora Argentina de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Discapacidad y Derechos Humanos. I. Introducción; II. Miradas y modelos de aproximación a la discapacidad; III. Cuando la mirada asume una perspectiva y un enfoque; IV. La discapacidad como cuestión de derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos; V. Aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; VI. La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano; VII. Principios en el Derecho mexicano; VIII. Por una mirada un mundo...

“Mi mirada a los ojos mirará,
Irá muy hondo (...),
Y alguien, en el montón, comprenderá.”

Alfonsina Storni

I. Introducción

En este capítulo se presentan diferentes modelos —miradas— de abordaje de la discapacidad; esto a través de la indagación y profundización de sus consecuencias prácticas. También se reseñan los principales postulados de los modelos de prescindencia médico, social. Se describe desde una mirada crítica la propuesta de un modelo de derechos humanos y se ahonda en el contenido y alcance de dos exigencias actuales a la hora del diseño de políticas públicas o del encuadre de un caso donde participe una persona con discapacidad; es decir políticas con perspectiva de discapacidad y enfoque de derechos humanos.

Asimismo, a lo largo de este capítulo se revisa de manera general el marco normativo internacional e interamericano, con especial énfasis en la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Adicionalmente, se delinearán algunos principios en el contexto del Derecho mexicano.

II. Miradas y modelos de aproximación a la discapacidad

Nuestra mirada puede definir, concebir y abordar la discapacidad desde múltiples dimensiones y diversos parámetros. Esta mirada que ha pretendido, ilusoriamente, ser objetiva no solo configura las etiquetas y categorías que dan acceso a los derechos, sino que también conforma las identidades. La dinámica de esta mirada permite delinear un análisis y recorrido histórico, a través de la configuración de diferentes modelos de construcción, concepción y abordaje de la discapacidad. Y nos refleja que la percepción de la discapacidad en los diversos contextos históricos y sociales no ha dependido de la naturaleza, tipo o grado de la condición de la persona, sino más bien de la concepción y de las actitudes sociales imperantes, —mismas que varían dependiendo del momento histórico y cultural—.¹ Las respuestas sociales a la discapacidad han oscilado entre dos enfoques.²

El primero se enmarca en la *tradición demonológica*, que considera la discapacidad como fruto de causas ajenas a la naturaleza humana: el pecado o el castigo divino, y por lo tanto como una situación incontrolable e inmodificable. El segundo enfoque tiene lugar en la *tradición naturalista*, que aborda la discapacidad como una enfermedad, fruto de causas naturales, biológicas, o ambientales. Por lo tanto, se piensa la discapacidad como una situación modificable, lo cual se traduce en tratamientos de prevención, cura, y estrategias de integración, etc.³

Las últimas décadas del siglo XX han marcado el paso a una perspectiva que se encuadra en la *tradición social*, desde donde se concibe a la discapacidad como una *situación*. Es decir, una condición conformada en gran medida por factores sociales; y que por tanto alienta a modificar prejuicios, prácticas y barreras que impiden la participación en igualdad de condiciones que las demás.

¹ Aguado, *Historia de las deficiencias*, pp. 24 y ss.

² Cf., Palacios, Fernández, et al., *Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos*.

³ *Idem*, p. 26.

En trabajos anteriores se ha propuesto la identificación de tres modelos de tratamiento, que a lo largo del tiempo se han dispensado a las personas con discapacidad.⁴ Resumir estas miradas y modelos probablemente requiere apelar a reduccionismos, pero a la vez puede resultar benéfico, sobre todo para el ejercicio de ser conscientes de que nuestra propia mirada está hoy también condicionada y situada. Se ha dicho que la objetividad es la ilusión de que las observaciones pueden hacerse sin un observador;⁵ sin embargo, en un libro muy interesante titulado *The eye of the beholder* Garland explica que la discapacidad está precisamente en el ojo de quién observa.⁶ En lo que sigue se pretende ir más allá de esta ilusión de objetividad, repasando las consecuencias de estas diversas, dinámicas, limitadas —y en ocasiones limitantes— miradas.

1. Cuando la mirada conlleva a la prescindencia

El modelo de *prescindencia* puede ser situado históricamente en la antigüedad clásica y el medioevo, cuando las causas que daban origen a la discapacidad eran explicadas por motivos religiosos. Las personas con discapacidad se consideraban innecesarias por diferentes razones: por no contribuir a las necesidades de la comunidad, por albergar mensajes diabólicos, por ser la consecuencia del enojo de los dioses, o porque —por lo desgracias—, sus vidas no merecían la pena ser vividas.⁷

Este modelo puede contener dos especies de submodelos o versiones. El primero es un submodelo *eugenésico*, ilustrativo de la concepción y tratamiento de la discapacidad durante la antigüedad clásica. Tanto la sociedad griega como la romana, basándose en motivos religiosos y políticos, consideraban inconveniente el desarrollo y crecimiento de niñas y niños con discapacidad. Debido a que las personas con discapacidad eran consideradas innecesarias por diversas razones

⁴ De Asis Roig, “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito”, *Papeles el tiempo de los derechos*, pp. 1 y 2. Cuenca Gómez, “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, *Papeles El Tiempo de los Derechos*, pp. 1-16.

⁵ Cf., Pajcman, *Las semillas de la cibernética*.

⁶ Garland, *The eye of the beholder: Deformity & Disability in the Graeco-Roman World*, p. 43.

⁷ Palacios, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, pp. 30 y ss.

—e incluso una carga que debía ser arrastrada por los padres o la sociedad—, la solución frente a dicho problema se buscaba principalmente a través de la aplicación de políticas que hoy podríamos denominar eugenésicas.

El segundo submodelo, de *marginación*, ilustra la concepción y el tratamiento de la discapacidad durante el medioevo, donde las personas con discapacidad se encontraban a menudo en los sectores sociales empobrecidos y marginales y signadas por un destino marcado esencialmente por la exclusión. Durante el período de la Edad Media, el primer Renacimiento y la Reforma, se acentuó la concepción demonológica, por lo que gran parte de las personas con discapacidad —sobre todo aquellas con discapacidad intelectual y mental— fueron objeto de prácticas brutales.⁸

Sin embargo, el movimiento ilustrado descartó a la *enfermedad* como un castigo divino, para presentarla como un fenómeno observable que podía ser erradicado gracias a la ciencia y que debía ser anulado pues atentaba contra la felicidad —que entre otras cosas tenía que ver con la salud corporal—. En el ámbito de la discapacidad psicosocial se desarrolló el concepto de locura y se crearon las instituciones asistenciales y los manicomios. Ello implicó el paso determinante desde la concepción demonológica —basada en la idea del pecado— a una concepción de corte naturalista —basada en la idea de enfermedad—.⁹ En palabras de Aguado Díaz, “se abandonó la demonología, pero se fabricó locura.”¹⁰

2. Cuando la mirada impone y exige la rehabilitación

Los primeros síntomas del modelo rehabilitador datan de los inicios del Mundo Moderno, pero su consolidación puede ser situada en los inicios del *siglo XX*, al finalizar la Primera Guerra Mundial.¹¹ En ese momento, la discapacidad

⁸ El modelo de sociedad que en pleno siglo XX planteó Hitler, en el que no solo las personas con discapacidad carecían de derecho a la vida, ilustra que el modelo de prescindencia ha imperado mucho más allá de dicho contexto histórico.

⁹ Aguado, *Óp. Cit.*, p. 71.

¹⁰ *Idem*, p. 74 y pp. 139 y ss.

¹¹ Stiker, *A History of Disability*, p. 124.

comenzó a ser relacionada con los heridos de guerra y empezó a ser vista como una insuficiencia, una deficiencia a ser erradicada. La Segunda Guerra Mundial trajo consigo una suerte dispar para las personas con discapacidades mentales e intelectuales. En Alemania, el nazismo tenía como doctrina y ejercicio, entre otras cosas, el asesinato de las personas con discapacidad, de la forma más brutal e indiscriminada con la pretensión de garantizar el mejoramiento *de la raza*.¹² La Alemania Nazi es un ejemplo de la aplicación de las políticas más aberrantes y representativas del modelo de prescindencia. Los campos de concentración y las cámaras de gas se convirtieron en el destino de miles de personas aquejadas por supuestos trastornos y diversidades funcionales, consideradas todas ellas *improductivas y peligrosas*.¹³ En el bando de los aliados, más concretamente en Estados Unidos, a las personas con discapacidad se les requirió para participar activamente en la contienda, con la pretensión de gozar del privilegio de defender a su país. No obstante, a pesar de que en su mayoría cumplieran perfectamente con sus obligaciones en los diferentes frentes de la guerra, se les volvió a encerrar una vez culminada la situación de emergencia.¹⁴

La mirada que inspira el modelo médico/rehabilitador considera que las causas que originan la discapacidad derivan de las limitaciones individuales —*deficiencias*— de determinadas personas, a quienes se las describe a partir de un déficit orgánico o funcional. El centro del problema se sitúa en la persona, con sus *deficiencias* y dificultades, a quien es imprescindible rehabilitar —psíquica, física, mental o sensorialmente—. En concordancia con la definición del “problema individual”, las respuestas se centran exclusivamente en las “limitaciones” que tiene la persona —a menudo caracterizada como *desviada* de una supuesta norma estándar y por dicha razón, se encuentra limitada o impedida de participar plenamente en la vida social—.

La discapacidad es considerada exclusivamente un problema de la persona, producida por una enfermedad, accidente, o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual.

¹² Cf., Platen- Hallermund, *Exterminio de enfermos mentales en la Alemania nazi*.

¹³ Scheerenberger, *Historia del retraso mental*, pp. 305-307.

¹⁴ Aguado, *Óp. Cit.*, p. 165, Barnes, Colin-Mercer, *et al.*, *Disability Studies Today*, p. 32.

El tratamiento se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. 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 de las políticas públicas, se centralizan los esfuerzos en la modificación y reforma de la política de atención a la salud, la institucionalización, la educación especial y el empleo protegido.¹⁵

El supuesto éxito de la integración que se persigue es supeditado a una variedad de estrategias de asimilación, reflejando la existencia de una ideología, a la que Sticker denomina: el *ideal social de la goma de borrar*.¹⁶ El pasaporte de la integración pasa a ser la desaparición o el ocultamiento de la condición —es decir, de la diferencia—. La persona con discapacidad se considera *desviada* de un supuesto estándar de normalidad; sin tener presente que la configuración de lo estándar no es neutral, sino que se encuentra sesgada a favor de los parámetros físicos, sensoriales, mentales o intelectuales de quienes constituyen el estereotipo culturalmente dominante.

3. Cuando la mirada se sitúa en las barreras sociales

A principios de la década de los años setenta del siglo XX, en Estados Unidos e Inglaterra, activistas con discapacidad y organizaciones de personas con discapacidad se unieron para condenar su estatus de “ciudadanía de segunda clase.”¹⁷

En materia de activismo político, Estados Unidos ve nacer al movimiento de vida independiente.¹⁸ En el ámbito académico, desde la sociología se elaborarían las bases del modelo social, desde el cual se entiende que la discapacidad es el resultado de la *interacción* entre la condición (física, mental, intelectual o sensorial) de una

¹⁵ Cf., Palacios, *Óp. Cit.*

¹⁶ Stiker, *Óp. Cit.*, p. 12.

¹⁷ Barnes, Colin-Mercer, *et al.*, *Óp. Cit.*, cap. 1.

¹⁸ Cf., García, *El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales.*

persona y las barreras sociales que le limitan o impiden vivir una vida en sociedad. Desde esta mirada se cambia el eje de caracterización de la discapacidad, que deja de explicarse de manera reduccionista a partir de la “limitación” de la persona, para pasar a hacerse dentro de un contexto social, y como resultado de la *interacción* entre la persona y “las limitaciones” del entorno.¹⁹

El modelo social aboga por la *rehabilitación o normalización* de la sociedad, que debería ser pensada y diseñada para hacer frente al reconocimiento de la diversidad y a las necesidades de todas las personas. En términos generales, el tratamiento social del que son objeto las personas con discapacidad aspira a la inclusión y requiere de una serie de medidas, entre las que se destacan la igualdad y no discriminación, la accesibilidad y el diseño universal, los ajustes razonables, los sistemas de apoyos y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores que sustentan a los derechos humanos; esto es: la dignidad; la libertad entendida como autonomía —en el sentido de desarrollo del sujeto moral— que exige 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 solidaridad. Ello ha generado una mirada diferente hacia la persona con discapacidad, centrada en primer término en su condición de ser humano en igualdad de derechos y dignidad que las demás, y en segundo lugar en una condición que le acompaña y que requiere en determinadas circunstancias de medidas específicas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos, en igualdad de condiciones que el resto de las personas.²⁰

4. ¿Es posible concebir una mirada integral de la discapacidad?

El modelo social visibilizó las causas sociales, culturales, y contextuales de la discapacidad.²¹ Exige su deconstrucción como un “problema socio-político, cuya

¹⁹ Cf., Brogna, *Visiones y revisiones de la discapacidad*.

²⁰ Palacios, *El modelo social de discapacidad*, Óp. Cit., pp. 27 y ss.

²¹ *Ibidem*.

causalidad estructural se sitúa en el régimen de organización social, económica, política y cultural vigente en una sociedad y en un momento histórico determinado.²² Ello requiere de mirada holística de la discapacidad, que —al menos— tenga presentes tres facetas o dimensiones que interactúan y deben estar presentes en cualquier análisis sobre la materia.

La primera es la *condición de discapacidad*, que es la dimensión personal. El modo en que se defina y conciba esta condición sin duda va a tener incidencia en la identidad de la persona. Si la mirada surge exclusivamente desde “la deficiencia” o desde un diagnóstico médico, entonces se convierte en una identidad de la insuficiencia, la carencia y la falta de autonomía.²³ Y sin duda desde dicha concepción aislada se hace muy difícil construir una identidad.²⁴ Si esta dimensión, en cambio, surge desde la observación y el reconocimiento de la diversidad humana, la identidad será configurada en términos descriptivos y no negativos. Es por ello que —como se verá en el próximo apartado se propone el término *diversidad funcional* en remplazo del término “deficiencia” o “padecimiento”, porque de este modo se trasciende hacia una mirada médico-rehabilitadora y se elimina la connotación negativa sobre las palabras que aluden a las características de un ser humano.²⁵ En ese sentido, un recorrido histórico por la terminología que ha sido utilizada en el contexto de la discapacidad —subnormales, anormales, minusválidos, idiotas, dementes, mongólicos, entre otras— ilustra que el lenguaje no es neutro, que es constructor de la realidad, dado que como ha enseñado Bordieu, *quien nomina, domina*.

La segunda dimensión a tener en cuenta es la *situación de discapacidad*. La dimensión interrelacional, situacional y dinámica que surge cuando entran en juego las barreras sociales.²⁶ Esta dimensión es en verdad la que coloca a la persona en

²² Mareño, *La discapacidad en la dimensión académica de la Universidad Nacional de Córdoba. Una aproximación diagnóstica*, p. 1.

²³ Ferreira, “La construcción social de la discapacidad: habitus, estereotipos y exclusión social”, *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, p. 6.

²⁴ Distinto es el caso de aquellas personas sordas que se consideran pertenecen a una minoría cultural y lingüística.

²⁵ Cf. Palacios, Romañach, *El modelo de la Diversidad*, pp. 34-37.

²⁶ Brogna, *Op. Cit.*, p. 23.

situación de discapacidad, la que le “discapacita”, restringe o impide el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. Como se ha mencionado, ha sido puesta de manifiesto desde el activismo político y el modelo social de discapacidad desde la década de los años setenta del siglo pasado.

La tercera dimensión es la *posición de discapacidad*, que es estructural. Se sitúa en las representaciones, en las valoraciones, en la cultura, es el resultado de nuestros prejuicios y estereotipos. Es necesario, por ende, tomar conciencia respecto a la relación de la discapacidad con respecto al valor que les asignamos tanto a la condición como a la situación de discapacidad. También es importante señalar que la representación social de la discapacidad no suele ser la de la diversidad, sino la de la deficiencia, —leída como déficit, “anormal”, o incapacidad—. Ello nos conduce a la propuesta de otra mirada que, si bien puede ser situada dentro del modelo social, parece ser más abarcante, e incluso podría concebirse como una nueva ola en este contexto.

5. Cuando la mirada integra la condición individual, pero dando voz a sus protagonistas

Las tres dimensiones descritas —condición, situación y posición de discapacidad— han sido abordadas desde la que podría denominarse como una nueva ola del modelo social: el modelo de la diversidad.²⁷ La propuesta del modelo de la diversidad nace desde el activismo y pensamiento del *Foro de Vida Independiente en España*.²⁸ En este se propone una manera diferente de concebir la condición individual de la discapacidad, incluyéndola en el debate, la teoría y las repuestas sociales y jurídicas.²⁹

²⁷ Un desarrollo de esta idea puede encontrarse en: *Cf.*, Palacios, “¿Un nuevo modelo de Derechos Humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones —ligeras brisas— frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*.

²⁸ Mensaje Núm. 13.457 emitido por Manuel Lobato y Javier Romañach, *Foro de Vida Independiente*, 12 de mayo de 2005.

²⁹ *Cf.*, Palacios, Romañach, *Óp. Cit.*

El modelo de la diversidad rechaza una perspectiva y enfoque netamente médico como la forma única de describir y proporcionar soluciones a un problema mucho más complejo: una realidad humana persistente de un grupo de personas cuyas vidas han sido minusvaloradas a lo largo de la historia. En sus inicios, se propuso el término diversidad funcional en sustitución al de discapacidad, pero posteriormente se le ha utilizado para sustituir al término deficiencia. Es decir, para referirse a la condición individual, que al interactuar con barreras sociales produce discapacidad.

La mirada del modelo de la diversidad integra y destaca el valor de la diversidad como un factor enriquecedor de la sociedad y de la misma condición de humanidad.³⁰ Entre otras premisas se propugna un cambio terminológico que supere cualquier connotación negativa respecto de la condición de discapacidad. Así, se propone el uso de la expresión diversidad funcional, en reemplazo al de “deficiencia”, que el modelo social mantuvo —y mantiene—. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también hace esta propuesta.³¹

Esta pretende deconstruir —desde ámbitos diferentes a los que originan los diagnósticos médicos—, aquellas condiciones que son inherentes a la vida humana y que se refieren a las personas que realizan alguna o varias de sus funciones de manera diferente a la media estándar; o que aportan otra manera de ser o estar en el mundo. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, se propone la concepción de la diversidad funcional como una más de las diversidades que conforman la condición de humanidad —géneros, etnia, orientación sexual, etc.— Para esto se desarrollan argumentos para el reconocimiento de la plena dignidad en la diversidad funcional, desde dos dimensiones fundamentales: la exigencia de otorgar igual valor a las vidas de todos los seres humanos sea cual sea su diversidad funcional, y la urgencia de garantizar los mismos derechos y oportunidades. Asimismo, se pone énfasis en la idea de igual dignidad en la diversidad, exigiendo la consideración de que la vida de todas las personas, con o sin diversidad funcional,

³⁰ Romañach, *Bioética al otro lado del espejo*, pp. 28 y ss.

³¹ CDPD, Artículo 1, párr. 2.

tiene el mismo valor, reclamando el respeto y la promoción de su autonomía y potenciando su aplicación coherente en todos los ámbitos.³²

El desarrollo del modelo de la diversidad requiere volver a traer al debate la condición personal —diversidad funcional—, deconstruyendo la perspectiva médica, desde el relato vivencial de sus protagonistas. Esta es sin duda uno de los mayores desafíos en esta instancia: la construcción de una identidad de las personas con discapacidad desde el propio movimiento, que *trascienda* la condición como biológica, natural y deficitaria.

Cabe aclarar que el modelo de la diversidad es solo una de las propuestas que pretende trascender el concepto de deficiencia, que el modelo social no ha podido superar, pero no la única. Por cuestiones de espacio no es posible el desarrollo de otros planteos que sin duda merecen un mayor desarrollo y notoriedad. Entre éstos, se destacan: los estudios críticos desde el Sur y desde una mirada decolonial,³³ el derecho a la locura,³⁴ y la teoría *crip* (o teoría tullida).³⁵ Visibilizar estos debates resulta de vital importancia, dado que tienen una influencia directa en la condición y posición —criterio identitario— que sin duda repercutirá en la situación de discapacidad. Para este proceso de deconstrucción, probablemente la cuestión más importante —y a la vez la mayor de las asignaturas pendientes— es habilitar la participación de sus protagonistas.³⁶

III. Cuando la mirada asume una perspectiva y un enfoque

Las miradas y modelos descritos están siendo debatidos, revisados y por ende enriquecidos. Mientras tanto, hay dos conceptos que hoy en día requieren de una

³² Cf., Palacios, Romañach, *Óp. Cit.*

³³ Yarza de los Ríos, Mercedes Sosa, *et al.*, *Estudios críticos en Discapacidad. Una polifonía desde América Latina*, Cap. 1.

³⁴ Cf., Cea Madrid, *Por el derecho a la locura. La reinención de la salud mental en América Latina*.

³⁵ Arnau Ripoles, "Teoría crip: de la segregación a la inclusión. Transitando por la re-apropiación y la re-significación." *Revista Pasajes*, pp. 47-64.

³⁶ CDPD, Artículo 4.

retroalimentación y de medidas para potenciar su efectividad. Estos son: perspectiva de discapacidad y enfoque de derechos humanos.

1. Sobre la perspectiva de discapacidad

La perspectiva de discapacidad puede concebirse como una herramienta conceptual y procedimental que entiende y pretende visibilizar que la situación de desigualdad estructural en la que se encuentran inmersas las personas con discapacidad son la consecuencia de barreras físicas, comunicacionales, actitudinales y hasta legales, que impiden el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad. Sin duda es un instrumento necesario y obligado a la hora del diseño e implementación de la política pública, que incorpora las transformaciones que se han dado durante las últimas décadas en materia de discapacidad, y que asimismo promueve una igualdad inclusiva —y transformativa—.³⁷

Contar con perspectiva de discapacidad implica mirar y poder ver a la persona con discapacidad integrando las tres dimensiones descritas (condición, situación y posición). Es decir, visibilizando que esta persona viene enfrentando barreras sociales, que en ciertos casos se traduce en cadenas que arrastra a lo largo de su vida en todos los ámbitos que pretende habitar. Hay una situación de desigualdad y discriminación estructural que no es posible seguir ignorando, y a la que no le caben respuestas neutras, dado que esa falaz neutralidad es justamente la que reproduce esta desigualdad. Querer y poder ver esto nos obliga a deconstruirnos, a modificar mecanismos, normas, prácticas y valores que reproducen la desigualdad estructural, porque de lo contrario somos parte de su origen. La necesidad de incorporar perspectiva de discapacidad en todos los ámbitos de la vida en sociedad abarca tanto cuestiones materiales o de contenido, como aspectos formales y procedimentales.

En relación a los contenidos —aspectos materiales—, la perspectiva de discapacidad requiere la mirada que impulsa el modelo social, el abordaje de la discapacidad

³⁷ De conformidad al nuevo modelo de igualdad que presenta la *Observación General Núm. 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CRPD/C/G/C/6.

como cuestión de derechos humanos, la perspectiva de interseccionalidad, y el diseño universal. Esto implica pensar en la sociedad teniendo en cuenta el universo real de personas y situaciones, para ser capaces de garantizar condiciones de accesibilidad que aseguren el ejercicio de los derechos sin discriminación por motivo de discapacidad. En relación a los procedimientos —aspectos formales— es necesario garantizar condiciones de accesibilidad, adopción de ajustes, sistemas de apoyo; y además promover y habilitar la participación de las personas con discapacidad, afianzar una transversalidad que pueda incorporar la perspectiva de discapacidad de manera intersectorial en todos los ámbitos de la vida que se encuentran abarcados por la política pública.³⁸

En materia de acceso a la justicia, contar con perspectiva de discapacidad conlleva la obligación de asegurar la participación de las personas con discapacidad en todas las instancias y procedimientos. Para ello resulta imperativo garantizar la accesibilidad de dichas instancias y procedimientos mediante condiciones de accesibilidad, ajustes de procedimiento y sistemas de apoyo. La ausencia de perspectiva de discapacidad puede derivar en que el proceso reproduzca una aplicación estereotipada no solo del Derecho, sino también a la hora de evaluar pruebas, comportamientos, necesidades, potencialidades de las personas involucradas, así como por la consideración que se haga del contexto. Es por ello por lo que resulta necesaria la mirada de dicho contexto, desde la oportuna visibilización de la existencia de situaciones de vulnerabilidad, de las relaciones asimétricas de poder, de la presencia de interseccionalidades, etc. Estas cuestiones influyen también al momento de participar, de solicitar y de valorar las pruebas, lo que puede requerir incluso de la suma e incorporación de elementos adicionales a las fuentes tradicionales del Derecho.³⁹

2. Sobre el enfoque de derechos humanos

El enfoque basado en los derechos humanos es un marco conceptual que desde el punto de vista normativo se basa en las normas internacionales de derechos

³⁸ Un mayor desarrollo de estos conceptos en el contexto del acceso a la justicia puede encontrarse en: Palacios, *Una senda de tierra fértil en el largo y arduo camino hacia una igualdad inclusiva. Una sentencia con perspectiva de discapacidad y enfoque de derechos humanos*.

³⁹ SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, p. 90.

humanos y desde el punto de vista operacional se encuentra orientado a su promoción y protección. Uno de sus principales propósitos es analizar las desigualdades y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo.⁴⁰ Un enfoque basado en los derechos humanos identifica a las y “los titulares de derechos y aquello a lo que tienen derecho, y a los correspondientes titulares de deberes y las obligaciones que les incumben, y procura fortalecer la capacidad de los titulares de derechos para reivindicar éstos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones.”⁴¹

El diseño de políticas públicas con un enfoque en derechos humanos implica abandonar la simple concepción de que al Estado solo se le imponen obligaciones y limitaciones, ya que el Estado también debe desarrollar políticas que coadyuven a la plena realización de los derechos. De esta forma, “toda aquella estrategia que contemple la igualdad social, la discriminación positiva, la participación y el empoderamiento, como orientación de las políticas públicas”⁴² estará en concordancia con el enfoque de los derechos humanos. Por otro lado, este tipo de políticas solo pueden ser concretadas si se tiene en cuenta no solo los resultados si no también el proceso que ellas implican. Es decir, es central la participación de las instituciones del Estado a nivel central, organizaciones e instituciones de la sociedad civil y ciudadanía en general.

Asumir la discapacidad desde el enfoque de los derechos humanos exige concebir a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, no como objeto de políticas asistenciales. Esto requiere asimismo incorporar unas características —igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad— y principios específicos —pro-persona, progresividad, efectividad—, como también ciertos valores que sustentan a los derechos humanos —dignidad, igualdad y solidaridad—. También es necesario para este fin demandar la aplicación de estándares del derecho internacional de los derechos humanos, que deben servir de guía a la hora de construir políticas y estrategias de desarrollo, a tal punto que cabe afirmar que en

⁴⁰ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual*, pp. 15 y ss.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Giménez y Valente, “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes”, *Cuadernos del CENDES*, p. 57.

el estadio actual de los derechos humanos existen obligaciones jurídicas vinculantes para diseñar políticas sociales con enfoque de derechos humanos.

Todo ello requiere implementar un marco conceptual y procedimental que impone mecanismos de seguimiento y responsabilidad. A partir de allí se estructura un andamiaje conceptual, pero a la vez teórico-operativo, que identifica diversos mecanismos de seguimiento y responsabilidad que involucran a los actores políticos, sociales y económicos en el proceso de definición de políticas, incorporando el principio de igualdad y no discriminación, como también de responsabilidad.”⁴³

3. Sobre el modelo de derechos humanos

En los últimos años se viene defendiendo el surgimiento de un “modelo de derechos humanos” de la discapacidad. Ello surge en el ámbito doctrinario a partir de la propuesta de Theresia Degener, quien lo ha presentado como una superación del modelo social que consagra la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁴⁴ Y se ha manifestado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en el contexto de la labor del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CDPD), en varias de sus Observaciones Finales.⁴⁵ También este modelo se ha formulado en la mayoría de sus Observaciones Generales hasta la fecha —con la excepción de algunas que utilizan el término “enfoque de derechos humanos.”⁴⁶ A esta perspectiva se han sumado otros organismos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.⁴⁷

⁴³ Pautassi, *El aporte del enfoque de Derechos a las políticas sociales. Una breve revisión*, p. 4.

⁴⁴ Degener, “A New Human Rights Model of Disability”, *The United Nation Convention on the Rights of Person with Disabilities, A Commentary*, pp. 42 a 59. En el ámbito hispano, Ignacio Campoy también parece sostener esta postura. Campoy Cervera, “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños —con y sin discapacidad—”, *Revista Derechos y Libertades*, pp. 131-165.

⁴⁵ Cf., *Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Argentina*, CRPD/C/ARG/CO/1, párrs. 7-8; *Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de China*, CRPD/C/CHN/CO/1, párrs. 9-10, 16, 54.

⁴⁶ Cf., *Observación General Núm. 3 sobre Mujeres y Niñas con Discapacidad*, o la misma *Observación General Núm 7 sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención*, menciona por un lado el “modelo”, pero por otro el “enfoque” de derechos humanos: [...]”. La participación activa e informada de todas las personas en las decisiones que afectan a sus vidas y derechos está en consonancia con el enfoque de derechos humanos en los procesos de adopción de decisiones en el ámbito público y garantiza una buena gobernanza y la responsabilidad social.”

⁴⁷ Como la Relatoría de Discapacidad de Naciones Unidas y el Alto Comisionado para las Naciones Unidas.

En la Observación General núm. 3 el Comité ha expresado “ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”.⁴⁸ En la Observación General núm. 4 ha explicado que

el hecho de no entender o aplicar el modelo de derechos humanos de la discapacidad, según el cual las barreras en la comunidad y la sociedad, en lugar de deberse a deficiencias personales, excluyen a las personas con discapacidad.⁴⁹ [...] La falta de comprensión y de capacidad siguen representando barreras importantes para la inclusión. Los Estados partes deben velar por que todo el personal docente reciba formación en educación inclusiva y que dicha formación se base en el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos.⁵⁰ [...] Esto requerirá la aprobación del modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos, que reconoce la obligación de eliminar las barreras sociales, que conllevan la exclusión y marginación de las personas con discapacidad, y la necesidad de adoptar medidas para garantizar la aplicación de los derechos que figuran a continuación. Los Estados partes deben aplicar o aprobar legislación en todos los niveles con arreglo al modelo de discapacidad basado en los derechos humanos que se ajuste plenamente al artículo 24.⁵¹

También a través de la Observación General núm. 5, el Comité ha acudido a esta expresión, afirmando que “el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos no permite la exclusión de personas con discapacidad por ningún motivo, incluidos el tipo y la cantidad de los servicios de apoyo necesarios [...]”.⁵² En la misma línea la Observación General núm. 6 ha manifestado que “no obstante, las leyes y los marcos regulatorios siguen siendo a menudo imperfectos e incompletos o ineficaces, o bien reflejan un conocimiento insuficiente del modelo de

⁴⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General Núm. 1 sobre la Capacidad Jurídica*, párr. 3.

⁴⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general Núm. 4 sobre el derecho a la educación inclusiva*, párr. 4, p. 36.

⁵⁰ *Idem*, p. 44.

⁵¹ *Idem*, párr. 62.

⁵² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Núm. 5 Las Personas con Discapacidad*, párr. 60.

discapacidad basado en los derechos humanos.” [...] ⁵³ El modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad. Ese modelo también reconoce que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí.

Y en la Observación General núm. 7 se ha aludido al “establecimiento del modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos.

[...] ⁵⁴ Los Estados partes deberían fortalecer la capacidad de las organizaciones de personas con discapacidad para participar en todas las etapas de la elaboración de políticas, ofreciéndoles actividades de fomento de la capacidad y de formación acerca del modelo de derechos humanos de la discapacidad, entre otras cosas a través de financiación independiente. [...] y basarse en el modelo de derechos humanos de la discapacidad a fin de erradicar los estereotipos de género y discapacidad arraigados en la sociedad. ⁵⁵

En lo personal no se comparte la idea de hablar de un “modelo” de derechos humanos —en el sentido de paradigma—. ⁵⁶ Sumado a ello, que dicho “modelo” se presente como superador del modelo social puede acarrear el riesgo de invisibilizar la lucha del movimiento de personas con discapacidad. Si se permite el paralelismo, el modelo social significa para el movimiento de discapacidad algo similar a lo que implica el feminismo para el movimiento de mujeres. Las diferentes olas del feminismo han permitido su propia revisión y deconstrucción. Al igual que el feminismo, el modelo social está siendo revisado por sus voces

⁵³ Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, *Observación General Núm. 6 Igualdad de oportunidades y no discriminación*, párr. 9.

⁵⁴ *Idem*, párr. 1.

⁵⁵ *Idem*, párr. 76.

⁵⁶ Por razones de espacio no es posible desarrollar aquí en profundidad las razones, que pueden encontrarse en: Palacios, *¿Un nuevo modelo de derechos humanos de la discapacidad?*

protagonistas —modelo de la diversidad, estudios críticos, teoría *crip*, derecho a la locura, etc.— El modelo social nace de la sociología, es un paradigma social. El movimiento de vida independiente es un movimiento social. Ambos se han nutrido recíprocamente y deberían continuar haciéndolo.

Si bien como estrategia el término derechos humanos conlleva uno de los lenguajes más universales y menos controversiales, cabe preguntarse si realmente podemos concebirlos como un “modelo”. O si estamos aludiendo más bien a un enfoque, un abordaje, unos valores. Cuando se afirma la existencia de un “nuevo modelo de derechos humanos” que consagra la CDPD, nos encontramos ante un plano de análisis diferente. La CDPD que consagra derechos tiene como antecedente una demanda social (movimiento de vida independiente), que a su vez ha sido acompañada y nutrida por un modelo de abordaje y tratamiento de la discapacidad —el modelo social—. Comparar el modelo social con un supuesto modelo de derechos humanos basado en la CDPD implica comparar un modelo de las ciencias sociales con un instrumento jurídico.

Por ello, se propone la adopción de un “enfoque” de derechos humanos, que tiene presente los profundos puentes existentes entre el modelo social y los valores que sustentan a los derechos humanos, pero que a la vez los distingue y los identifica, manteniendo así su respectiva identidad. En este sentido, tanto el enfoque de derechos humanos, como la perspectiva de discapacidad en los derechos humanos resultan indispensables. Pero también sigue siendo indispensable visibilizar, potenciar y desarrollar el modelo social y el movimiento de la discapacidad. Porque lo contrario podría implicar el riesgo de despersonalizar la lucha y el movimiento de personas con discapacidad.

IV. La discapacidad como cuestión de derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos

Tanto el activismo político de las personas con discapacidad como el propio modelo social de discapacidad han tenido profundas repercusiones en el ámbito

del derecho internacional de los derechos humanos. La concepción de la persona con discapacidad como sujeto de derechos —el derecho a tener derechos— puede considerarse un triunfo, si se tienen presente las vulneraciones que han sufrido y sufren en el ejercicio de sus derechos las personas con discapacidad “en razón de dicha discapacidad”. Un triunfo si tenemos en cuenta que han sido concebidas durante mucho tiempo, y en el mejor de los casos, como “objeto” de políticas sanitarias y asistenciales, pero no como sujetos de derecho. En ciertas ocasiones incluso, la concepción como “sujetos de derecho” se ha venido supeditando a ciertos grados o tipos de discapacidad, o diferenciando según qué tipos de derechos. Es por ello por lo que merecen repasarse algunos de los hitos más importantes sucedidos en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, tanto a nivel universal como también de nuestro sistema regional.

1. La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Universal

Los estándares en materia de discapacidad y derechos humanos fueron transitiendo una evolución hasta llegar al hito que representa la aprobación y puesta en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁵⁷

El Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad pudo culminar con la elaboración de un instrumento, que si bien no sería vinculante, representaría el documento paradigmático en lo que concierne al tratamiento y la protección de las personas con discapacidad en el marco de Naciones Unidas hasta la aprobación de la Convención vinculante: esto es las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad” de 1993.⁵⁸ Las normas uniformes marcan una clara perspectiva de derechos humanos incluso

⁵⁷ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York y quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007.

⁵⁸ Asamblea General, *Resolución 48/96*, 20 de diciembre de 1993.

hasta en lo relativo a su denominación —normas sobre “igualdad de oportunidades”—. Han sido consideradas desde su normativización como el estándar básico legal internacional a los efectos de la adopción de programas, leyes y políticas con relación a la discapacidad.⁵⁹

La Carta de la ONU no recoge menciones específicas hacia los derechos de las personas con discapacidad, aunque asienta 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*—.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁰ tampoco incorpora la especificidad de la discapacidad, pero 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.

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶¹ tampoco presenta ninguna referencia específica a la discapacidad. Sin embargo, el Comité del Pacto ha prestado una atención fundamental a la interpretación de su texto desde la especificidad que la materia requiere, formulando una Observación General Núm. 5 denominada “Las personas con discapacidad”, donde se analiza de forma pormenorizada la perspectiva de la discapacidad en relación con cada uno de los derechos recogidos en el Pacto.⁶²

⁵⁹ *Observación General Núm. 5, Óp. Cit.*, párr. 7.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.

⁶² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 5 Las Personas con Discapacidad*, 9 de diciembre de 1994.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁶³ no contiene una referencia específica en materia de discapacidad, pero tiene una íntima relación con los derechos de las personas con discapacidad psicosocial, y así lo ha puesto de manifiesto el Relator Especial Contra la Tortura, al analizar el artículo 15 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, CDPD— en el marco general de protección contra la tortura.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer tampoco 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 protegidas.⁶⁴

Finalmente, la Convención sobre Derechos del Niño —en adelante, CDN— sí contiene una disposición que se ocupa específicamente de los derechos de niños y niñas con discapacidad: su artículo 23.⁶⁵ A dicha norma hay que sumarle otra fundamental como es la protección que brinda el artículo 2º, al establecer una obligación general de los Estados Partes de respetar los derechos enunciados en el tratado sin discriminación, donde especifica el motivo de “discapacidad.”

V. Aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Hasta fines del año 2006, y a pesar de que los tratados existentes abarcaban, por su propia definición a todos los seres humanos, solo uno de ellos contenía una mención expresa a las personas con discapacidad —art. 23 de la CDN—. A ello

⁶³ 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, del 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

⁶⁴ Pelaez, “La no discriminación de mujeres y niñas con discapacidad en la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad”, *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, pp. 244-271.

⁶⁵ CDN, Artículo 23.

se le sumaba que la aplicación por los órganos pertinentes no tenía en cuenta el contexto específico requerido en materia de discapacidad. Estas, entre otras razones, hicieron necesaria la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, que como primer Tratado de derechos humanos del siglo XXI se convierte en el mayor estándar de protección, por su nivel de protección y su especificidad.⁶⁶

La CDPD procura “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.”⁶⁷ Desde dos principios fundamentales —dignidad inherente y no discriminación— uno de sus objetivos fundamentales ha sido *adaptar* las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes, al contexto específico de la discapacidad.⁶⁸ Contiene 50 artículos en los que abordan los derechos sustantivos desde una cláusula antidiscriminatoria.⁶⁹

El Tratado refleja el modelo social de discapacidad desde su Preámbulo, al reconocer 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.”⁷⁰ La conceptualización del modelo social asimismo aparece en el artículo 1º, al establecer que “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.”⁷¹

⁶⁶ Aprobada por la Asamblea General, el 13/12/2006 y que entró en vigor en mayo del 2008.

⁶⁷ CDPD, Artículo 1.

⁶⁸ Quinn, *The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty. A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform*.

⁶⁹ Cuenca Gómez, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Cf., De Asís Roig, *Sobre discapacidad y derechos*.

⁷⁰ Preámbulo, *inc. e*.

⁷¹ CDPD, Artículo 1, párr. 2.

Se enfatizan dos cuestiones esenciales. La primera, que la discapacidad es un concepto en evolución. Y la segunda, que la discapacidad es el resultado entre diversidades funcionales individuales de las personas —el Tratado las denomina deficiencias— y barreras *actitudinales* y del entorno. Asimismo, se resalta que estas barreras limitan y hasta impiden la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto. Por otro lado, es importante destacar que la definición que la Convención asume no es cerrada, sino que *incluye* a las personas mencionadas, por lo que se entiende que este artículo debe interpretarse como un piso, a partir del cual cualquier otra interpretación que beneficie o amplíe su marco protector debe ser aplicada.⁷²

Por otro lado, la definición de “discriminación por motivos de discapacidad”, expresa que será

cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.⁷³

Los ajustes razonables son, según la Convención, “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.”⁷⁴

1. Sobre los principios generales

El modelo social y el enfoque de derechos humanos se encuentran reflejados en los principios recogidos por la Convención. Resultan de suma importancia a la

⁷² Palacios, *El modelo social*, p. 325.

⁷³ CDPD, Artículo 2.

⁷⁴ *Ibidem*.

hora de elaborar políticas, interpretar o aplicar sus cláusulas, como asimismo indagar en los derechos que el instrumento protege, y en las obligaciones que establece. Según el artículo 3º, éstos son:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Los principios citados son un faro y un parámetro a tener en cuenta al momento de interpretar y aplicar la CDPD, como asimismo a la hora de interpretar las normas estatales. El inciso a) se refiere a tres principios o valores que se encuentran íntimamente relacionados —*dignidad, autonomía e independencia*—. La noción de *dignidad humana* es la piedra fundamental sobre la que se asientan los derechos humanos. Piedra y columna vertebral dentro del subsistema de derechos humanos, refuerza y potencia 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 económica o social.⁷⁵

Este principio se plasma en cada uno de los derechos que la Convención recoge, pero puede verse especialmente reflejado en los arts. 12 y 19; este último regula el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad.

Los incisos b), c), d) y e) engloban cuatro principios; estos son: *la no discriminación* (inc. b); *la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad* (inc. c); *el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas* (inc. d); y *la igualdad de oportunidades* (inc. e).

⁷⁵ Cf., Quinn, *Óp. Cit.*

Estos cuatro principios pueden entenderse como diferentes facetas de la idea de igualdad. El principio/derecho/valor de la igualdad implica asumir que todas las personas poseen no solo un valor intrínseco inestimable, sino también que son intrínsecamente iguales en lo que se refiere a su esencia, más allá de cualquier condición o diversidad física, mental, intelectual o sensorial. Sin embargo, las personas con discapacidad se encuentran 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. 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 la de las personas *sin* discapacidad—. Y 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.⁷⁶

La Convención asume, a través de sus principios, y en la regulación de los derechos que ampara, una concepción amplia de la igualdad, que no se queda en un simple trato no discriminatorio —igualdad formal—, sino que asume la igualdad de oportunidades, que requiere en ciertos casos de medidas activas —igualdad material—, que debe pasar necesariamente por el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; ello implica necesariamente la adopción de políticas de reconocimiento, que tiendan a alcanzar una participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

Recientemente, la Observación del Comité CDPD en materia de Igualdad y No Discriminación de las personas con discapacidad avanza incluso hacia la idea de una igualdad inclusiva,⁷⁷ que se desarrolla a lo largo de toda la Convención, ampliando y detallando el contenido de la igualdad en las siguientes dimensiones:

⁷⁶ Degener y Quinn “A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform”, *From Principles to Practice, an International Disability law and Policy Symposium*, pp. 5 y ss.

⁷⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General Núm. 6 Igualdad de Oportunidades y No Discriminación*, párr. 11.

a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana.⁷⁸

Finalmente, debe tenerse presente que los principios aludidos se plasman en el artículo 5º, sobre igualdad y no discriminación, y de manera transversal a lo largo de la Convención, al momento de garantizar cada derecho sustantivo que la misma protege.

Otro principio derivado del modelo social y que se encuentra íntimamente relacionado con el de igualdad, es el principio de *accesibilidad universal*. Las barreras que enfrentan las personas con discapacidad a la hora del ejercicio de sus derechos son la consecuencia del diseño de una sociedad pensada solo para una persona estándar, cuyo modelo, entre otras condiciones, suele ser caracterizado a partir de un hombre, sin discapacidad. Para eliminar estas barreras, la CDPD brinda algunas estrategias, que requieren de una mirada amplia e inclusiva de la diversidad humana. La principal estrategia es la accesibilidad universal, que es la condición que garantiza que todas las personas puedan, accedan, participen. Es una condición que se encuentra implícita para el ejercicio de los derechos, que forma parte del *contenido esencial* de cada uno de los derechos. A fin de alcanzar esta condición de accesibilidad se cuenta con dos estrategias complementarias. El diseño universal y los ajustes razonables.⁷⁹

Otro principio que prevé el artículo 3º es el de la *igualdad entre el hombre y la mujer*. En el caso de mujeres con discapacidad, los derechos corren el riesgo de ser objeto de restricciones, limitaciones o vulneraciones, que son la consecuencia

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ CDPD, Artículo 2.

de una discriminación múltiple, estructural e interseccional que suele sufrir este colectivo, la cual no se conforma por la simple suma de condiciones (el género y la discapacidad) en situaciones concretas de discriminación simultánea, sino que de esa combinación de factores, se genera una nueva condición, distinta de los anteriores y más compleja que su simple sumatoria.

La CDPD aborda el tratamiento desde la doble vía, enfoque que implica por un lado un artículo específico —para dar visibilidad—, y por otro la transversalidad de las cuestiones de género a lo largo de la Convención. En el art. 6 se reconoce, entre otras cuestiones, la discriminación múltiple 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. Sumado a ello, se adopta una perspectiva de transversalidad a la hora de garantizar ciertos derechos, que se encuentra plasmada en los artículos que regulan la toma de conciencia —art. 8—, el derecho a la protección contra la explotación, la violencia y los abusos —art. 16—, el derecho a la salud —art. 25—, el derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social —art. 28— y la regulación de la conformación del Comité CDPD —art. 34—. No obstante, dada la existencia de algunas omisiones, se considera que el gran mérito de la Convención en la materia es precisamente ese doble enfoque, —por lo cual, los artículos que requerían un enfoque de género y no lo tuvieron quedarían salvados a partir de una interpretación sistemática del artículo 6º—, el Preámbulo, y el resto de instrumentos de protección de los derechos humanos en general, los que son enteramente aplicables a las mujeres con discapacidad.⁸⁰

Debe decirse, sin denostar lo positivo, que la Convención en su texto parece asumir un enfoque de género bastante limitado, que incluye claramente los derechos de la mujer con discapacidad, pero no ha sido abarcante en materia de perspectiva de géneros inclusiva de otras condiciones o situaciones que requieren una protección más allá del sexo/género mujer.

⁸⁰ Cf., Serra, *Mujeres con discapacidad. Sobre la discriminación y opresión interseccional*.

El último principio que el artículo 3° prevé es el relativo al *respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*. Al igual que sucede con el género, le dedica un artículo específico —el 7, para dar visibilidad a su situación—, y por otro, adopta una perspectiva de transversalidad a lo largo del Tratado.

Es sabido que los niños, niñas y adolescentes, de manera gradual, cuando van adquiriendo edad y madurez, van adquiriendo la capacidad jurídica para ejercitar sus propios derechos —art. 5°, CDN—. Pero en el caso de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, suele existir una mayor limitación en el ejercicio autónomo de sus derechos. La CDPD consideró necesaria una mención explícita sobre la infancia con discapacidad en relación con sus capacidades evolutivas, frente al riesgo de que, en caso de no realizarse, se les excluyera de facto. Una conclusión que, en realidad, se deriva directamente de los principios de dignidad, autonomía e independencia, que se plasman, asimismo, en el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, aunque adaptado a las circunstancias de la niñez y adolescencia.⁸¹

Por otro lado, en relación al derecho a preservar su identidad al que alude el artículo, es bueno recordar que se persigue incluir la visión de las personas Sordas, y su consideración como minoría cultural y lingüística. Ello teniendo presente que la gran mayoría de las personas que utilizan la lengua de señas son personas sordas. Pero no todas las personas sordas se identifican de igual modo. Si bien la situación sensorial o física puede coincidir, desde una primera mirada se concibe a la persona sorda netamente como aquella que presenta una diversidad en su manera de comunicarse. Para ellas la lengua de señas es meramente una herramienta comunicacional. Desde una mirada más compleja, la persona Sorda es aquella que utiliza la lengua de señas porque es parte fundamental y esencia de su cultura —la cultura Sorda—.⁸²

⁸¹ Campoy Cervera, *Óp. Cit.*, pp. 131-165.

⁸² Con base a este distingo, la “persona sorda” en minúsculas hace referencia a quien presenta una diversidad funcional en su modo de comunicarse, mientras que el término “persona Sorda”, en mayúsculas, se usa habitualmente para referirse a los aspectos culturales y lingüísticos ligados a la condición.

La CDPD aborda la perspectiva incluyendo a las personas Sordas dentro del colectivo de personas con discapacidad. En términos generales, lo hace desde el modelo social, considerando la discapacidad como el resultado de la interacción entre el fenómeno individual y los factores sociales. Asimismo, —a pesar de ser un texto sobre la materia discapacidad— no restringe el tratamiento de los derechos de las personas Sordas desde esta única perspectiva, sino que las protege como minoría lingüística y cultural. Ello se encuentra plasmado expresamente en el artículo 30 (4) al establecer que: “Las personas con discapacidad tendrán derecho, en igualdad de condiciones con las demás, *al reconocimiento y el apoyo de su identidad cultural y lingüística específica, incluidas la lengua de señas y la cultura sorda*”. En el artículo 24, inc. 3 b) al establecer la obligación de los Estados en el ámbito educativo, de “facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y *la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas*.”⁸³ Asimismo, resulta de suma importancia en este sentido el concepto que la Convención asume al definir el término “lenguaje”, por colocar en un mismo e igual plano “*el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal*”;⁸⁴ como también el reconocimiento del *derecho a preservar la identidad* de los niños y las niñas.⁸⁵

VI. La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano

El Sistema Interamericano *integra*, pero a la vez *se nutre* en esta temática del mayor estándar en materia de discapacidad y derechos humanos, que forma parte del Sistema Universal de protección: es decir, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Desde esta perspectiva, la doctrina identifica la existencia de un *corpus iuris* en materia de discapacidad, mediante el cual se aplicaría la normativa interamericana a la luz del modelo social de discapacidad que refleja la CDPD.⁸⁶

⁸³ CDPD, Artículo 24.

⁸⁴ *Idem.*, Artículo 2, párr. 3.

⁸⁵ *Idem.*, Artículo 3, inciso. h). El uso de cursivas me pertenece.

⁸⁶ Bregaglio, “La incorporación de la discapacidad en el Sistema Interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convención”, *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, p. 119.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH— no contiene una disposición específica sobre los derechos de las personas con discapacidad.⁸⁷ No obstante, su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—⁸⁸ recoge disposiciones sobre las personas con discapacidad en el contexto del derecho al trabajo y a la educación⁸⁹ y les brinda una protección específica en su artículo 18.⁹⁰ Tanto la terminología como el marco conceptual que traslucen las normas reflejan un modelo médico-rehabilitador que hoy en día se encuentra rebasado desde el enfoque del modelo social de discapacidad. De todos modos, puede rescatarse la visibilidad que la norma otorgó en su momento al colectivo, en cuanto a su reconocimiento, especificidad y necesidad de protección, que obliga a los Estados a tomar una serie de medidas encaminadas a garantizar el desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos.⁹¹

Otra norma del Sistema Interamericano que hace una referencia a la discapacidad es la Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer.⁹² En su art. 9° establece: “Para la adopción de las medidas a las que se refiere este capítulo, los Estados partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras cuestiones, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer como objeto de violencia cuando esté embarazada, sea discapacitada, menor de edad, anciana, o esté en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.”

⁸⁷ Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. En vigor desde el 18 de julio de 1978.

⁸⁸ Adoptado el 17 de noviembre de 1988. En vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

⁸⁹ Protocolo de San Salvador, Artículos 6 y 13.

⁹⁰ Protocolo de San Salvador, Artículo 13.

⁹¹ El Protocolo faculta a la Comisión Interamericana a recibir peticiones sobre presuntas violaciones a los derechos sindicales —artículo 8° sub “a” del instrumento internacional— o al derecho a la educación contemplado en su artículo 13, permitiendo en lo que a estos derechos se refiere, elevar informes y emitir recomendaciones.

⁹² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belem Do Para, Entrada en Vigor el 03 de mayo de 1995.

La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia —en adelante CIFD—, reconoce asimismo a la discapacidad y a la condición de salud mental como supuestos de discriminación.⁹³ Este Tratado brinda algunas definiciones que otorgan importantes herramientas para enfrentar situaciones de discriminación contra personas con discapacidad. Entre ellas, la conceptualización de la discriminación, tanto en el ámbito público como privado; la definición de discriminación indirecta y la que la Convención denomina discriminación múltiple o agravada. Estas herramientas o instrumentos resultan absolutamente necesarios, dado que los mayores problemas que enfrentan las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos se relacionan de manera directa o indirecta con situaciones de discriminación.

Sumado a dichos instrumentos es sabido que el Sistema Interamericano cuenta con un Tratado específico en materia de discapacidad: la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —en adelante, CDPD—. Este Tratado ha sido el primer instrumento vinculante que aborda de manera específica y global la situación de las personas con discapacidad. Sus objetivos están identificados en el artículo II: procurar la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, y propiciar su plena integración a la sociedad.

El instrumento ha sido criticado por no plasmar cabalmente el modelo social de discapacidad, ni tampoco reflejar un pleno enfoque de derechos —entre otras cuestiones su lenguaje parece expresar más bien una serie de consejos sobre políticas de desarrollo social—.⁹⁴ Un ejemplo de ello es el artículo III, en el que se obliga a los Estados a tomar medidas para prevenir o contrarrestar la discriminación, pero se asumen como áreas principales: la *prevención*, los *tratamientos* necesarios para asegurar el mayor nivel posible de independencia y calidad de vida, y la *sensibilización* de la población —art. III—.

Una lectura de estos objetivos a luz del modelo social podría resignificarlos del siguiente modo: la *prevención* de la discapacidad está integrada tanto por las

⁹³ Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, Artículo 1.

⁹⁴ *Idem* p. 260.

medidas que tiendan a prevenir, por ejemplo, accidentes de tráfico, como las medidas tendentes a prevenir la construcción de edificios inaccesibles —en ese sentido cobran una importancia fundamental el diseño universal, la accesibilidad y los ajustes razonables, como asimismo los apoyos en materia de capacidad jurídica—. En cuanto a los *tratamientos*, deberían estar asimismo dirigidos a trabajar las causas sociales que originan la discapacidad. Y entre las cuestiones que cabrían dentro del mismo ocuparía un lugar preponderante el tratamiento jurídico y político. Y ello dentro de un cambio mucho más estructural, que implica que la discapacidad no es solo una cuestión relacionada con políticas sanitarias ni de seguridad social, sino que es una cuestión de derechos humanos. Y es esto último lo que debe primar al tratar o abordar la materia. Finalmente, la relectura del término *sensibilización* apuntaría a la misma en el sentido de la toma de conciencia definida en el art. 8º de la CDPD —Sistema Universal—. Por otro lado, dentro de los modelos de gestión de políticas públicas, ello supone asimismo que exista por parte de las personas destinatarias la posibilidad de participación y decisión en el diseño y gestión de las medidas que tienen relación con sus derechos.

No obstante, las críticas, existen algunos aspectos del Tratado que merecen ser destacados. Uno de ellos es la conceptualización de la discriminación. La CIPCD establece la prohibición de discriminación “basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada [...]”.⁹⁵ Esta definición añade para este propósito la noción de que no solo protege contra la discriminación “a personas con discapacidad” sino a cualquier persona que pueda ser discriminada “sobre la base” o “por antecedente” o simplemente por “percepción” de una discapacidad, resulta muy interesante y valiosa, a efectos de advertir a los Estados las implicancias y posibles supuestos de discriminación.

Al igual que el resto de los instrumentos mencionados, esta Convención, que se gestó en el Sistema Interamericano y que ha supuesto un paso muy importante en el proceso de protección de los derechos humanos de las personas con discapa-

⁹⁵ CDPD, Artículo 1.2.a.

cidad, ha sido complementada y en varios aspectos perfeccionada respecto al marco protectorio de derechos, por los estándares de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —CDPD—. Es por ello que, en esta tarea de homogeneizar estándares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, al igual que la Convención Internacional, la Convención Interamericana tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad,⁹⁶ lo cual implica que “la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómica.”⁹⁷ Esta tarea de homogeneizar estándares ha sido profundizada por el Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad al reinterpretar la figura de la incapacitación de personas con discapacidad prevista en el art. 1° de la CDPD, a la luz del art. 12 de la Convención Internacional y los presupuestos del modelo social de discapacidad.⁹⁸

VII. Principios en el Derecho mexicano

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 1 que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ella y en los Tratados internacionales de los que el Estado es parte; asimismo, prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad.⁹⁹

La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad desarrolla este mandato constitucional y establece las bases para asegurar la plena inclusión en

⁹⁶ Bregaglio, *Óp. Cit.*, p. 118.

⁹⁷ Corte IDH. *Furlán y Familiares vs. Argentina*, párr. 133.

⁹⁸ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, *Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, inciso B) In fine*.

⁹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades.¹⁰⁰ En el artículo 5 se establecen los principios que deberán observar las políticas públicas en materia de discapacidad, donde puede advertirse una clara influencia de la CDPD, al establecer:

I. La equidad; II. La justicia social; III. La igualdad de oportunidades; IV. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; V. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; VII. El respeto por la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; VIII. La accesibilidad; IX. La no discriminación; X. La igualdad entre mujeres y hombres con discapacidad; XI. La transversalidad, y XII. Los demás que resulten aplicables.

La norma establece, siguiendo los mandatos de la CDPD, obligaciones para los poderes del Estado y desarrolla el contenido y alcance de los derechos de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos. Su Capítulo IX sobre acceso a la justicia, reconoce, entre otras cuestiones, el derecho de las personas con discapacidad a recibir un trato digno y apropiado en los procedimientos administrativos y judiciales, así como la obligación de promover la capacitación adecuada de quienes trabajan en la administración de justicia.¹⁰¹

Llama la atención, sin embargo, en el contexto de una Ley que fue reformada en el 2018 y donde puede apreciarse la impronta e influencia de varios los estándares del derecho internacional, que la definición de discapacidad refleje una mirada médico-rehabilitadora, lejana al modelo social, y en algunos casos discriminatoria. El artículo 2 describe varias definiciones, entre ellas:

XI. Discapacidad. Es la *consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación* en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condi-

¹⁰⁰ Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

¹⁰¹ *Ibidem*.

ciones con los demás; X. Discapacidad Física. Es la *secuela o malformación* que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás; XI. Discapacidad Psicosocial. A la *alteración o deficiencia en el sistema neuronal* de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un *cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social*, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás; XII. Discapacidad Intelectual. Se caracteriza por *limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de la persona*, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.¹⁰²

La norma describe la discapacidad como “la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona” que, si bien suma la interacción con las barreras, parece poner el énfasis en la condición de la persona que asimismo denomina deficiencia o limitación. Se utiliza una terminología que refleja el modelo médico-rehabilitador y que puede considerarse discriminatoria —malformación, alteración, deficiencia—. En materia de discapacidad psicosocial, claramente parece concebir que es la diversidad funcional de la persona la que detona un cambio en el comportamiento, y que además es dicho cambio el que “dificulta su pleno desarrollo y convivencia social.” Si bien con posterioridad se alude a la interacción de las barreras, parece al menos confusa la mirada, concepción y abordaje. No obstante, estas cuestiones mencionadas, es clara la intención de la Ley al incluir los principios y varios estándares de la CDPD y por ende desde allí debe realizarse su lectura y aplicación.

En materia de capacidad jurídica, el Código Civil Mexicano estipula que los adultos “[...] disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos

¹⁰² Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, Artículo 2.

lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial [...] tienen incapacidad natural y legal.”¹⁰³ Un estudio llevado adelante por *Disability Rights International* analizó los códigos civiles de las 32 entidades federativas se encontró que todos reconocen un régimen de tutela para personas con discapacidad.¹⁰⁴ Sin embargo, a pesar de que la normativa vulnera la capacidad jurídica en razón de discapacidad, es destacable la tarea de armonización que ha hecho la interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de México.¹⁰⁵ Se remite en este sentido al Capítulo III.

VIII. Por una mirada, un mundo...

Está tristemente comprobado que la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta en mayor medida a personas en situación de vulnerabilidad. Por ello el sistema de justicia debe llevar a cabo una actuación direccionada a vencer, eliminar o mitigar las barreras para el ejercicio de estos derechos.¹⁰⁶ Los procesos judiciales deben adaptar el Derecho a las nuevas realidades —que en ocasiones visibilizan viejas necesidades sociales—, y que sitúan la labor jurisdiccional más allá del caso concreto.¹⁰⁷ En este sentido, el Poder Judicial también es parte de la construcción de subjetividades. La función de quienes lo conforman repercute en bienes, identidades, posibilidades, deseos, sueños, proyectos, vínculos entre las personas.

Adoptar una perspectiva significa colocarse en una posición específica para observar una situación o mirar a una persona. La perspectiva de discapacidad y el enfoque de derechos humanos exigen adoptar una posición que tenga presente y

¹⁰³ Código Civil Federal, Artículo 450.

¹⁰⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Informe Alternativo por las Organizaciones de la Sociedad Civil*, p. 12.

¹⁰⁵ SCJN, “Derechos de las personas con discapacidad”, *Cuadernos de Jurisprudencia Núm. 5*.

¹⁰⁶ Reglas de Brasilia Revisadas, Exposición de Motivos, versión aprobada en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, San Francisco de Quito, Ecuador, abril 2018.

¹⁰⁷ Cf., Larrea Maccise, *La importancia del acceso a la justicia. Apuntes sobre su regulación e interpretación en México*.

visibilice la situación de desigualdad y discriminación estructural del colectivo. Esta posición dista mucho de ser neutra, porque nos conmina a revisar paradigmas e incidir en los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y la ejecución de políticas públicas, a la vez que el diseño y ejecución de proyectos y narrativas de vida de las personas. A dicho fin se hace necesario desarrollar herramientas sociales, económicas, culturales, legales y judiciales que potencien el modelo social de discapacidad, que promuevan un enfoque de derechos humanos, que integren una perspectiva de interseccionalidad y que potencien el derecho a la accesibilidad, los ajustes razonables y los sistemas de apoyo.

Ello requiere garantizar la participación a sus protagonistas, mirarles, verles y escucharles, para interpelarnos en varios sentidos. La mirada que adoptemos en nuestros diversos ámbitos de actuación incidirá en las tres dimensiones de la persona, su condición, su situación y su posición. Hace siglos un gran poeta ha propuesto “por una mirada, un mundo...”¹⁰⁸ Para muchas personas, hoy una mirada significa un mundo. Un mundo desconocido de dignidad, de autonomía, de igualdad y de derechos. Es momento de afinar esa mirada, de humanizarla, enriquecerla y de que podamos encontrarnos en ella desde nuestra compartida humanidad.

Bibliografía

Libros

Aguado Díaz, Antonio, *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid, 1995.

Barnes, Colin y Barton, Len, *Disability Studies Today*, Polity Press, Oxford, 2002.

Bregaglio, Renata, “La incorporación de la discapacidad en el Sistema Interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convención”, *Derechos*

¹⁰⁸ Bécquer, (1871) A., Rima XXIII,

humanos de los grupos vulnerables. Red Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2014.

Brogna, Patricia, *Visiones y revisiones de la discapacidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009.

Cea Madrid, Juan Carlos, *Por el derecho a la locura. La reinención de la salud mental en América Latina*, Editorial Proyección, Chile, 2019.

Cuenca Gómez, Patricia, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012; De Asis Roig, Rafael, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2014.

De Asis Roig, Rafael, *et. al., Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.

Degener, Theresia, “A New Human Rights Model of Disability”, *The United Nation Convention on the Rights of Person with Disabilities, A Commentary*, Springer, 2017.

García Alonso, José V., *El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003.

Larrea Maccise, Regina, *La importancia del acceso a la justicia. Apuntes sobre su regulación e interpretación en México*, Distintas Latitudes, 2011.

Mareña Sempertegui, Mauricio, *La discapacidad en la dimensión académica de la Universidad Nacional de Córdoba. Una aproximación diagnóstica*, Secretaría de Investigación y Postgrado, Escuela de Trabajo Social, UNC, Córdoba, 2006.

Pajcman, Marcelo, “Las semillas de la cibernética”. *Obras escogidas de Heinz von Foerster*, Gedisa, Barcelona, 1991.

- Palacios, Agustina, *Una senda de tierra fértil en el largo y arduo camino hacia una igualdad inclusiva. Una sentencia con perspectiva de discapacidad y enfoque de derechos humanos*, RDF 2020-VI, 2020.
- Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.
- Palacios, Agustina, Fernandez, Silvia, Iglesias, M. Graciela, *Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2020.
- Pautassi, Laura, *El aporte del enfoque de Derechos a las políticas sociales. Una breve revisión*, CEPAL, Naciones Unidas, 2010.
- Peláez Narváez, Ana, “La no discriminación de mujeres y niñas con discapacidad en la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad”, *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*, CERMI, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2012.
- Platen-Hallermund, Alice, *Exterminio de enfermos mentales en la Alemania nazi*, Claves, Buenos Aires, 2007.
- Quinn, Gerard – Degener, Teheresia, *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*, 2002.
- Romañach, Javier, *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Madrid, 2009.
- Romañach, Javier, *El modelo de la Diversidad*, Diversitas, Madrid, 2007.
- Scheerenberger Richard, *Historia del retraso mental*, Donostia, San Sebastián, 1984.

Serra, María Laura, *Mujeres con discapacidad. Sobre la discriminación y opresión interseccional*, Dykinson, Madrid, 2017.

Stiker, Henri-Jacques, *A History of Disability* (William Sayers, trad.), The University of Michigan Press, Duckworth, London, 1995.

Yarza De Los Ríos, Alexander, Mercedes Sosa, Laura, Pérez Ramiro, Berenice, *Estudios críticos en Discapacidad. Una polifonía desde América Latina*, Clacso, 2020.

Revistas

Arnau Ripolles, Soledad, “Teoría crip: de la segregación a la inclusión. Transitar por la re-apropiación y la re-significación”, *Pasajes*, Núm. 2, 2016.

Campo y Cervera, Ignacio, “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad”, *Revista Derechos y Libertades*, DOI: 10.14679/1050 Núm. 37, Época II, ps. 131-165, ISSN: 1133-0937, 2017.

Cuenca Gómez, Patricia, “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, *Papeles El Tiempo de los Derechos*, Núm. 3, 2011.

De Asis Roig, Rafael, “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito”, *Papeles el tiempo de los derechos*, Núm. 1, ISSN: 1989-8797, 2011.

Ferreira, Miguel Ángel, “La construcción social de la discapacidad: habitus, estereotipos y exclusión social”, *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 2008.

Giménez Mercado, Claudia y Valente Adarme, Xavier, “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes”, *Cuadernos del CENDES*, N°74, 2010.

Palacios, Agustina, “¿Un nuevo modelo de Derechos Humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones —ligeras brisas— frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 4 (2) ISSN 2525-1643, 2020.

Legislación Internacional

Asamblea General, *Resolución 48/96*, 20 de diciembre de 1993.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 5 Las Personas con Discapacidad*, 9 de diciembre de 1994.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Argentina*, CRPD/C/ARG/CO/1, 2012.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de China*, CRPD/C/CHN/CO/1, 2012.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General Núm. 1 Sobre la Capacidad Jurídica*, 19 de mayo de 2014.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General Núm. 3 Sobre las Mujeres y Niñas con Discapacidad, Artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 25 de noviembre de 2016.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General Núm. 4 Sobre el Derecho a la Educación Inclusiva*, 25 de noviembre de 2016.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General Núm. 6 Igualdad de Oportunidades y No Discriminación*, 26 de abril de 2018.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General Núm. 7 Sobre la Participación de las Personas con Discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención*, 9 de noviembre de 2018.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Informe Alternativo por las Organizaciones de la Sociedad Civil*, 2014-2019.

Corte IDH, *Furlán y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 246, Sentencia de 31 de agosto de 2012.

OEA, *Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, 06 de mayo de 2013.

OEA, *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, 06 de julio de 1999.

OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, 06 de septiembre de 1994.

OEA, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 17 de noviembre 1988.

ONU, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 10 de diciembre de 1984.

ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre, 1989.

ONU, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006.

SCJN, *Derechos de las personas con discapacidad*, *Cuadernos de jurisprudencia Núm. 5*.

SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 2020.

XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, abril 2018.

Otros

Lobato, Manuel y Romañach, Javier, “Mensaje Núm. 13.457”, *Foro de Vida Independiente*, 12 de mayo de 2005.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza*. Un marco conceptual.

Quinn, Gerard, y Degener, Theresia, “A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform”, *From Principles to Practice, an International Disability law and Policy Symposium*.

Quinn, Gerard, “The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty. A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform”, *National Disability Authority, Annual Research Conference*, 2006.

Igualdad y no discriminación por motivo de discapacidad: hacia un modelo de igualdad inclusiva

Francisco J. Bariffi*

* Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor e investigador del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Subdirector del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos de la UNMdP (CIDDH) y Coordinador Académico de la RED-CDPD (<http://www.redcdpd.net/>). Becario Posdoctoral del Programa CONEX-PLUS de la UC3M. El investigador reconoce el apoyo del programa CONEX-Plus financiado por la Universidad Carlos III de Madrid y el programa de investigación e innovación Horizonte 2020 de la Unión Europea Marie Skłodowska-Curie de acuerdo de subvención: 801538.

Igualdad y no discriminación por motivo de discapacidad: hacia un modelo de igualdad inclusiva. I. Introducción; II. Derechos humanos, igualdad y discapacidad (categorías sospechosas); III. Las múltiples dimensiones de la igualdad en la CDPD; IV. La igualdad inclusiva; V. Contenido normativo de la igualdad en la CDPD (Artículo 5); VI. La garantía de no-discriminación por motivo de discapacidad; VII. La igualdad en los derechos específicos (especificidad); VIII. El acto discriminatorio: de la teoría a la práctica.

I. Introducción

El derecho a la igualdad es probablemente el ámbito de tutela jurídica que más ha evolucionado en el último siglo. Lo que se entendía por derecho a la igualdad en la Ilustración, en la creación de las Naciones Unidas, y en la actualidad ha evolucionado considerablemente. Esta evolución del enfoque de igualdad puede ser resumida en tres niveles o dimensiones que corresponden con los momentos históricos en los cuales fueron fraguados.

La primera dimensión de la igualdad es la llamada “igualdad formal” y suele ser representada normativamente bajo la garantía de “*igualdad ante la ley*”, es decir, toda persona humana tiene un derecho inherente a recibir un trato igualitario ante las normas vigentes. Este enfoque es de suma trascendencia para el discurso de los derechos humanos dado que en dichos momentos históricos se transitaba desde una realidad social que *de iure* o *de facto* aceptaba las categorías humanas de esclavos, hacia la concepción de humanos libres o de hombre-ciudadano y mujer-extranjero.

La segunda dimensión de la igualdad es la llamada “*igualdad sustantiva*” y suele ser representada normativamente bajo la garantía de la “no discriminación”, es

decir, el derecho a la igualdad se traslada del marco formal de la ley para transformarse en medidas concretas, bien para evitar la discriminación, o bien para corregir efectos discriminatorios en el ejercicio de los derechos individuales o colectivos. Este es el enfoque adoptado por las Naciones Unidas en su Carta Universal de Derechos Humanos (Declaración de 1948 y los dos Pactos de 1966) lo que posteriormente dio lugar a lo que se conoce como el proceso de especificación de derechos humanos.

La tercera dimensión de la igualdad es la llamada “*igualdad inclusiva*” y suele ser representada normativamente bajo la garantía de “accesibilidad y ajustes del entorno y las actitudes”, es decir, el derecho de toda persona en situación de vulnerabilidad social de contar con medidas específicas para hacer efectivo un derecho individual en igualdad de condiciones con los demás. El enfoque de la igualdad inclusiva surge desde la letra y propósito de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —CDPD—, aunque ello no es óbice para que se aplique respecto de otros grupos sociales en situación de vulnerabilidad —género, niñez, personas mayores, pueblos originarios, etc.—

Cabe aclarar que, si bien estas dimensiones pueden ser vistas como evoluciones históricas normativas en beneficio de los derechos humanos, las mismas no son excluyentes sino más bien complementarias. Como se verá más adelante, el abordaje del derecho a la igualdad en el marco de la discapacidad exige una aplicación comprensiva, sistemática y actualizada de todas las dimensiones o enfoques del derecho a la igualdad.

II. Derechos humanos, igualdad y discapacidad (categorías sospechosas)

No existe una definición legal ni consensuada de derechos humanos, al menos desde una perspectiva de derecho internacional. Probablemente la definición más clara y simple la encontremos en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando proclama que “Todos los seres humanos nacen libres

e iguales en dignidad y derechos”. Esta breve frase acuña la ideología subyacente en el concepto de derechos humanos.

En primer lugar, declara la delimitación subjetiva del derecho, el cual recae en todo “*ser humano*” sin distinción y con la única condición de pertenecer a la especie *Homo sapiens*. En segundo lugar, la delimitación temporal, es decir, el nacimiento es el hecho jurídico que *ipso facto* confiere el mentado estatus legal. En tercer lugar, la frase recoge los valores fundamentales sobre los cuales se construye el discurso de los derechos humanos, esto es, la libertad, la igualdad y la dignidad. Por último, la frase en conjunto permite inferir la naturaleza intrínseca de los derechos humanos cuando aclara que la libertad e igualdad con la cual nacemos se proyecta respecto de la dignidad y los derechos. Claramente los seres humanos no nacemos todos en condiciones fácticas de libertad e igualdad puesto que, de ser así, no serían necesarios los derechos humanos. Por ello, los derechos humanos, deben entenderse como herramientas que nos permiten a través de los diferentes resortes políticos, sociales, económicos y legales, aspirar a revertir el hecho histórico de desigualdad y de sistemática restricción de la libertad, el cual, por cierto, es justamente lo que motiva u origina su surgimiento. En resumidas cuentas, los derechos humanos son aspiraciones consensuadas de realización de un plan de vida digno en condiciones de libertad e igualdad, y como tales se construyen como límites al poder.¹

Desde la adopción de la Carta de la ONU en 1945, la organización ha promovido un intenso proceso de positivización de derechos humanos. En un primer momento, dicho proceso de positivización se centró en la “universalización” de derechos, es decir, un proceso encaminado a consensuar estándares mínimos y comunes a todas las regiones y naciones del mundo respecto de aquellos derechos y deberes que toda persona debe tener por su pertenencia a la especie humana.² Ahora bien, ante la ineficacia de la universalización de derechos para

¹ Cf., Asís Roig, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*.

² El enfoque de universalización se vio reflejado en lo normativo por la adopción y ratificación de un grupo de instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sus dos Protocolos

hacer frente a las circunstancias específicas de ciertos grupos, —que por su situación de vulnerabilidad, se veían menoscabados o privados de ejercer dichos derechos en igualdad de condiciones— el proceso de positivización en la ONU evidenció un cambio de paradigma para asumir un enfoque de “especificación”, es decir, la positivización de obligaciones jurídico-internacionales aplicables a grupos en situación de vulnerabilidad mediante enfoques y garantías de igualdad y no discriminación.³

Desde este modo, conforme lo indicado reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos —CIDH—, el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.⁴ En dicho contexto, la CIDH considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.⁵ Adicionalmente, ha especificado la CIDH que “una diferencia de trato es discriminatoria

Facultativos, los cuales se los conoce, en su conjunto, como la Carta Internacional de Derechos Humanos. Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org>.

³ El enfoque de especificación de derechos humanos a nivel universal se inició con la adopción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR) de 1965, y le siguieron la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDM) de 1979, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CDTM) de 1990, y por último, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de 2006. Cf., Bariffi, “Capítulo 11. Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Derecho Internacional Público: Siglo XXI y Pospandemia*, pp. 327-357.

⁴ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, párr. 184.

⁵ Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, párr. 267.

cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”.⁶

Conforme señala Palacios, cuando nos aproximamos al valor de la igualdad, afirmamos que las personas, no solo tenemos un valor personal inestimable, sino que nuestros valores son igualmente inestimables. Sin embargo, aún resulta llamativo el modo en que dicho postulado es frecuentemente dejado de lado en el contexto de la discapacidad. La segregación de las personas con discapacidad es tomada como algo natural en muchos sitios del mundo. Es como si la odiosa filosofía de “iguales pero separados” fuera aun aceptada en muchas partes del mundo con relación a las personas con discapacidad. Si bien existen muchas interpretaciones sobre la idea de igualdad, la más básica exige que los beneficios públicos y las cargas recaigan de igual y justa manera sobre aquellos que se encuentran en una situación similar. Ello implica tener en cuenta a aquellos que se encuentran situados de manera diferente y tomar las medidas apropiadas a fin de llevar a cabo el ideal de igualdad diferencia que implica la discapacidad; se requieren acciones y no meramente abstenciones. Lo que se solicita en el campo de la discapacidad son dos cosas; en primer lugar, que la diferencia que implica la discapacidad no sea usada negativamente; y, en segundo lugar, se requieren medidas, acciones para la diferencia.⁷

En similar sentido afirma Asís Roig, que el modelo social defiende que toda política normativa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad debe moverse en el plano de la igualdad y la no discriminación, y dentro de este, en el ámbito de la generalización de los derechos; ello importa dos implicaciones. Por un lado, supone que las herramientas básicas para la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad deben basarse en las dos proyecciones clásicas de igualdad, —la diferenciación negativa y la positiva— generalizando y

⁶ Corte IDH. *Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, párr. 200.

⁷ Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 197.

haciendo efectivos los derechos humanos de este colectivo. Por otro lado, supone que el discurso de los derechos de las personas con discapacidad está, predominantemente, centrado en situaciones y no en identidades; los derechos de las personas con discapacidad son, en términos generales, los mismos derechos que posee cualquier persona y, por tanto, su justificación no obedece a rasgos individualizados o de identidad de un colectivo.⁸

En consecuencia, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana por sí misma o, dicho de otro modo, solo es discriminatoria una distinción cuando “*carece de justificación objetiva y razonable*”. La CIDH ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, ha establecido que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una “*argumentación exhaustiva*”.⁹ De este modo la CIDH introduce en su jurisprudencia e interpretación del enfoque de igualdad y no discriminación el concepto de “*categorías sospechosas*” el cual prescribe que al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de un acto discriminatorio respecto de ciertos grupos o categorías que histórica y estructuralmente ha sido discriminados, corresponde al Estado “*la carga de prueba*” de demostrar que la diferencia de trato se encuentra justificada.¹⁰

⁸ Asís Roig, Rafael, *Sobre Discapacidad y Derechos*, p. 73.

⁹ Corte IDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, párr. 125.

¹⁰ “la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no solo sea legítimo en el marco de la Convención,

III. Las múltiples dimensiones de la igualdad en la CDPD

La igualdad y la no discriminación constituyen, sin duda alguna, la columna vertebral de la CDPD. 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. 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 y desde múltiples enfoques —como propósito art. 1, como principio art. 3, como obligación internacional art. 4, como derecho art. 5, y como garantía art. 2—. Ahora bien, con el objeto de una mejor comprensión del enfoque de igualdad de la CDPD es preciso tener en cuenta dos aspectos fundamentales. Por un lado, la definición o enfoque de lo que se entiende por “discapacidad” y por “persona con discapacidad” y, por otro lado, el *objetivo o propósito* del tratado.

Respecto de la primera cuestión, conforme señala el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General Núm. 6:

Los modelos médicos o individual de la discapacidad impiden que se apliquen el principio de igualdad a las personas con discapacidad (...) el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad. Ese modelo también reconoce que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí.¹¹

sino además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”, Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*, párr. 241.

¹¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 6, sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, 26 de abril de 2018, párrs. 8 y 9.

En dicho sentido, señala Palacios que la discapacidad tiene, al menos, tres dimensiones. La primera es la *condición de discapacidad*, que es la dimensión personal. El modo en que se defina y conciba esta condición sin duda va a tener incidencia en la identidad de la persona. Si la mirada surge exclusivamente desde un diagnóstico médico —como el de deficiencia—, entonces se convierte en una identidad de la insuficiencia, la carencia y la falta de autonomía. La segunda dimensión a tener en cuenta es la *situación de discapacidad*. La dimensión interrelacional, situacional y dinámica que surge cuando entran en juego las barreras sociales. Esta situación es en verdad la que “discapacita”, restringe o impide el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. Ha sido puesta de manifiesto desde el activismo político y el modelo social de discapacidad desde la década de los años setenta del siglo pasado. La tercera dimensión es la *posición de discapacidad*, que es estructural. Se sitúa en las representaciones, en las valoraciones, en la cultura, siendo el resultado de nuestros prejuicios y estereotipos. Es necesario, por ende, tomar conciencia respecto a que la posición de discapacidad se relaciona con el valor que le asignamos a esa condición y a esa situación.¹² Para mayor detalle sobre esta trascendental cuestión véase el Capítulo 1 del presente manual.

En cuanto a la segunda cuestión, 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”.¹³ Por tanto, 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, y por otro, establece ciertas herramientas y garantías específicas para el goce y ejercicio de estos derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas. Así el principal reto en la redacción de los derechos amparados por la CDPD fue el de incluir en cada derecho

¹² Palacios, “Discapacidad y derecho a la igualdad en tiempos de pandemia”, *Pensar: Revista de Ciencias Jurídicas*, Fortaleza, v. 25, n. 4, pp. 1-2.

¹³ Artículo 1, CDPD.

específico la perspectiva de igualdad y no discriminación; para lo cual fue preciso identificar respecto a cada uno de ellos, las medidas necesarias para que tal derecho pueda ser ejercido en la realidad por parte de cada persona con discapacidad. Antes de leer este instrumento, debemos ponernos las gafas de la no discriminación y ajustar esta visión a cada derecho en concreto.¹⁴

Partiendo del marco conceptual y propósito señalado, 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. 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.

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 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

2. Igualdad como principio y como valor

Según el artículo 3, que 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.

¹⁴ Bariffi, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, p. 141.

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 de 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*” —Cf. Artículo 4(1)(b)—, y a “*tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivo de discapacidad*” —Cf. Artículo 4(1)(e) —.

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 2.

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 específica 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 social.

5. Igualdad como garantía

La CDPD no solo 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.

IV. La igualdad inclusiva

Como se ha señalado, la CDPD recoge a través de una interpretación sistemática un nuevo enfoque de igualdad que el Comité CDPD ha denominado como

“*igualdad inclusiva*”. En la Observación General Núm. 6 el Comité lo caracteriza como un nuevo modelo de igualdad que abarca la “*igualdad sustantiva*”, al tiempo que amplía y detalla el contenido de la igualdad en las siguientes dimensiones:

[...] a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana. La Convención se basa en la igualdad inclusiva.¹⁵

Conforme señala Fredman, uno de los beneficios de un enfoque multidimensional de la igualdad sustantiva es que nos permite abordar la interacción entre las diferentes facetas de la desigualdad. Los filósofos y los politólogos tienden a centrarse en la desigualdad distributiva, mientras que los abogados especializados en discriminación consideran que el derecho a la igualdad se ocupa principalmente de combatir los prejuicios y estereotipos considerando a las desigualdades distributivas como un ámbito de responsabilidad de los operadores políticos. También es importante incluir las desigualdades en la participación y los obstáculos estructurales a la igualdad. Además, es necesario comprender y abordar las formas en que interactúan. Consecuentemente, el enfoque multidimensional no es una definición como tal, sino un marco analítico que se puede utilizar para evaluar y ayudar a modificar políticas y prácticas para lograr mejorar la igualdad sustantiva.¹⁶

En relación con lo señalado, sugiere Goldschmidt que el concepto de vulnerabilidad puede ofrecer herramientas para comprender la situación de discapacidad y en base a ello incluir sus necesidades en el marco de los derechos humanos. Aclara esta autora que ello implicaría que tenemos que reconceptualizar la vulne-

¹⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit., passim*.

¹⁶ Fredman, “Substantive equality revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14(3), p. 728.

rabilidad, no solo para evitar los efectos estigmatizantes del término, sino que quizás tengamos que reconsiderar el aspecto contextual de la vulnerabilidad.¹⁷

1. La dimensión distributiva

Destaca Fredman que apuntar a las desventajas en lugar de apuntar a la neutralidad tiene varias ventajas; probablemente la más importante es que elimina la posibilidad de una opción de nivelación hacia abajo. Su asimetría también significa que es posible conciliar la acción afirmativa con el derecho a la igualdad. Sin embargo, centrarse en las desventajas también conlleva algunos desafíos importantes, en especial, la difícil tarea de especificar su naturaleza. La desventaja debería abarcar más que una mala distribución de los recursos para tener en cuenta las limitaciones que las estructuras de poder imponen a los individuos debido a su estatus.¹⁸

Al respecto, Palacios añade que las teorías económicas sobre desarrollo han omitido cuestiones esenciales sobre el colectivo de personas con discapacidad, contribuyendo a su invisibilidad y empobrecimiento. Los costes extraordinarios derivados de la discapacidad y de las barreras a las cuales se enfrentan las personas con discapacidad contribuyen a su pobreza, falta de libertad y vulneración de derechos humanos. El colectivo es uno de los que representa mayores niveles de exclusión social en términos de distribución de recursos y bienes. La situación de pobreza comúnmente se concibe como la imposibilidad en que se encuentra una persona para cubrir sus necesidades básicas, razón por la cual suele medirse en términos de ingresos y nivel de renta. Sin embargo, dicho baremo de medición presenta algunos inconvenientes para el tema de la discapacidad. Toda vez que una persona que se encuentra en esta situación, incluso con un nivel de ingresos aceptable, puede hallarse en posición de desventaja respecto a otra persona sin discapacidad, aun cuando los ingresos de esta última sean ostensiblemente inferiores.¹⁹

¹⁷ Goldschmidt, "New Perspectives on Equality: Towards Transformative Justice through the Disability Convention?", *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 35(1), p. 13.

¹⁸ Fredman, *Óp. Cit.*, p. 729.

¹⁹ Palacios, *Óp. Cit.*, p. 5.

2. La dimensión de reconocimiento

El sistema de valores, creencias, tradiciones y la imagen social sobre la discapacidad que se construye a nivel individual, comunitario y mediático sienta las bases para cualquier posible cambio social. Muy frecuentemente, los responsables de la formulación de políticas, los operadores jurídicos, las personas con discapacidad y la sociedad en general tienden a creer o afirmar que el principal obstáculo para la realización de los derechos de las personas con discapacidad es la falta de recursos económicos o el nivel de desarrollo de una sociedad. Pero los recursos económicos generalmente se distribuyen y asignan bajo prioridades políticas que de hecho se basan en valores colectivos, creencias y tradiciones. Por ello, la barrera más difícil para lograr la igualdad y la dignidad de las personas con discapacidad ha sido, y sigue siendo lo actitudinal.²⁰

Por ello, Fredman sugiere utilizar el concepto de reconocimiento dado que el mismo enfatiza la importancia central de la afirmación interpersonal en la construcción de nuestra identidad, la cual se construye a través de las formas en que los demás nos reconocen y nosotros reconocemos a los demás. Al utilizar la dimensión de reconocimiento de la igualdad sustantiva, es posible abordar las implicaciones sociales de la discapacidad en lugar de centrarse en la deficiencia.²¹ En la Observación General Núm. 6 el Comité CDPD reconoce que:

la discriminación no puede combatirse sin la toma de conciencia de todos los sectores del Gobierno y la sociedad. Por lo tanto, todas las acciones en favor de la no discriminación y la igualdad deben acompañarse de medidas adecuadas de creación de conciencia y de medidas destinadas a modificar o abolir los estereotipos peyorativos agravados y las actitudes negativas en relación con la discapacidad. Además, las campañas de concienciación deben abordar la violencia, las prácticas nocivas y los prejuicios.²²

²⁰ Bariffi, Francisco, "Article 8. Awareness-Raising", *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, p. 230.

²¹ Fredman, *Óp. Cit.*, p. 733.

²² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, párr. 39.

3. La dimensión participativa

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.

Asimismo, conforme dispone el inciso 3 del artículo 33, los Estados Partes deben asegurar la realización de consultas estrechas y conseguir la participación activa de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los procedimientos de seguimiento nacional.²³ Es decir, la participación de las personas con discapacidad con la adopción de la CDPD pasa a ser un imperativo legal.²⁴

Conforme señala Fredman el enfoque de la igualdad inclusiva se refiere a dos aspectos de la participación. El primero es de carácter político. Dado que la discriminación del pasado u otros mecanismos sociales han bloqueado las vías de participación política de minorías particulares, se necesitan leyes de igualdad tanto para compensar esta ausencia de voz política como para abrir los canales para una mayor participación en el futuro. El segundo aspecto de la dimensión participativa es abordar la importancia de la comunidad en la vida de las personas. En lugar del individuo abstracto y universal de la igualdad formal, la igualdad sustantiva reconoce que los individuos son esencialmente sociales. Ser plenamente

²³ *Idem*, párr. 33.

²⁴ Bariffi, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, p. 132.

humano incluye la capacidad de participar en igualdad de condiciones en la comunidad y la sociedad en general.²⁵

4. La dimensión de ajustes

La última de las dimensiones de la igualdad inclusiva es la de “*ajustes para dar cabida a la diferencia*”, eliminando el detrimento, pero no la diferencia en sí. Sostiene Fredman que ello, a su vez, significa que las estructuras sociales existentes deben cambiarse para adaptarse a las diferencias, en lugar de exigir que los miembros de los grupos externos se ajusten a la norma dominante. Por tanto, la igualdad sustantiva es potencialmente transformadora.²⁶

La fuerza transformadora de la igualdad sustantiva también plantea desafíos. En primer lugar, ¿acomodar las diferencias requiere un cambio estructural general, o es suficiente crear excepciones para los individuos, mientras se mantiene la regla general? El segundo desafío surge del hecho de que el cambio estructural puede ser costoso. ¿Cómo justificar la expectativa de que el Estado o los organismos privados asuman el costo? Señala en este sentido Fredman que la igualdad sustantiva tiene como objetivo redistribuir estos costos de manera más justa para todos. En última instancia, entonces, cualquier decisión en cuanto a la asignación de costos debe evaluarse comprensivamente en el marco de las cuatro dimensiones de la igualdad inclusiva.²⁷

En este sentido concluye Palacios que los desafíos que plantea la dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia deben abordarse desde el contenido y alcance de la accesibilidad universal. Es en dicho contexto desde donde deben analizarse los ajustes razonables y los sistemas de apoyos, como herramientas jurídicas que potencian, a veces la accesibilidad universal; y que conforman, otras, el contenido esencial de los derechos.²⁸

²⁵ Fredman, *Óp. Cit.*, pp. 731-732.

²⁶ *Idem*, p. 733.

²⁷ *Idem*, p. 734.

²⁸ Palacios, *Óp. Cit.*, p. 11.

V. Contenido normativo de la igualdad en la CDPD (Artículo 5)

Sin perjuicio de las múltiples dimensiones del enfoque de igualdad inclusiva que recoge la CDPD en su conjunto, el texto recepta y aborda el derecho a la igualdad de forma autónoma en el artículo 5. Consecuentemente, corresponde en este punto repasar brevemente el contenido normativo para traducirlo en clave de obligaciones internacionales vinculantes para los Estados parte del tratado. Para ello, y siguiendo el enfoque adoptado por el Comité CDPD en la Observación General Núm. 6, se propone analizar los diferentes párrafos que integran en citado precepto.

1. Artículo 5, párrafo 1

El primer párrafo del artículo 5 de la CDPD establece 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”. Conforme señala el Comité CDPD en su Observación General Núm. 6 esta disposición recoge diversos enfoques del derecho a la igualdad.

En primer lugar, el párrafo 1 se refiere a la “*igualdad ante la ley*” y también a la “*igualdad en virtud de la ley*”. La “*igualdad en virtud de la ley*” es un concepto exclusivo de la CDPD. Hace referencia a la posibilidad de entablar relaciones jurídicas. Si bien la igualdad ante la ley se refiere al derecho a recibir protección de la ley, la igualdad en virtud de la ley se refiere al derecho a utilizar la ley en beneficio personal. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir protección de manera efectiva y a intervenir de manera positiva. La propia ley garantizará la igualdad sustantiva de todas las personas de una jurisdicción determinada. Por lo tanto, el reconocimiento de que todas las personas con discapacidad son iguales en virtud de la ley significa que no deben existir leyes que permitan denegar, restringir o limitar específicamente los derechos de las personas con discapacidad, y que deben incorporarse las consideraciones relativas a la discapacidad en todas las leyes y políticas.²⁹

²⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, párr. 14.

En segundo lugar, el párrafo 1 se refiere al “*derecho a igual protección legal*” y a “*beneficiarse de la ley en igual medida*”. La expresión “*igual protección legal*” es bien conocida en el derecho internacional de los tratados de derechos humanos y se utiliza para exigir que los órganos legislativos nacionales se abstengan de mantener o generar discriminación contra las personas con discapacidad al promulgar leyes y formular políticas. A fin de garantizar la igualdad de oportunidades para todas las personas con discapacidad, se emplea la expresión “*beneficiarse de la ley en igual medida*”, lo que significa que los Estados partes deben eliminar las barreras que obstaculizan el acceso a todos los tipos de protección de la ley y a los beneficios de la igualdad de acceso a la ley y la justicia para hacer valer sus derechos.³⁰

2. Artículo 5, párrafo 2

El segundo párrafo del artículo 5 establece 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”. Esta disposición contiene los requisitos jurídicos para el logro de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad y las personas asociadas a ellas.

Conforme señala el Comité CDPD en la Observación General Núm. 6, la obligación de garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo tiene un gran alcance e impone a los Estados partes obligaciones positivas de protección e incluye todas las formas de discriminación. La práctica internacional en materia de derechos humanos distingue cuatro formas principales de discriminación que pueden manifestarse de forma independiente o simultánea.³¹

- a. La “*discriminación directa*” se produce cuando, en una situación análoga, las personas con discapacidad reciben un trato menos favorable

³⁰ *Idem*, párr., 16.

³¹ *Idem*, párr., 18.

que otras personas debido a su condición personal diferente por alguna causa relacionada con un motivo prohibido. Incluye actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable. El motivo o la intención de la parte que haya incurrido en discriminación no es pertinente para determinar si esta se ha producido;

- b. La “*discriminación indirecta*” significa que las leyes, las políticas o las prácticas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad. Se produce cuando una oportunidad, que en apariencia es accesible, en realidad excluye a ciertas personas debido a que su condición no les permite beneficiarse de ella;
- c. La “*denegación de ajustes razonables*”, según el artículo 2 de la Convención, constituye discriminación si se deniegan las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas —que no impongan una “carga desproporcionada o indebida”— cuando se requieran para garantizar el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos humanos o libertades fundamentales;
- d. El “*acoso*” es una forma de discriminación cuando se produce un comportamiento no deseado relacionado con la discapacidad u otro motivo prohibido que tenga por objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Puede ocurrir mediante actos o palabras que tengan por efecto perpetuar la diferencia y la opresión de las personas con discapacidad.

Asimismo, destaca el Comité que los Estados partes deben hacer frente a la discriminación múltiple e interseccional. La “*discriminación interseccional*” se produce cuando una persona con discapacidad o asociada a una discapacidad experimenta algún tipo de discriminación a causa de esa discapacidad, en combinación con el color, el sexo, el idioma, la religión, el origen étnico, el género u otra condición.

La discriminación interseccional puede aparecer en forma de discriminación directa o indirecta, denegación de ajustes razonables o acoso. La “*discriminación múltiple*” es aquella situación en la que una persona puede experimentar discriminación por dos o más motivos, lo que hace que la discriminación sea compleja o agravada. La discriminación interseccional se refiere a una situación en la que varios motivos operan e interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables y, de ese modo, exponen a las personas afectadas a tipos singulares de desventajas y discriminación.³²

3. Artículo 5, párrafo 3

El tercer párrafo del artículo 5 establece que “a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”. Esta disposición reafirma la fuerza vinculante del deber de ajustes razonables como contenido de una obligación internacional.

Señala el Comité CDPD que la obligación de realizar ajustes razonables es diferente de las obligaciones en materia de accesibilidad. Los dos tipos de obligaciones tienen por objeto garantizar la accesibilidad, pero la obligación de proporcionar accesibilidad mediante el diseño universal o tecnologías de apoyo es una obligación *ex ante*, mientras que la de realizar ajustes razonables es una obligación *ex nunc*. Al ser una obligación *ex ante*, la accesibilidad debe integrarse en los sistemas y procesos —sin que importe, la necesidad específica de una persona con discapacidad, por ejemplo, de acceder a un edificio, a un servicio o a un producto— en igualdad de condiciones con las demás. Al ser una obligación *ex nunc*, los ajustes razonables deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos no accesibles, o quiera ejercer sus derechos.³³ Este mismo enfoque ha sido defendido previamente por el Comité CDPD en su Observación General Núm. 2 sobre accesibilidad.³⁴ Como se verá en el punto VI. *infra*, este enfoque requiere de algunos matices.

³² *Idem*, párr., 19.

³³ *Idem*, párr., 24.

³⁴ “La accesibilidad se relaciona con grupos de personas, mientras que los ajustes razonables se refieren a casos individuales. Esto significa que la obligación de proporcionar accesibilidad es una obligación

Asimismo, entiende el Comité CDPD que la obligación de realizar ajustes razonables puede dividirse en dos partes. La primera impone una obligación jurídica positiva de proporcionar ajustes razonables, que constituyen una modificación o adaptación que sea necesaria y adecuada, cuando se requiera en un caso particular para garantizar el goce o ejercicio de los derechos de una persona con discapacidad. La segunda parte asegura que los ajustes requeridos no impongan una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos.

Es decir, la razonabilidad y la proporcionalidad son criterios independientes. Así un ajuste es “razonable” si logra el objetivo —o los objetivos— para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad, y es “desproporcionado” si, a pesar de su razonabilidad, impone una carga excesiva o injustificable para la parte que debe atenderla. Del mismo modo, los ajustes razonables no deben confundirse con la prestación de apoyo, como los asistentes personales, en relación con el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, ni con el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.³⁵ Ahora bien, el hecho que los ajustes razonables y los apoyos tengan una naturaleza jurídica, y por ende, la tutela de un bien jurídico diverso, ello no impide que eventualmente se puedan prestar apoyo por la vía de los ajustes razonables.³⁶

4. Artículo 5, párrafo 4

El último párrafo del artículo 5 especifica que “no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean nece-

ex ante. Por tanto, los Estados partes tienen la obligación de proporcionar accesibilidad antes de recibir una petición individual para entrar en un lugar o utilizar un servicio [...] La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación *ex nunc*, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona con una deficiencia los necesita en una determinada situación, por ejemplo, el lugar de trabajo o la escuela, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular” Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 2, Artículo 9 Accesibilidad, CRPD/C/GC/2, 22 de mayo de 2014, párrs. 25 y 26.

³⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 6, sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, 26 de abril de 2018, párr. 25.

³⁶ Por ejemplo, por vía de ajustes razonables se puede garantizar el pago de un asistente durante un evento o el reconocimiento de apoyos informales para la toma de decisiones.

sarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”. Esta disposición reconoce lo que se conoce como medidas de acción positiva o afirmativa.

Entiende el Comité CDPD que estas medidas son reconocidas en otros tratados de derechos humanos y consisten en introducir o mantener ciertas ventajas en favor de un grupo insuficientemente representado o marginado. Suelen ser de carácter temporal, aunque en algunos casos se precisan medidas específicas permanentes, en función del contexto y las circunstancias, como una deficiencia concreta o los obstáculos estructurales de la sociedad. En particular, no deben perpetuar el aislamiento, la segregación, los estereotipos, la estigmatización ni otros tipos de discriminación contra las personas con discapacidad.³⁷

VI. La garantía de no-discriminación por motivo de 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 derechos de las personas con discapacidad en el derecho interno de cada Estado. El enfoque de especificidad de la CDPD en materia de igualdad y no discriminación se podría resumir en el concepto de discriminación por motivo de discapacidad recogido en el art. 2, esto es:

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.

Ello nos permite defender un criterio antidiscriminatorio que tiene las siguientes características particulares.

³⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, párr. 28-29.

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—.

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”. Como se ha visto en el punto V. *supra*, el Comité CDPD en su Observación General Núm. 6 ha desarrollado estas diversas aristas del fenómeno discriminatorio.

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. Ello puede generar en al menos tres situaciones determinadas:

a. *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 procedimiento 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 les confiere. La modalidad de certificar mediante un documento puede generar grandes injusticias respecto de aquellas personas con 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 casos.

b. *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 embrión pueda desarrollar ciertas “deficiencias”, 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. También la CDPD protege contra la discriminación a personas que hayan tenido una discapacidad en el pasado, por ejemplo, una discapacidad psicosocial.

c. *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 aquellas personas que tengan 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.

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.

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 Comité CDPD ha señalado que:

la obligación de los Estados de proporcionar la accesibilidad es una parte esencial del nuevo deber de respetar, proteger y hacer realidad los derechos a la igualdad. Por lo tanto, la accesibilidad debe considerarse en el contexto del derecho al acceso, visto desde la perspectiva específica de la discapacidad.³⁸

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.³⁹ 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*” —Cf. 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 universal.⁴⁰

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

³⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general Núm. 2, Artículo 9 Accesibilidad, CRPD/C/GC/2, 22 de mayo de 2014, párr. 14.

³⁹ “Los ajustes razonables pueden utilizarse como medio para garantizar la accesibilidad a una persona con una discapacidad en una situación particular. Con la introducción de ajustes razonables se pretende hacer justicia individual en el sentido de garantizar la no discriminación o la igualdad, teniendo en cuenta la dignidad, la autonomía y las elecciones de la persona. Por lo tanto, una persona con una deficiencia rara puede solicitar ajustes que no estén comprendidos en el alcance de ninguna norma de accesibilidad”, *Idem*, párr. 26.

⁴⁰ Asís Roig, Aiello, *et al*, *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, *passim*.

derecho antidiscriminatorio, no parece que la misma vía pueda seguida ante la inaccesibilidad del entorno, de los productos o de los servicios. 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 —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 aprobado 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.⁴¹

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,

⁴¹ Cf., lo señalado en el punto V *supra* sobre las observaciones del Comité CDPD en torno a lo interpretación de los criterios de “razonabilidad” y “proporcionalidad” en el contexto de los ajustes razonables.

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 más bien especificar, como lo hace la CDPD, las medidas necesarias para equiparar las oportunidades.

Dada la importancia del enfoque de especificidad de la igualdad, el mismo será abordado de forma autónoma en el punto siguiente.

VII. La igualdad en los derechos específicos (especificidad)

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 las personas.⁴²

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 discriminación. 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 sustantivos. Una tercera opinión consideraba necesario un enfoque mixto, que contuviera ambas estrategias.

Finalmente, la fórmula adoptada por la CDPD fue mixta o integral. Un Tratado que aborda la protección contra la discriminación, pero que también provee

⁴² Palacios, Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *passim*.

herramientas a fin de que el goce y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad no se quede solo sobre el papel, sino que 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 estos son abordados desde la perspectiva y desde la fórmula de la no discriminación, utilizando las herramientas del derecho antidiscriminatorio. Por lo tanto, el objetivo no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de ellos, 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 específicas que debían garantizarse para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad.⁴³

Cada ámbito o derecho reconocido en la CDPD debe leerse y analizarse desde la especificidad del enfoque de igualdad inclusiva. En la mayoría de los casos, el texto de la CDPD desarrolla y especifica qué tipo de medidas deben adoptar los Estados para cumplir con el derecho en concreto. Por ejemplo, en materia de empleo, salud, educación, accesibilidad o vida familiar, la CDPD enuncia en el primer párrafo la obligación jurídica y su contenido esencial, y luego en los párrafos subsiguientes, desarrolla y especifica las medidas necesarias para su cumplimiento. En otros casos, el texto de la CDPD se limita a reconocer el derecho desde un enfoque no discriminatorio, pero no especifica medidas por parte del Estado. Por ejemplo, en materia de libertad, protección de la vida o de la integridad personal.

Esta diferenciación en cuanto al modo de regular los ámbitos de protección de los derechos humanos en la CDPD podría justificarse si entendiéramos que 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

⁴³ *Idem*, pp. 56-57.

aborda dichos derechos en la CDPD 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 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, como de derechos económicos, sociales y culturales.⁴⁴

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 requieren de medios alternativos o aumentativos de comunicación. Estas medidas quedan amparadas bajo el carácter de obligación inmediata ya que versa sobre una parte del contenido esencial del propio derecho. Quinn a la vez, 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 4.2.⁴⁵

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

⁴⁴ Dhanda, “Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *SUR – International Journal on Human Rights*, Vol. 8, p. 55.

⁴⁵ Quinn, “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. 44.

garantizar la vida independiente y en la comunidad de las personas con discapacidad psicosocial, puede afrontarse mediante la clausura de manicomios u hospitales psiquiátricos en pos de un modelo de tratamiento comunitario.

VIII. El acto discriminatorio: de la teoría a la práctica

Repasando brevemente las consideraciones teóricas esbozadas en el presente capítulo podríamos caracterizar al “*acto de discriminación por motivo de discapacidad*” conforme sus tres elementos constitutivos, esto es, el acto, los sujetos y los efectos jurídicos.

En cuanto al acto, hemos visto que puede ser tanto una acción como una omisión que por motivo de discapacidad impida a la persona ejercer sus derechos. Dependiendo del sujeto que genera o provoca el acto discriminatorio, el mismo puede ser una acción u omisión de una persona física o jurídica —rechazo, agravio, exclusión, prejuicio, distinción— o una acción u omisión de un ente estatal ya sea en su fase legislativa —normas—, ejecutiva —actos administrativos—, o judicial —sentencias u órdenes judiciales—.

Asimismo, hemos visto que el acto para ser discriminatorio debe acreditar dos extremos; esto es, que implique una “*distinción, exclusión o restricción*” en el goce y ejercicio de derechos, y que dicha distinción, exclusión o restricción sea “*por motivo de discapacidad*”. Para determinar la existencia de una distinción o diferenciación discriminatoria, los órganos internacionales, así como los tribunales internacionales y doméstico utilizan el criterio de la razonabilidad y proporcionalidad del acto en cuestión.

En cuanto a los sujetos, es necesario analizar tanto su faz activa como pasiva. Respecto de lo primero, la CDPD deja claro que el acto discriminatorio puede provenir del propio Estado, de particulares, de personas jurídicas, e incluso de sistemas o productos digitales.⁴⁶ El estándar normativo internacional no pone el

⁴⁶ Bariffi, “Inteligencia artificial, derechos humanos y discapacidad: ¿Reflejo de los prejuicios humanos u oportunidad del transhumanismo?”, *Nuevas Fronteras del Derecho de la Discapacidad*, Vol. II, pp. 107-135.

acento en las características del sujeto, así como tampoco en su intencionalidad, sino más bien en el efecto violatorio de acto. Respecto de la faz pasiva, conforme se ha visto, incluye a las personas con discapacidad, a las personas percibidas socialmente como personas con discapacidad, o incluso a familiares o personas allegadas, o vinculadas, con personas con discapacidad.

Finalmente, en cuanto a los efectos jurídicos, la acreditación del acto discriminatorio implica el inmediato deber de cese del mismo, o su derogación o revisión en caso de tratarse de una norma, un acto administrativo, o una sentencia. Asimismo, según sea el caso, la acreditación de acto discriminatorio origina el derecho/deber de adoptar medidas tuitivas del derecho a la igualdad inclusiva tales como garantías de acceso, ajustes razonables, acciones afirmativas, apoyos o asistencia personal. Finalmente, el acto de discriminación también puede generar un derecho de reparación que puede tomar forma de restitución, indemnización o satisfacción. Veamos algunos ejemplos prácticos de Comunicaciones analizadas por el Comité CDPD en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo:

Discriminación por prácticas sociales (colectivas). Una persona con albinismo demanda a su Estado por discriminación debido a la violencia sistemática y social a la cual son sometidas estas personas en dicha parte del mundo. El Comité entiende que “autor fue víctima de un delito violento que responde a las características de una práctica que afecta exclusivamente a las personas con albinismo” y que el Estado no adoptó “las medidas necesarias para llevar a cabo una investigación eficaz, completa e imparcial y enjuiciar a los autores, y que no se han adoptado medidas de prevención o protección en ese sentido”. Por ende, concluye el Comité CDPD que “el autor ha sido víctima de discriminación directa a causa de su discapacidad”.⁴⁷

Discriminación por falta de ajustes en el procedimiento. Una persona sorda y usuaria de la lengua de señas alega discriminación por denegación de un intérprete para desempeñarse como jurado ciudadano. En su lugar el Estado dispensa a la persona de su tarea por entender que la inclusión del intérprete podría

⁴⁷ Y. vs. República Unida de Tanzania, Comunicación Núm. 23/2014, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/20/D/23/2014, 30 de octubre de 2018.

menoscabar “la preservación del secreto de las deliberaciones del jurado”. El Comité recuerda que la discriminación puede resultar del efecto discriminatorio de una regla o medida que es literalmente neutral o no tiene el propósito de discriminar, pero que afecta desproporcionadamente a las personas con discapacidad. El Comité considera que, sin perjuicio del margen de apreciación que los Estados gozan para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas de ajuste, los mismos también deben garantizar que esa evaluación se haga de manera minuciosa y objetiva, incluyendo todos los elementos pertinentes, antes de llegar a la conclusión de que las medidas de apoyo y adaptación constituirían una carga desproporcionada o indebida.⁴⁸

Discriminación por falta de accesibilidad en el transporte. Una persona ciega alega discriminación por denegación al reclamo de incluir sistemas de audio digital que le permitan escuchar la información desplegada en las pantallas en las paradas de la línea 3 de tranvía. La autoridad de transporte entiende que el reclamo no es discriminatorio en tanto que la información requerida por sistemas de audio es posible de ser obtenida por otros medios. El Comité analiza la relación entre las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables y concluye que el sistema de audio reclamado por el autor le habría permitido a él y a otras personas con deficiencia visual acceder de forma inmediata a la información en tiempo real disponible visualmente en igualdad de condiciones con los demás. Por tanto, el hecho de que el Estado parte no instalase el sistema de audio cuando amplió la línea de tranvía dio lugar a una denegación del acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones y a las instalaciones y los servicios abiertos al público en igualdad de condiciones con los demás.⁴⁹

Discriminación por falta de ajustes en el empleo. Una persona alega discriminación en la conservación de su empleo como policía local, por haber sido jubilado forzosamente producto de una declaración de incapacidad permanente total, que a su vez le hizo imposible solicitar el pase a segunda actividad. El Comité observa que el Estado descartó la posibilidad de iniciar un proceso de evaluación de las barreras que le impidieron permanecer en el cuerpo de policía, dado

⁴⁸ *J. H. vs. Australia*, Comunicación Núm. 35/2016, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/20/D/35/2016, 20 de diciembre de 2018.

⁴⁹ *F. vs. Austria*, Comunicación Núm. 21/2014, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/14/D/21/2014, 21 de agosto de 2015.

que el autor fue privado de su condición de funcionario público en el momento de su jubilación forzada, y que no tuvo ninguna oportunidad de solicitar ajustes razonables que le hubieran permitido desempeñar funciones distintas. El Comité concluye que la normativa que impidió al autor el pase a segunda actividad no permite resguardar los derechos que le corresponden en virtud de la Convención, en especial, considerando la posibilidad de que su discapacidad sea evaluada en concreto, a través de una gestión que fomente las capacidades que pueda tener para la realización de una segunda actividad u otras actividades complementarias.⁵⁰

Discriminación por programas de integración laboral. Una persona alega discriminación entendiéndolo que de las disposiciones de la legislación social relativas a la concesión de un subsidio de integración son discriminatorias, puesto que solo se aplican a las personas con discapacidad que puedan recuperar plenamente su capacidad de trabajar en un plazo de 36 meses. El Comité entiende que, en la práctica, dicho programa exige a los empleadores pasar por un proceso adicional de solicitud, cuya duración y resultado no se conocen con certeza y que la persona con discapacidad no tiene ninguna posibilidad de tomar parte en el proceso. La política parece responder al modelo médico de la discapacidad, por cuanto tiende a considerar la discapacidad como algo transitorio que, en consecuencia, puede “superarse o curarse” con el tiempo. El Comité concluye que las medidas adoptadas por las autoridades competentes del Estado para facilitar la integración del hijo de la autora en el mercado de trabajo no reúnen los requisitos que se derivan de las obligaciones contraídas por el Estado.⁵¹

Discriminación por denegación de capacidad jurídica y privación de libertad. Una persona alega discriminación en virtud de la Ley de Acusados con Deficiencia Mental por entender que dicha norma discrimina en razón de la condición de la persona. El autor afirma que lo han seguido tratando como persona “sin capacidad para declarar en juicio”, en vulneración del derecho a gozar de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Afirma también que se le sigue privando de los ajustes razonables que necesita para ejercer su capacidad jurídica y poder declararse inocente de forma efectiva e impugnar las pruebas

⁵⁰ V. F. C. vs. España, Comunicación Núm. 34/2015, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/21/D/34/2015, 29 de abril de 2019.

⁵¹ Liliane Gröninger vs. Alemania, Comunicación N° 2/2010, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/D/2/2010, 7 de julio de 2014.

presentadas en su contra. El Comité entiende que la norma atacada es discriminatoria, ya que solo se aplica a las personas con deficiencia cognitiva, y prevé su privación de libertad indefinida sin ninguna declaración de culpabilidad cuando son acusadas de delitos penales, mientras que las personas sin deficiencias cognitivas están protegidas contra ese trato mediante la aplicación de los principios de las debidas garantías procesales y del juicio imparcial. El Comité concluye que la decisión de que el autor no tenía capacidad para declarar a causa de su discapacidad intelectual y mental dio pie a una denegación del derecho a ejercer su capacidad jurídica para declararse inocente e impugnar las pruebas presentadas contra él.⁵²

Discriminación en el ejercicio de los derechos políticos (sufragio). Una persona con discapacidad visual alega discriminación al denegarle ejercer su voto en las elecciones regionales mediante el formato de voto electrónico. Si bien el Estado le ofrece diferentes alternativas para ejercer el voto con asistencia o apoyos, la autora rechaza las mismas por entender que ello vulneraría su derecho a no revelar su intención de voto a otra persona. El Comité entiende que las alternativas ofrecidas por el Estado serían ajustes razonables, pero recuerda que en virtud del art. 29 el Estado parte debe adaptar sus procedimientos de voto, asegurándose de que sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar. En cuanto a la accesibilidad de los procedimientos de voto, el Comité recuerda que la accesibilidad se relaciona con grupos de personas, mientras que los ajustes razonables se refieren a casos individuales. Esto significa que la obligación de proporcionar accesibilidad es una obligación *ex ante*. Por tanto, los Estados partes tienen la obligación de proporcionar accesibilidad antes de recibir una petición individual para entrar en un lugar o utilizar un servicio.⁵³

Discriminación en el acceso de servicios de rehabilitación. Una persona con discapacidad severa alega discriminación por denegación de una medida de ajuste razonable en su vivienda para llevar a cabo una hidroterapia que resulta vital para su salud y rehabilitación. El Estado rechaza la petición con fundamento en normativa de urbanismo la cual entienden se debe aplicar de forma igualitaria

⁵² *Marlon James Noble vs. Australia*, Comunicación Núm. 7/2012, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/16/D/7/2012, 10 de octubre de 2016.

⁵³ *Fiona Given vs. Australia*, Comunicación Núm. 19/2014, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/19/D/19/2014, 29 de marzo de 2018.

a todas las personas. El Comité observa que una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique. El derecho a no ser víctima de discriminación en el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención se puede violar si los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de forma diferente a personas cuya situación sea considerablemente distinta. El Comité señala que el estado de salud de la autora es crítico y el acceso a una piscina hidroterapéutica en su casa es esencial y ofrece un medio efectivo —en este caso el único— para atender a sus necesidades de salud. Por consiguiente, la reforma y los ajustes adecuados requerirían una desviación del plan urbanístico para que se pudiera construir la piscina hidroterapéutica.⁵⁴

Bibliografía

Libros

Asís Roig, R., Aiello, A. Bariffi, F., Campoy, I., y Palacios, A., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.

Asís Roig, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

Asís Roig, Rafael, *Sobre Discapacidad y Derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.

Bariffi, Francisco, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

Palacios, Agustina & Bariffi, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

⁵⁴ H. M. vs. Suecia, Comunicación N° 3/2011, Comunicación Núm. 19/2014, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/7/D/3/2011, 21 de mayo de 2012.

Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

Revistas

Bariffi, Francisco, “Article 8. Awareness-Raising”, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Bantekas, Stein and Anastasiou (Ed), New York: Oxford University Press, 2018.

Bariffi, Francisco, “Capítulo 11. Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Derecho Internacional Público: Siglo XXI y Pospandemia*, Farinella, Bariffi, et. all. Editorial Académica Española, Beau Bassin, 2021.

Bariffi, Francisco, “Inteligencia artificial, derechos humanos y discapacidad: ¿Reflejo de los prejuicios humanos u oportunidad del transhumanismo?”, *Nuevas Fronteras del Derecho de la Discapacidad*, L. Cayo Pérez-Bueno y R. De Lorenzo García (Dir.), Vol. II, Aranzadi, Pamplona, 2021.

Dhanda, A., “Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *SUR – International Journal on Human Rights*, Vol. 8, 2008.

Fredman, S., “Substantive equality revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14(3), 2016.

Goldschmidt, J. E., “New Perspectives on Equality: Towards Transformative Justice through the Disability Convention?”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 35(1), 2017.

Palacios, A., “Discapacidad y derecho a la igualdad en tiempos de pandemia”, *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 25, Núm. 4, 2020.

Quinn, G., “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, 2009-2010.

Legislación

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general Núm. 2, Artículo 9 Accesibilidad*, CRPD/C/GC/2, 22 de mayo de 2014.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general Núm. 6, sobre la igualdad y la no discriminación*, CRPD/C/GC/6, 26 de abril de 2018.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *F vs. Austria*, Comunicación Núm. 21/2014, CRPD/C/14/D/21/2014, 21 de agosto de 2015.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Fiona Given vs. Australia*, Comunicación Núm. 19/2014, CRPD/C/19/D/19/2014, 29 de marzo de 2018.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *H. M. vs. Suecia*, Comunicación Núm. 3/2011, CRPD/C/7/D/3/2011, 21 de mayo de 2012.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *J. H. vs. Australia*, Comunicación Núm. 35/2016, CRPD/C/20/D/35/2016, 20 de diciembre de 2018.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Liliane Gröninger vs. Alemania*, Comunicación Núm. 2/2010, CRPD/C/D/2/2010, 7 de julio de 2014.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Marlon James Noble vs. Australia*, Comunicación Núm. 7/2012, CRPD/C/16/D/7/2012, 10 de octubre de 2016.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *V. F. C. vs. España*, Comunicación Núm. 34/2015, CRPD/C/21/D/34/2015, 29 de abril de 2019.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Y. vs. República Unida de Tanzania*, Comunicación Núm. 23/2014, CRPD/C/20/D/23/2014, 30 de octubre de 2018.
- Corte IDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 315, Sentencia de 31 de agosto de 2016.
- Corte IDH, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 246, Sentencia de 31 de agosto de 2012.
- Corte IDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 329, Sentencia de 30 de noviembre de 2016.
- Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 279, Sentencia de 29 de mayo de 2014.
- Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 127, Sentencia de 23 de junio de 2005.
- ONU, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006.

Capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Alberto Vásquez Encalada*

* Abogado por la Universidad Católica del Perú y magíster en derecho y políticas internacionales y comparadas sobre discapacidad por la Universidad Nacional de Irlanda, Galway. Es Asesor Senior del Center for Inclusive Policy (CIP) y ha sido consultor de varias agencias de Naciones Unidas en materia de discapacidad y salud mental. Entre 2015 y 2020 se desempeñó como Coordinador de Investigaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En Perú, ha participado activamente en la redacción, incidencia y monitoreo de leyes y políticas sobre discapacidad, incluyendo la reforma en materia de capacidad jurídica alcanzada en el año 2018. También es presidente de la ONG Sociedad y Discapacidad - SODIS y miembro de la Redesfera Latinoamericana de la Diversidad Psicosocial.

Capacidad jurídica de las personas con discapacidad. I. Introducción; II. Conceptualización; III. Limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica; IV. El artículo 12 de la CDPD; V. Igual reconocimiento de la capacidad jurídica; VI. Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica; VII. Salvaguardias; VIII. Impacto en el ejercicio de otros derechos; IX. Legislación comparada.

I. Introducción

La capacidad jurídica es la piedra angular del derecho a la igualdad ante la ley, indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Sin embargo, por mucho tiempo, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no fue reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos ni las legislaciones nacionales en igualdad de condiciones con las demás. De hecho, aún hoy, la mayoría de los sistemas jurídicos no reconoce la capacidad jurídica plena de todas las personas con discapacidad y la ley autoriza una serie de “excepciones” por las que la capacidad de ejercicio de una persona puede ser restringida por motivos de discapacidad. Revertir esta situación es clave para asegurar una participación verdadera en la sociedad de todas las personas con discapacidad.

Una de las mayores contribuciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas —en adelante, CDPD— es el cambio de paradigma que introdujo en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Por un lado, asumiendo una perspectiva universalista de los derechos humanos, la CDPD reafirma que todas las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

Por el otro, en reconocimiento de la interdependencia humana, se establece la obligación de los Estados de prestar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. De esta manera, como abordaremos en este capítulo, la CDPD pone en cuestión los sistemas de incapacitación y sustitución de la voluntad prevalentes en la mayoría de las jurisdicciones, incluyendo México.

En el presente capítulo se desarrollará el concepto de capacidad jurídica y las obligaciones establecidas por la CDPD para garantizar el igual reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Asimismo, se explorará el rol del sistema de justicia en el reconocimiento de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo, así como los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la emergente legislación comparada.

II. Conceptualización

La capacidad jurídica puede ser definida como la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones —elemento estático— y de ejercer esos derechos y obligaciones —elemento dinámico—.¹ Es decir, comprende tanto la capacidad de derecho o de goce como la capacidad de obrar o de ejercicio. La primera es la capacidad legal de ser reconocido como persona ante la ley y tener protección plena por el ordenamiento jurídico. La segunda es la legitimación y el reconocimiento de la persona como actor facultado para realizar actos jurídicos y para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Es esta última la que suele denegarse o restringirse a las personas con discapacidad.

Esta interpretación amplia del concepto de la capacidad jurídica ha sido reconocida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas —en adelante, Comité CDPD— en su Observación General Núm. 1

¹ Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, *Legal capacity: background conference document / prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/AC.265/2005/CRP.5*, 2 de agosto de 2005.

sobre el Artículo 12 de la CDPD.² De acuerdo con el Comité, las dos facetas de la capacidad jurídica no pueden separarse: “la capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano”.³ De esta manera, el Comité CDPD considera la capacidad jurídica como un derecho inherente a todas las personas en virtud de su humanidad. Como ha puesto de manifiesto Devandas,⁴ bajo esta interpretación evolutiva del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, negar a una persona su capacidad de ejercicio también afectará a su condición como persona ante la ley.

Al respecto, es importante notar que la capacidad y la personalidad jurídicas son conceptos distintos pero relacionados. El derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica se refiere a la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley y a ser protegido por esta. En la Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 6—, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 16— y la Convención Americana de Derechos Humanos —art. 3— está reconocido. Se trata de un derecho absoluto, un requisito previo para el ejercicio de derechos, que no puede estar sujeto a ningún tipo de restricción por parte de los Estados. Por otro lado, como hemos señalado, el concepto de capacidad jurídica es un concepto más amplio que presupone también el ejercicio de derechos. Antes de la CDPD, había sido expresamente reconocido en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —art. 15(2)—. En el reconocimiento y regulación de la capacidad jurídica los Estados sí gozan de un cierto margen de apreciación.⁵

Es necesario también diferenciar entre la capacidad jurídica y la capacidad mental. Tradicionalmente, las restricciones a la capacidad jurídica han estado basadas en la ausencia o limitaciones en la “capacidad mental” o en el “discernimiento”.

² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General Núm. 1*, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrs. 13-14.

³ *Idem*, párr. 14.

⁴ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A/HRC/37/56, 12 de diciembre de 2017, párr. 14.

⁵ Bariffi, Francisco José, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, p. 255.

La capacidad mental se refiere a las habilidades para la toma de decisiones de la persona, que varían de una persona a otra y pueden ser diferentes para una persona determinada dependiendo del contexto. Al respecto, el Comité CDPD ha señalado que “la capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación”.⁶ De ahí que se proponga que se debe reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, independientemente de sus habilidades para la toma de decisiones. Este criterio ha sido refrendado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana —en adelante, SCJN—, la cual ha señalado que “es un error común que capacidad mental y capacidad jurídica se mezclen” y que “el hecho [de] que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni derecho alguno”.⁷

III. Limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica

Aunque se suele dar por sentada la capacidad jurídica de las personas adultas, lo cierto es que a lo largo de la historia muchos grupos se han visto privados de su capacidad jurídica, ya sea en el goce o el ejercicio; por ejemplo, las mujeres, las minorías étnicas, los migrantes, los refugiados y las personas con discapacidad.⁸ No obstante, a diferencia de los demás grupos, las personas con discapacidad enfrentan limitaciones sistemáticas a su capacidad jurídica en casi todas las jurisdicciones de todo el mundo.

Las restricciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad son múltiples y variadas. Por un lado, se suele restringir su capacidad jurídica en uno o varios aspectos de su vida, ya sea de manera general o para una o varias decisiones en particular. Tales restricciones pueden afectar tanto decisiones de carácter

⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, párr. 14.

⁷ SCJN, Primera Sala, *Amparo en Revisión 1368/2015*, 13 de marzo de 2019, párrs. 94-96.

⁸ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Óp. Cit.*, párr. 15.

personal como patrimonial, incluyendo el derecho al voto, el consentimiento informado, el matrimonio o la patria potestad. Por otro lado, las restricciones a la capacidad jurídica suelen venir acompañadas por el establecimiento de un régimen de sustitución en la toma de decisiones, como la tutela, la curatela o la administración de bienes, en el que un tercero es designado o autorizado para que realice actos y negocios jurídicos en representación de la persona. Asimismo, la sustitución en la toma de decisiones puede darse para una decisión en particular; por ejemplo, cuando un juez o un médico determina el internamiento o tratamiento involuntario de una persona. Es común, además, que la sustitución en la toma de decisiones ocurra *de facto*; la presunción general de “incapacidad” de las personas con discapacidad es tan fuerte que lleva a las familias, los profesionales de la salud y los operadores jurídicos a tomar decisiones en nombre de un individuo con discapacidad sin ningún nombramiento formal.

Como ha señalado Dhanda, existen distintos criterios utilizados para restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.⁹ Bajo el criterio basado en la condición, común en las legislaciones civilistas, se restringe la capacidad jurídica sobre la base de una categoría diagnóstica o deficiencia —por ejemplo, “retardo mental” o “alcoholismo”—. Bajo el criterio basado en los resultados, se restringe la capacidad jurídica tomando como parámetro los resultados de las decisiones de la persona, las cuales no se consideran adecuadas —por ejemplo, por haber dispuesto de sus bienes o rechazado un tratamiento médico—. Finalmente, bajo el criterio funcional, se restringe la capacidad jurídica en función de las competencias de la persona para la toma de decisiones —o “capacidades mentales”—.

El criterio funcional para restringir la capacidad jurídica es cada vez más popular en el mundo, particularmente en países anglosajones.¹⁰ Se argumenta que las evaluaciones de funcionalidad son “neutrales”, pues se valoran los procesos de toma de decisiones y no la condición de discapacidad de la persona. Además, tales evaluaciones suelen ser específicas para cada decisión, lo cual permite limitar las

⁹ Dhanda, Amita, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, Núm. 2, pp. 429-462.

¹⁰ Series y Nilsson, “Article 12 CRPD Equal Recognition before the Law”, en *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*, pp. 339-382.

restricciones a la capacidad jurídica a áreas específicas de interés. El Comité CDPD ha clarificado, sin embargo, que el criterio funcional también es contrario al derecho al igual reconocimiento ante la ley.¹¹ Como han señalado Flynn y Arstein-Kerslake, el criterio funcional se basa en la práctica en evidencia médica, que se utiliza para refutar que un individuo comprende la naturaleza y las consecuencias de sus acciones.¹² La aplicación de las evaluaciones de funcionalidad es discriminatoria e impacta casi exclusivamente sobre las personas con discapacidad.

Todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la toma de decisiones. Por ejemplo, en muchas jurisdicciones, las personas ciegas no pueden realizar algunos actos y negocios jurídicos, como celebrar un contrato o testar, sin la asistencia de un testigo. Sin embargo, las personas con discapacidad psicosocial, discapacidad intelectual, autismo o demencia suelen ser las más afectadas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los sistemas de sustitución de la voluntad suelen afectar el ejercicio de todos, o casi todos, sus derechos, incluyendo el acceso a la justicia, permitiendo que un tercero tome todas las decisiones de la persona, aun sin consultarla. Esto equivale, en la práctica, a su “muerte civil”, situación que facilita distintas formas de abuso, explotación y abandono. Las mujeres con discapacidad, en particular, son víctimas de formas agravadas de discriminación y vulneraciones específicas de su derecho a la capacidad jurídica.¹³

IV. El artículo 12 de la CDPD

Como se ha señalado, la CDPD introdujo un cambio de paradigma en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Partiendo de un enfoque basado en los derechos humanos, la CDPD reconoce la capacidad jurídica de las

¹¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, párr. 15.

¹² *Cf.*, Flynn, y Arstein-Kerslake, *Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity*, Paper Núm. 732. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2779376> [Consultado el 31 de julio de 2021].

¹³ Arstein-Kerslake, *Legal capacity & Gender. Realizing the Human Right to Legal Personhood and Agency of Women, Disabled Women, and Gender Minorities*, 2021.

personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás y reemplaza el sistema de “sustitución” en la toma de decisiones por uno de “apoyo”.

El artículo 12 de la CDPD aborda la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En el párrafo 1, reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. El párrafo 2 señala la obligación de los Estados de reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. El párrafo 3 establece la obligación de los Estados de adoptar medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El párrafo 4 desarrolla las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos en la prestación de apoyos. Por último, el párrafo 5 precisa las obligaciones referidas al ejercicio de la capacidad jurídica en cuestiones financieras y económicas.

Este es un artículo central de la CDPD, que personifica de mejor manera el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos. Es también uno de los artículos que generó mayor debate durante las negociaciones y que ha suscitado mayores desafíos en su aplicación.¹⁴ Varios Estados Partes de la CDPD han formulado reservas y declaraciones con objeto de limitar la aplicación del artículo 12 y otros artículos relacionados.¹⁵ De hecho, al ratificar la CDPD, el Estado mexicano formuló una declaración interpretativa al párrafo segundo del artículo 12 con el objetivo de restringir su aplicación, la cual fue finalmente retirada el 3 de enero de 2012.¹⁶

El artículo 12 plasma una perspectiva universalista de la capacidad jurídica y los derechos humanos.¹⁷ El punto de partida es asegurar el goce y ejercicio de la

¹⁴ Series, y Nilsson, *Óp. Cit.*, pp. 339-382.

¹⁵ V. Naciones Unidas, *Treaty Collection, Chapter V, Human Rights, 5. Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4 [Consultado el 31 de julio de 2021].

¹⁶ Sobre la declaración interpretativa mexicana, V. González Ramos, *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, 2010.

¹⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, A/HRC/37/56*, 12 de diciembre de 2017, Párr. 21.

capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Eso supone hacer realidad las obligaciones y los deberes de los Estados de respetar, proteger y realizar el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad. Se busca asegurar que todas las personas con discapacidad tengan la posibilidad real de tomar decisiones acerca del goce y ejercicio de todos sus derechos humanos. De ahí que se reconozca que algunas personas pueden requerir apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El artículo 12 ha tenido un impacto importante en los sistemas internacional y regionales de derechos humanos. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité sobre los Derechos del Niño han incorporado las innovaciones de la CDPD referidas a la capacidad jurídica en sus observaciones generales y recomendaciones.¹⁸ Asimismo, la ex-Relatora sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, Catalina Devandas, elaboró un informe específico sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.¹⁹ La Organización Mundial de la Salud también ha desarrollado guías para la aplicación del artículo 12 en el contexto de los servicios de la salud mental.²⁰

En el Sistema Interamericano, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad adoptó en el 2011 una Observación General²¹ interpretando la Convención Interamericana para la

¹⁸ V., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General Núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer*, por la que se actualiza la recomendación general Núm. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, Párr. 29 inciso c), numeral iii); Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Núm. 20*, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016, Párr. 32.

¹⁹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Ibidem*.

²⁰ Organización Mundial de la Salud, *Guidance and technical packages on community mental health services Promoting person-centred and rights-based approaches*, 2021. Disponibles en: <https://www.who.int/publications/i/item/guidance-and-technical-packages-on-community-mental-health-services> [Consultado el 31 de julio de 2021].

²¹ Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), *Observación General*, 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 Discapacidad*, adoptada en la Primera Reunión Extraordinaria del CEDDIS en San Salvador, El Salvador, el 4 de mayo de 2011, Resolución CEDDIS/RES.1 (I-E/11).

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad en consonancia con el artículo 12 de la CDPD. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— en el *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador* ha hecho referencia explícita al contenido del artículo 12 de la CDPD, así como a la interpretación del Comité.²² En dicho caso, la Corte ha señalado que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad “implica no negar su capacidad jurídica y proporcionar acceso al apoyo que la persona pueda necesitar para tomar decisiones con efectos jurídicos”, resaltando la necesidad de pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo.²³

En México, la SCJN también ha desarrollado estándares de protección sobre el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad utilizando como criterio de interpretación la CDPD.²⁴ Desde el *Caso Ricardo Adair* —Amparo en Revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013—, donde la SCJN interpretó el estado de interdicción regulado en el Código Civil para el Distrito Federal conforme al modelo social de discapacidad que subyace a la CDPD, hasta sentencias más recientes —Amparo en Revisión 1368/2015, 13 de marzo de 2019; Amparo Directo en Revisión 8389/2018, 8 de mayo de 2019; Amparo Directo en Revisión 44/2018, 13 de marzo de 2019; Amparo en Revisión 702/2018, 11 de setiembre de 2019—, donde declara la inconstitucionalidad del estado de interdicción, los criterios de la SCJN han ido evolucionando en la línea con la evolución de los estándares en el Sistema Universal.

V. Igual reconocimiento de la capacidad jurídica

El artículo 12, párrafo 1, de la CDPD reafirma el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. Se reconoce que todas las personas con discapacidad deben ser reconocidas como titulares de derechos humanos en

²² Corte IDH, *Caso Guachalá Chimbo y Otros vs. Ecuador*, párrs. 114-117.

²³ *Idem*, párr. 116.

²⁴ V. Betrián, *Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuadernos de jurisprudencia Núm. 5.

igualdad de condiciones con las demás, en línea con el principio y mandato de no discriminación. Como ha señalado Bariffi, el uso del verbo *reafirmar* en el texto indica que se está afirmando un derecho previamente reconocido.²⁵

El artículo 12, párrafo 2, de la CDPD reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Como se observa, se refiere a las personas con discapacidad en general, sin hacer distinción. De este modo, se reconoce la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas con discapacidad psicosocial, discapacidad intelectual, autismo o demencia. Al mismo tiempo, dado el ámbito del tratado, se trata de una obligación específica en relación con las personas con discapacidad, es decir, no alcanza a otros grupos que pueden ver restringida su capacidad jurídica en los distintos sistemas legales —por ejemplo, limitaciones a la capacidad jurídica en el marco de un proceso penal—. Además, como se ha discutido antes, el reconocimiento de la capacidad jurídica abarca tanto la capacidad de goce como de ejercicio. De esta manera, se reconoce que todas las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio plena.

El artículo 12, párrafo 2, exige que las personas con discapacidad disfruten de capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con las demás”. Se establece así una garantía de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica, por la cual los Estados no pueden restringir la capacidad jurídica de una persona con discapacidad por motivo de esta. Sin embargo, sí podrían establecerse limitaciones a la capacidad jurídica que no sean directa o indirectamente discriminatorias por motivos de discapacidad, como las relacionadas con la infancia.

Asimismo, el artículo 12, párrafo 2 señala que el reconocimiento de la capacidad jurídica alcanza “todos los aspectos de la vida”. Así, se clarifica que las limitaciones parciales a la capacidad jurídica o algunas dimensiones patrimoniales o personales de los derechos no están permitidas. Por ejemplo, como ha señalado la

²⁵ Bariffi, Francisco, *Op. Cit.*, p. 294.

Corte IDH, la capacidad jurídica adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a su salud.²⁶ La integralidad en el reconocimiento de la capacidad jurídica se refuerza, además, con el artículo 12, párrafo 5, que hace referencia al ejercicio de la capacidad jurídica en el ámbito patrimonial y financiero.

El artículo 12, párrafo 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. De ahí que el igual reconocimiento de la capacidad jurídica lleve también a la prohibición y eliminación de prácticas que limitan la capacidad jurídica, incluidos los sistemas de interdicción y de sustitución en la toma de decisiones. El Comité CDPD ha definido los regímenes de sustitución en la toma de decisiones como aquellos en los que: i) se despoja a una persona de su capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) se nombre un tercero sustituto para que tome las decisiones, y ese nombramiento puede hacerse en contra de la voluntad la persona; o iii) toda decisión adoptada por el sustituto esté basada en lo que se considera el “interés superior” de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias.²⁷ Esto incluye la interdicción judicial, la tutela y la curatela, total o parcial.

Aunque algunos autores anglosajones consideran que del texto de la CDPD no se desprende una prohibición expresa de los regímenes de sustitución en la toma de decisiones, el Comité CDPD y otros mecanismos de derechos humanos han señalado la obligación de los Estados Partes de suprimirlos y reemplazarlos por regímenes de apoyo.²⁸ Más aún, el Comité CDPD ha precisado que crear sistemas de apoyo para la toma de decisiones manteniendo paralelamente regímenes de sustitución en la toma de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD.²⁹

²⁶ Corte IDH, *Óp. Cit.*, párr. 117.

²⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, párr. 27.

²⁸ *Idem*, párr. 28; Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Óp. Cit.*, párr. 26; Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Salud mental y derechos humanos. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/34/32, 31 de enero de 2017, párr. 26.

²⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, párr. 28.

Al respecto, la SCJN mexicana ha señalado que “la figura del estado de interdicción es una restricción desproporcionada al derecho a la capacidad jurídica y representa una injerencia indebida que no es armonizable con la CDPD”.³⁰ La SCJN considera que el art. 12 de la CDPD “no permite negar la capacidad jurídica basándose en la deficiencia, esto es, de modo discriminatorio, sino que exige se proporcione el apoyo necesario para su ejercicio”.³¹ De ahí que la SCJN haya sido enfática en señalar que la “incapacidad sustentada en el juicio de interdicción y el juicio ensimismo [sic] es inconstitucional e inconvencional”.³²

VI. Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica

En el artículo 12, párrafo 3, se establece la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. En lugar de negar o restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, los Estados Partes deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para ejercer su capacidad jurídica, incluido el apoyo para la toma de decisiones. De esta manera, el artículo 12, párrafo 3, plasma lo que se conoce como el *paradigma del apoyo*.

El artículo 12, párrafo 3, parte del reconocimiento de la condición humana: los seres humanos somos interdependientes y no autosuficientes. Históricamente, la teoría de los derechos humanos ha puesto su atención en la dimensión individual de la persona, antes que en su dimensión social.³³ El paradigma liberal de un ciudadano libre y digno es el de un “hombre sin amo”, racional, autosuficiente y autónomo.³⁴ A contracorriente, la CDPD reivindica lo “humano” en la noción de los derechos humanos y pone énfasis en los atributos personales y sociales del

³⁰ Cf., SCJN, Primera Sala, *Óp. Cit.*

³¹ SCJN, Primera Sala, *Óp. Cit.*

³² *Ibidem.*

³³ Vásquez Encalada, “La vida en comunidad”, en *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Lima: PUCP, 2015, pp. 147-164.

³⁴ Quinn, y Arstein-Kerslake, “Restoring the ‘human’ in ‘human rights’: personhood and doctrinal innovation in the UN disability convention”, en *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, pp. 36-55.

individuo, y los sitúa en un contexto de interdependencia.³⁵ De esa forma, se reconoce que las personas pueden necesitar “apoyos” para el ejercicio de sus derechos humanos, incluido el derecho a la capacidad jurídica. La necesidad de estos apoyos no debería suponer un menor reconocimiento de derechos. Esto se desprende también del principio del respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, enunciado en el artículo 3, inciso d).

Como ha señalado el Comité CDPD, *apoyo* es un término amplio que engloba arreglos formales e informales, de distintos tipos e intensidades. Son formas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, entre otras, los acuerdos de apoyo, las redes informales de apoyo, los grupos de apoyo entre pares, los defensores independientes y las directivas anticipadas.³⁶ Los servicios de apoyo en caso de crisis también son importantes para complementar la toma de decisiones, en momentos de angustia emocional. Asimismo, el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con la accesibilidad, incluidas en la información y la comunicación. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar varían notablemente de una persona a otra.³⁷

Aunque el Comité CDPD equipara el apoyo para la capacidad jurídica con el apoyo en la toma de decisiones, como varios autores han notado, el primero es más amplio que el segundo.³⁸ El apoyo en la toma de decisiones suele referirse al apoyo que una o varias personas prestan a alguien para: a) obtener y entender información, b) evaluar las posibles alternativas a una decisión y sus consecuencias, c) expresar y comunicar una decisión o d) ejecutar una decisión.³⁹ Este apoyo puede formalizarse o prestarse de manera informal. Como veremos más adelante,

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A/HRC/37/56, 12 de diciembre de 2017, párr. 27.

³⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Óp. Cit.*, párr. 18.

³⁸ Gooding, Piers, Navigating the ‘Flashing Amber Lights’ of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns, *Human Rights Law Review*, Vol. 15, pp. 45-71.

³⁹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Idem* párr. 41.

distintas legislaciones ya contemplan mecanismos para la designación de este tipo de apoyo.

Cabe notar que, a diferencia de los regímenes de sustitución en la toma de decisiones, en la toma de decisiones con apoyo nunca se niega o limita la capacidad jurídica. Las personas de apoyo no pueden ser nombradas por un tercero contra la voluntad de la persona, y el apoyo debe prestarse teniendo en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona.⁴⁰ Por ello, los apoyos son siempre voluntarios y las personas con discapacidad tienen derecho a rechazarlos. Muchas personas con discapacidad solo buscan que se reconozca su capacidad jurídica pero no desean contar con apoyo para toma de decisiones.

La ex-Relatora sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, Catalina Devandas, ha desarrollado una serie de estándares que deben cumplir los apoyos para asegurar un enfoque de derechos humanos. Primero, debe asegurarse que los apoyos se ajusten a los principios generales de la CDPD, en particular a los principios de la dignidad inherente, autonomía individual y no discriminación. Segundo, los apoyos deben estar disponibles y ser accesibles, adecuados y asequibles. Tercero, se debe asegurar a las personas con discapacidad la posibilidad de elegir y ejercer el control de forma directa sobre su propio apoyo. Cuarto, los apoyos deben prestarse desde un enfoque comunitario.⁴¹

VII. Salvaguardias

El artículo 12, párrafo 3, establece que los Estados Partes deben asegurar 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”. Las salvaguardias deben: a) respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; b) ofrecer protección contra el abuso, la influencia indebida y los conflictos de interés; y c) ser proporcionales y estar adaptadas a las circunstancias de la persona.

⁴⁰ *Idem*, párr. 27.

⁴¹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Óp. Cit.*, párrs. 28-29.

Deben establecerse salvaguardias en todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.⁴²

El Comité CDPD ha clarificado que las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas, y respetar el derecho de las personas con discapacidad a asumir riesgos y a cometer errores.⁴³ No son, pues, como algunos países interpretaron inicialmente, excepciones al pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Devandas agrega que las salvaguardias deberían incluir mecanismos de rendición de cuentas para garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona en la prestación de apoyo, así como mecanismos para impugnar la decisión de la persona encargada del apoyo si se cree que esta no actúa en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida.⁴⁴

En su observación general Núm. 1, el Comité CDPD reconoce que en algunas circunstancias no es posible determinar la voluntad y las preferencias de la persona, a pesar de los mejores esfuerzos realizados. En tales casos, el Comité señala que la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” de la persona debe reemplazar el criterio del “interés superior”. Esto significa que se debe determinar lo que la persona habría deseado en lugar de tomar una decisión sobre la base de lo que se considera “objetivamente” mejor para ella. Para la determinación de dicha voluntad se pueden tener en cuenta, entre otras, “las preferencias, los valores, las actitudes, los argumentos y los hechos anteriores, incluidas las formas de comunicación verbales o no verbales, de la persona concernida”.⁴⁵

A modo de ejemplo: si una persona se encuentra en estado de coma y no ha designado un apoyo previamente, se puede designar a una persona de apoyo para que —en el plazo más corto posible, de manera proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona y sujeto a revisión por una autoridad judicial— “asista” a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica siguiendo la mejor

⁴² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, párr. 29 inciso (h).

⁴³ *Idem*, párr. 22.

⁴⁴ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Óp. Cit.*, párr. 30.

⁴⁵ *Idem*, párr. 31.

interpretación posible de su voluntad y preferencias. Aunque en la práctica estamos frente a un caso de representación —en tanto se trate de una medida excepcional, el apoyo no se designe en contra de la voluntad de la persona y la decisión se base en la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias—, estas formas de asistencia en la toma de decisiones se enmarcan en el paradigma de apoyo y no se consideran una forma de sustitución en la toma de decisiones.

Son varias las dificultades que pueden presentarse en determinar la voluntad y preferencias de una persona. Tal es el caso en que la voluntad y las preferencias expresadas en el pasado entran en conflicto con aquellas expresadas en el presente de manera menos clara o durante una situación de crisis, o cuando parece existir una contradicción entre lo que se expresa y lo que se desea, por ejemplo, cuando una persona rechaza ir al dentista, pero a la vez desea que se acabe el dolor de muelas. En tales casos, algunos autores proponen diferenciar entre lo manifestado y la “verdadera” voluntad y preferencias de un individuo.⁴⁶ El riesgo de estas aproximaciones es que determinar la voluntad “real” supone un examen de la capacidad del individuo para tomar decisiones en un determinado momento, lo que nos retrotrae al modelo funcional, que fue cuestionado por discriminatorio por el Comité CDPD. Recurrir a personas que mantienen una relación de confianza con la persona puede contribuir a una mejor comprensión de la voluntad y las preferencias de la persona. En aquellos casos en que no sea posible o no sea suficiente, un abordaje multidisciplinario también puede ayudar a determinar de mejor manera la voluntad y preferencias de la persona. Como ha señalado Devandas, es importante lograr un “equilibrio entre velar por el respeto de la voluntad y las preferencias de las personas y protegerlas del abuso y la influencia indebida, y garantizar que no se regulen en exceso su vida ni sus elecciones”.⁴⁷

VIII. Impacto en el ejercicio de otros derechos

El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad está directamente relacionado con el ejercicio de todos los demás derechos

⁴⁶ Series, y Nilsson, *Óp. Cit.*, pp. 339-382.

⁴⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Óp. Cit.*, párr. 62.

humanos, como el acceso a la justicia, la libertad y seguridad de la persona, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, el derecho a la salud, el derecho a votar y a ser elegido, entre otros. Muchas de las restricciones a estos derechos tienen como trasfondo la privación de la capacidad jurídica.

El artículo 12 complementa el mandato del artículo 19 de la CDPD sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. El artículo 19 de la CDPD exige, por un lado, reconocer el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, “con opciones iguales a las de las demás”. Por otro lado, exige “adoptar medidas eficaces y pertinentes” para asegurar “su plena inclusión y participación en la comunidad”. Para ello, el inciso a) del artículo 19 asegura a las personas con discapacidad la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir; el inciso b), que las personas con discapacidad tengan acceso a los apoyos que puedan necesitar para vivir y ser incluidos en la comunidad; y el inciso c) refuerza la necesidad de que todos los servicios en la comunidad deben ser inclusivos y accesibles para todas las personas. Así, el artículo 19 les reconoce a las personas con discapacidad la posibilidad y la capacidad de elegir y determinar su propio modelo de vida, en ejercicio de su capacidad jurídica.⁴⁸ La vinculación entre el derecho a la capacidad jurídica y el derecho a vivir de forma independiente en la comunidad ha sido abordada por la SCJN.⁴⁹

El artículo 12 también se vincula con el artículo 29 de la CDPD, que reconoce a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás. La participación en la vida política y pública implica un entramado de derechos específicos, como el derecho a votar y a ser elegido, el derecho a tener acceso a los servicios públicos y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos.⁵⁰ En la mayoría de las jurisdicciones distintos grupos de personas con discapacidad enfrentan múltiples

⁴⁸ Vázquez Encalada, Alberto, *Óp. Cit.*, pp. 147-164.

⁴⁹ SCJN, *Óp. Cit.*

⁵⁰ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Óp. Cit.*, párr. 18.

formas de discriminación que les impiden ejercer estos derechos. La negación o la limitación de la capacidad jurídica en particular suele conllevar la denegación de los derechos políticos a determinadas personas con discapacidad, en especial en lo que se refiere al derecho de voto.⁵¹ Como señala Bariffi, el vínculo entre el artículo 12 y el artículo 29 reafirma el derecho de todas las personas con discapacidad al ejercicio del derecho al sufragio y otros derechos políticos en igualdad de condiciones con las demás, lo que requiere que el Estado Parte remueva todas las barreras o impedimentos legales que les impiden ejercer este derecho.⁵² La SCJN ha cuestionado las restricciones al derecho al sufragio vinculadas a la existencia de una incapacitación.⁵³

De igual modo, el reconocimiento de la capacidad jurídica en el ámbito de la salud y la integridad personal se complementa con los artículos 14, 15, 17 y 25 de la CDPD. El artículo 14 reconoce el derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás y precisa que la existencia de una discapacidad no puede justificar, en ningún caso, una privación de la libertad. Por su parte, el artículo 15 señala que ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, en particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento. El artículo 17 señala que toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás. Finalmente, el artículo 25 reafirma que la exigencia de la atención de la salud de las personas con discapacidad esté basada en un consentimiento libre e informado.

De este modo, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad pone en cuestión las prácticas coercitivas en el ámbito de la salud mental que dan lugar al internamiento y tratamiento involuntarios de personas con discapacidad, particularmente aquellas con discapacidad psicosocial. Tales prácticas son permitidas prácticamente en todas las jurisdicciones y parten de

⁵¹ *Idem.*, párr. 20.

⁵² Bariffi, Francisco, *Óp. Cit.*, p. 347.

⁵³ SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas 91/2014, 92/2014 y 93/2014, 2 de octubre de 2014.

la premisa de que ciertas personas con discapacidad no tienen la capacidad de consentir o rechazar un internamiento o tratamiento. De ahí que se permita que un médico, un juez o un representante decidan por la persona, incluso en contra de su voluntad y por la fuerza.

Como hemos señalado anteriormente, el artículo 12 de la CDPD reconoce que todas las personas con discapacidad gozan de plena capacidad jurídica, incluyendo la capacidad de tomar decisiones sobre el cuerpo y la salud. El Comité CDPD ha interpretado que el artículo 14 supone una prohibición absoluta de la privación de la libertad por motivos de discapacidad que alcanza factores adicionales para justificar la privación de la libertad, como representar un “peligro para sí misma o para los demás” o la “necesidad de tratamiento o cuidados”.⁵⁴ En reconocimiento de las dificultades para ajustar la práctica médica a estos estándares de protección más altos, la Organización Mundial de la Salud ha desarrollado una serie de guías para la implementación de servicios de salud mental no coercitivos y con enfoque de derechos.⁵⁵

IX. Legislación comparada

La adopción de la CDPD ha dado lugar a diversos procesos de reforma legislativa para la implementación del artículo 12 de la CDPD. La mayoría de estos esfuerzos no están en plena conformidad con la CDPD, pero muestran un creciente respaldo por los estándares desarrollados por el Comité CDPD.⁵⁶

Es posible identificar cuatro tendencias de reforma. En primer lugar, algunos países han avanzado en la reforma de sus sistemas de interdicción y tutela para limitar el alcance de las restricciones de derechos y las funciones de los represen-

⁵⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Directrices relativas al artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad relativo al derecho a la libertad y a la seguridad de las personas con discapacidad, A/72/55, 2015, párr. 6.

⁵⁵ Organización Mundial de la Salud, *Óp. Cit.*, Disponible en: <https://www.who.int/publications/i/item/guidance-and-technical-packages-on-community-mental-health-services> [Consultado el 31 de julio de 2021].

⁵⁶ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Óp. Cit.*, 38-52.

tantes legales.⁵⁷ En muchos casos, ello ha significado la inclusión, por primera vez, de mecanismos para la revisión periódica de tales medidas, así como de garantías básicas como el derecho a la defensa legal y a participar del proceso. Estas reformas, aunque positivas, son insuficientes y todavía contrarias a la CDPD. En segundo lugar, algunos países han introducido en su legislación arreglos formales para el apoyo en la toma de decisiones, tanto en el ámbito judicial como privado. Estas incluyen el reconocimiento de apoyos judiciales, arreglos notariales, defensores legales y decisiones anticipadas. En la mayoría de los casos estos mecanismos conviven con restricciones a la capacidad jurídica y sistemas de sustitución en la toma de decisiones.⁵⁸ En tercer lugar, un número creciente de países viene adoptando leyes de salud mental que permiten la sustitución en la toma de decisiones en el ámbito de la salud pese a que, como ha sido señalado antes, tales normas son contrarias a los estándares establecidos en la CDPD. Finalmente, un pequeño grupo de países hispanohablantes han logrado, aunque con algunas contradicciones, lo que hace unos años parecía imposible: eliminar los sistemas de interdicción y reemplazarlos por sistemas de toma de decisiones con apoyo.

Costa Rica fue el primer país en avanzar en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás. La Ley Núm. 9379, Ley de Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad, publicada el 30 de agosto de 2016, reconoció la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, eliminó las figuras de la interdicción, la insania y la curatela del ordenamiento jurídico costarricense, e introdujo la institución de la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad. Esta institución tiene como objeto garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las “personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial” —art. 5—. La persona que el juez designa para ejercer la salvaguardia se denomina *garante* para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad. El garante, entre otras funciones, asiste a la persona en la toma de decisiones de manera proporcional y adaptada, y no puede actuar sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona —art. 17—. El regla-

⁵⁷ *Idem*, párr. 50.

⁵⁸ Por ejemplo, Argentina, Israel, Irlanda, India y Hungría.

mento de la ley precisó que la salvaguardia es facultativa y no podrá ser impuesta en contra de la voluntad de la persona —art. 7 inc. 2 y 4—. Asimismo, recoge el estándar de mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona.

Dos años más tarde, Perú adoptó una reforma sustancial de su legislación en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2008, el cual modificó el Código Civil, el Código Procesal Civil y el Decreto Legislativo del Notariado. Esta reforma reconoció la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, eliminó la curatela por motivos de discapacidad y otras restricciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, e introdujo distintos regímenes para la toma de decisiones con apoyo. Estos últimos incluyen la designación unilateral de apoyos ante el juez o el notario, la designación de apoyos a futuro y, excepcionalmente, la designación de apoyos por un juez cuando la persona no puede expresar su voluntad por ningún medio. Todas estas medidas de apoyo son voluntarias y cualquier persona mayor de edad puede acceder a ellas. La reforma peruana también reconoce la centralidad de los ajustes razonables y los ajustes de procedimiento en el ejercicio de la capacidad jurídica. Una de las limitaciones de esta reforma fue que solo se eliminó la curatela por motivos de discapacidad manteniendo restricciones a la capacidad jurídica de los “ebrios habituales”, los “toxicómanos”, los “pródigos”, los “malos gestores”, las personas con condena penal y las personas en coma. Debido a su integralidad y su sujeción a los estándares desarrollados por el Comité CDPD en su Observación General Núm. 1, la reforma peruana ha sido bienvenida por distintos mecanismos de derechos humanos, entre ellos, la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos.⁵⁹

⁵⁹ Naciones Unidas, Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Perú: Reformas en discapacidad marcan un hito y un camino a seguir, dice experta de Naciones Unidas, Ginebra, 4 de septiembre de 2018, Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23501&LangID=S> [Consultado el 31 de julio de 2021]; Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH saluda las medidas adoptadas para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Perú, Washington, D.C., 2 de octubre de 2018, Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/216.asp>

Las reformas alcanzadas en Colombia y España también merecen una mención. En Colombia, la Ley 1996 del 26 de agosto de 2019, “Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”, eliminó la interdicción, estableció una presunción de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad mayores de edad y estableció un sistema de apoyos similar al peruano. Adicionalmente, esta reforma dispone la creación de un servicio de valoración de apoyos, que permite determinar cuáles son los apoyos formales que requiere una persona para tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica. En el caso de España, mediante Ley Núm. 8/2021, de 2 de junio de 2021, se reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta reforma incluyó cambios en la Ley del Notariado, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio. La reforma española eliminó la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada; introdujo medidas de apoyo “voluntarias”; y reformó la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho para que funcionen como medidas de apoyo. Aunque ambas reformas, la colombiana y la española, son reformas ambiciosas, su implementación requerirá de una interpretación conforme a la CDPD para superar algunas de las limitaciones de los textos relacionadas con la voluntariedad de los apoyos y validez de los actos jurídicos realizados sin un apoyo.

Bibliografía

Libros

Arstein-Kerslake, Anna, *Legal capacity & Gender. Realizing the Human Right to Legal Personhood and Agency of Women, Disabled Women, and Gender Minorities*, Cham: Springer, 2021.

[Consultado el 31 de julio de 2021]; Naciones Unidas, Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, América del Sur, Oficina Regional, Perú: ONU Derechos Humanos celebra reformas legislativas en materia de discapacidad y desaparición forzada, 12 de septiembre de 2018, <https://acnudh.org/peru-onu-derechos-humanos-celebra-reformas-legislativas-en-materia-de-discapacidad-y-desaparicion-forzada/> [Consultado el 31 de julio de 2021].

- Bariffi, Francisco José, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.
- González Ramos, Alonso Karim, *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2010.
- Vásquez Encalada, Alberto, “La vida en comunidad”, En Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, PUCP, Lima, 2015.
- Betrián Cerdán, Pilar, “Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Cuadernos de jurisprudencia* Núm. 5, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2020.
- Quinn, Gerard y Arsyein-Kerslake, Anna, *Restoring the ‘human’ in ‘human rights’: personhood and doctrinal innovation in the UN disability convention*, en Conor Gearty and Costas Douzinas (eds.), *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2012.
- Series, Lucy y Anna Nilsson, “Article 12 CRPD Equal Recognition before the Law”, en Ilias Bantekas, Michael Ashley Stein and Dimitris Anastasiou, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2018.

Revistas

- Dhanda, Amita, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, Núm. 2, 2007.
- Flynn, Eilionóir y Arstein-Kerslake, Anna, “Legislating Personhood: Realizing the Right to Support in Exercising Legal Capacity”. *International Journal of Law in Context*, Vol. 10, Núm. 1, 2014, University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 732, 2014. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2779376> [Consultado el 31 de julio de 2021].

Gooding, Piers, “Navigating the ‘Flashing Amber Lights’ of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns”, *Human Rights Law Review* Vol. 15, 2015.

Legislación

Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), *Observación General* 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 Discapacidad, adoptada en la Primera Reunión Extraordinaria del CEDDIS en San Salvador, El Salvador, el 4 de mayo de 2011, Resolución CEDDIS/RES.1 (I-E/11).

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general Núm. 1*, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014.

Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Directrices relativas al artículo 14* de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad relativo al derecho a la libertad y a la seguridad de las personas con discapacidad, A/72/55, 2015.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación general Núm. 20* sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer*, por la que se actualiza la recomendación general Núm. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, Párr. 29 inciso c), numeral iii); Comité de los Derechos

del Niño, *Observación general Núm. 20*, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016.

Corte IDH, *Guachalá Chimbo y Otros vs. Ecuador*. Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas, Serie 423, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf)

Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, *Legal capacity: background conference document / prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights; A/AC.265/2005/CRP.5*, New York: Naciones Unidas, 2 de agosto de 2005.

ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A/HRC/37/56, 12 de diciembre de 2017.

ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A/HRC/31/62, 12 de enero de 2016.

ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Salud mental y derechos humanos. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/34/32, 31 de enero de 2017.

OMS, *Guidance and technical packages on community mental health services Promoting person-centred and rights-based approaches*, 2021. Disponible en: <https://www.who.int/publications/i/item/guidance-and-technical-packages-on-community-mental-health-services> [Consultado el 31 de julio de 2021].

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas 91/2014, 92/2014 y 93/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra: Olga María del Carmen Sánchez, 2 de octubre de 2014.

SCJN, Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de marzo de 2019.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 44/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 13 de marzo de 2019.

Acceso a la justicia

M. Carmen Barranco Avilés*

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora Titular de Filosofía del Derecho y Directora del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

Acceso a la justicia. I. El acceso a la justicia como derecho; II. Barreras en el acceso a la justicia; III. Capacidad procesal; IV. Accesibilidad; V. Ajustes de procedimiento; VI. Garantías sustanciales y procesales; VII. Mecanismos de control constitucional; VIII. Participación en la administración de justicia; IX. Formación y toma de consciencia.

I. El acceso a la justicia como derecho

El acceso a la justicia desempeña un papel fundamental en los sistemas de protección de los derechos. En primer lugar, porque se trata de un derecho en sí mismo, con un amplio reconocimiento en los tratados internacionales de derechos humanos; además, porque de su garantía depende la de los restantes derechos; finalmente, es importante subrayar que el derecho de acceso a la justicia constituye también un elemento fundamental del Estado de Derecho, en la medida en que permite hacer efectivo el sometimiento del Poder a Derecho.

Comenzando por este último aspecto, la relación entre el Estado de Derecho y la garantía del acceso a la justicia para todas las personas, incluidas las que forman parte de grupos vulnerables y con mención especial a las mujeres, es reconocida institucionalmente en el marco de las Naciones Unidas en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional, aprobada por Resolución de 24 de septiembre de 2012.¹ En la medida en que el Estado de Derecho y el acceso a la justicia para todas las personas son condiciones para el desarrollo, aparecen expresamente

¹ Naciones Unidas, Asamblea General, “Declaración sobre la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional”, Resolución aprobada el 24 septiembre 2012, A/RES/67/1, párrs. 14, 15 y 16.

contemplados como la meta 16.3; que para dar cumplimiento al objetivo de Paz, Justicia e Instituciones Sólidas considera necesario “promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad en el acceso a la justicia para todas las personas”.

No solo dicha garantía de acceso a la justicia para todas las personas es una condición para el Estado de Derecho, además de ella depende que la persona titular pueda hacer efectivos el resto de sus derechos. Aunque no es la única forma de cumplir con la obligación de proteger que se deriva de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos,² la disposición de recursos judiciales y otros recursos efectivos es de gran importancia. Este es el sentido del derecho proclamado en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —DUDH—, conforme al cual, “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” y del compromiso asumido por los Estados a través del artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP—. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos Observación General Núm. 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Aprobada el 26 de mayo de 2004, párr. 15 y Naciones Unidas, Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes, Aprobada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, párr. 5.

Con carácter específico, el artículo 9.4 PIDCP asocia el recurso ante los tribunales al contenido del derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Si nos fijamos en el acceso a la justicia como derecho autónomo, podemos apreciar que tiene un carácter multidimensional.³ Su aparición con esta denominación en los tratados internacionales y en los Derechos nacionales es relativamente reciente^{4,5} pero como se ha señalado, al menos parte de su contenido ya se encontraba en distintos preceptos de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial. Este es el caso de los mencionados artículos 8 DUDH, 2.3 y 9.4 PIDCP, pero también del artículo 14 PIDCP. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho a un recurso efectivo en el artículo 13 y el derecho a un proceso equitativo en el artículo 6; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH— se refiere al derecho a la protección judicial en el artículo 25 y al derecho a las garantías judiciales en el ámbito penal en el artículo 8. En el Derecho interno, se relacionan con el derecho de acceso a la justicia los artículos 17 a 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁶

³ Añón, Roig, “El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectiva y alcance”, en *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempo de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, p. 20.

⁴ Fra, *Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities, passim*.

⁵ Por ejemplo, en 1998, se incorpora la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente en el Convenio sobre el acceso a la información, gestado en el marco de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas (CEPE) y aprobado en Aarhus. Este Convenio se refiere a uno de los aspectos complicados en relación con la garantía del acceso a la justicia: la protección de “intereses difusos”. Capelleti y Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos humanos*, p. 20. La cuestión no será objeto de atención en estas páginas por las características de la obra en las que se inserta. No obstante, es importante tener en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad considera que dichos intereses son de interés público y, por tanto, las medidas de protección contra la discriminación de personas —“que no pueden defenderse contra la discriminación, aunque reciban apoyo, o cuyas opciones se vean muy limitadas por temor a las consecuencias negativas de sus esfuerzos por defenderse”— deberían ser susceptibles de acción popular. Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 6 Igualdad y no discriminación, Adoptada el 9 de marzo de 2018, CRPD/C/GC/6, párr. 53.

⁶ Ver al respecto Fix-Fierro y López-Ayllón, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en *Justicia, passim*. Los autores vinculan el derecho de acceso a la justicia al artículo 17 de la Constitución. Por ejemplo, además, el artículo 6H de la Constitución Política de la Ciudad de México 2017, dentro del capítulo II “De los Derechos Humanos”, reconoce derecho de acceso a la justicia en los siguientes términos: “toda persona tiene derecho a acceder a la justicia, a la tutela judicial efectiva y

Progresivamente, la preocupación por el acceso a la justicia se ha ido abriendo paso como la preocupación por el acceso verdaderamente efectivo. Este cambio de perspectiva surge a partir de la superación de una concepción meramente liberal e individualista de los derechos desde la que se muestra evidente “la confrontación entre las expectativas que surgen de la ley —teóricamente aplicable por igual a toda la ciudadanía, que puede recurrir a los tribunales de justicia para hacer valer sus derechos— y las dificultades que se desprenden de las condiciones reales de acceso a los tribunales y de la supuesta defensa de esos derechos”.⁷

En un trabajo ya clásico, Cappeletti y Garth muestran cómo la transformación en la idea del acceso a la justicia se produce en sintonía con la construcción del Estado social e implica reconocer:

que las técnicas procesales tienen funciones sociales, que los tribunales no son el único medio que debe tomarse en consideración para la resolución de disputas y que cada regla procesal, incluso la creación o promoción de alternativas diferentes del sistema de los tribunales formales, tiene un pronunciado efecto sobre la manera en que opera la ley sustantiva: ¿con qué frecuencia se le aplica, para beneficio de quién y con qué impacto social?⁸

Para los autores citados, el acceso a la justicia implica que el sistema debe ser igualmente accesible para todas las personas y debe dar resultados individual y socialmente justos. La justicia de la decisión depende en buena medida del contenido del Derecho y del contexto en que debe aplicarse.⁹ A este respecto, la igual accesibilidad depende de que se eliminen las barreras que puedan existir y es el aspecto central al que alude el presente texto. Un primer paso para la garantía

al debido proceso, así como a la defensa y asistencia jurídica gratuitas y de calidad en todo proceso jurisdiccional, en los términos que establezca la ley”.

⁷ Birgin y Gherardi, *La garantía del acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, xi.

⁸ Capelletti y Garth, *Óp. Cit.*, p. 13.

⁹ Flynn y Lawson indican que esta segunda dimensión “se ocupa de la sustancia o el contenido de las normas jurídicas y principios que dan forma a las decisiones tomadas a favor o en contra de quienes buscan un remedio u una solución de controversias”. Flynn y Lawson, “Disability and Access to Justice in the European Union: Implications of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *European Yearbook of Disability Law*, N°4, p. 13.

efectiva del derecho de acceso a la justicia es, pues, identificar las barreras que puedan impedir o dificultar su ejercicio por parte de algunas personas.

La respuesta de los Poderes Judiciales Iberoamericanos ante las especiales dificultades para acceder a la justicia de algunos grupos se plasmó en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana del 2008 y actualizadas en la XIX edición de esta Cumbre en 2018. En la versión actualizada de las reglas se encuentra una definición de quiénes son personas en situación de vulnerabilidad con respecto al acceso a la justicia, que puede ser de interés para entender el contenido del derecho:

Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.¹⁰

Precisamente, en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, la acción de los organismos de los tratados, a la vista de las dificultades encontradas por los distintos grupos en situación de vulnerabilidad, ha sido la que ha impulsado la determinación del contenido del derecho de acceso a la justicia, que sí fue expresamente incluido en el artículo 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —CDPD—. ¹¹

¹⁰ XIX CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad, 2018, Regla 3.

¹¹ También reconoce expresamente el derecho de acceso a la justicia el artículo 31 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015), con el siguiente contenido: La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

En este sentido, la Recomendación General 33 del Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹² desarrolla el contenido de las obligaciones de los Estados para asegurar el acceso efectivo de las mujeres a la justicia e identifica seis componentes del acceso a la justicia: la justiciabilidad —que presupone la existencia del recurso, pero también la capacidad del titular del derecho de acceso a la justicia—, la disponibilidad, la accesibilidad, la buena calidad, el suministro de recursos y la rendición de cuentas. Estos componentes se orientan a garantizar que la justicia sea igualmente accesible para todas las personas. Sin embargo, la justicia de los resultados está condicionada al menos por tres aspectos adicionales a los que la recomendación se refiere, y que trascienden la organización del sistema de justicia: la eliminación de las leyes, procedimientos y prácticas discriminatorias, la formación para combatir los estereotipos y prejuicios asociados a ciertas personas —como las mujeres o las personas con discapacidad, que son compartidos por las y los operadores jurídicos y condicionan el resultado del recurso— y la educación y la concienciación a la sociedad en general.

La CDPD del 2006 reconoce expresamente y como tal el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en su artículo 13, con el siguiente contenido:

1. 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.

La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

¹² Naciones Unidas, Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, Distribuida el 3 de agosto de 2015.

2. 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.

Para entender el alcance de este derecho, es importante considerar las observaciones del Comité, así como los Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad —2020— de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CDPD) y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad. En lo que sigue, se presentarán las principales barreras que, de acuerdo con estos instrumentos, obstaculizan el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, así como los elementos claves que en general los poderes públicos —especialmente los y las agentes implicados en la administración de justicia— han de considerar para una adecuada garantía de este derecho humano, imprescindible para que las personas con discapacidad puedan hacer valer el resto.

II. Barreras en el acceso a la justicia

En la medida en que el derecho de acceso a la justicia se entiende como acceso efectivo, la justiciabilidad, la disponibilidad, la accesibilidad, la calidad, el acceso a los recursos y la rendición de cuentas deben garantizarse de modo tal que se eliminen las barreras que puedan suponer un obstáculo para las personas con discapacidad.

Hay un documento de gran interés en la esfera de la protección de los derechos de las personas con discapacidad que es el que recoge los ya aludidos Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad —2020— de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité CDPD y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad. Este documento ha sido

refrendado por la Comisión Internacional de juristas, la Alianza internacional de la Discapacidad y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Resulta de utilidad para entrar en contexto, destacar los obstáculos a los que se enfrentan las personas con discapacidad que el documento pretende afrontar:

Entre estos obstáculos figuran las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica; las dificultades de accesibilidad física a las instalaciones de administración de justicia, como los tribunales y las comisarías de policía; la falta de transporte accesible hacia y desde estas instalaciones; los obstáculos para acceder a la asistencia y representación jurídicas; la no disponibilidad de información en formatos accesibles; las actitudes paternalistas o negativas que cuestionan la capacidad de las personas con discapacidad para participar en todas las fases de la administración de justicia; y la falta de formación de los profesionales que trabajan en la esfera de la justicia. En el sistema de justicia, a menudo se considera que las personas con discapacidad no son dignas o no pueden beneficiarse de las garantías procesales que se ofrecen a todos los demás ciudadanos, o incluso que éstas pueden resultarles perjudiciales. Hasta derechos fundamentales, como el derecho a guardar silencio y la presunción de inocencia, pueden denegarse ya sea de forma directa, en la legislación o las políticas, o indirecta, en la costumbre y la práctica. Esto acarrea enormes riesgos de consecuencias negativas como confesiones falsas, veredictos erróneos o situaciones de privación ilícita de libertad.¹³

A partir del texto transcrito, es posible identificar algunas barreras que tienen que ver con el funcionamiento de la justicia y otras, específicamente con la falta de reconocimiento de capacidad procesal, ambas suponen un obstáculo incluso a la justiciabilidad, al impedir que las personas con discapacidad puedan ejercer la acción.

A propósito de las barreras que tienen que ver con el funcionamiento de la justicia, en términos generales, Cappelletti y Garth identifican el costo del litigio y las

¹³ Naciones Unidas, Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad, *Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad*, 2020, pp. 6 y 7.

diferencias de poder entre las partes litigantes como barreras susceptibles de dejar el acceso a la justicia sin contenido para algunas personas.¹⁴ Las personas con discapacidad se encuentran entre aquellas que en mayor medida se ven perjudicadas por tales barreras, y para ellas accesibilidad, la disponibilidad y la calidad de los procesos queda en entredicho.

Efectivamente, el acceso a la justicia se hace difícil para las personas con discapacidad porque los procesos son costosos. En la medida en que las personas con discapacidad encuentran barreras para el acceso a los recursos económicos, también su nivel de renta es en términos generales menor que el de las personas sin discapacidad, lo que hace que tengan mayores dificultades para asumir los costes derivados del proceso;¹⁵ algunos de los cuáles, pueden ser particularmente elevados, como aquellos que tienen que ver con la asistencia jurídica. Además, los procesos pueden ser largos, lo que implica que los costes se incrementen, pero también, que en el cálculo de oportunidad, la demora en obtener una compensación sea un argumento en contra de iniciar un proceso. Particularmente, los costes resultan disuasorios cuando se plantean procesos en relación con cuestiones de menor cuantía. Cuando el problema del coste de la asistencia jurídica puede resolverse, aparece una barrera adicional que tiene que ver con las dificultades para que esa asistencia tenga formación en materia de derechos de las personas con discapacidad.

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer entiende, como se ha apuntado, que la accesibilidad es uno de los elementos del acceso a la justicia y que esta requiere “que los sistemas de justicia, tanto oficiales, como cuasi judiciales, sean seguros, se puedan costear y resulten físicamente accesibles a las mujeres, y sean adaptados y apropiados a las necesidades de las mujeres, incluidas las que hacen frente a formas interseccionales o compuestas de discriminación”.¹⁶ Si se traslada esta exigencia a las personas con discapacidad, podemos ver como la accesibilidad en este caso, se ve afectada, conforme

¹⁴ Cf., Capelleti y Garth, *Óp. Cit.*, *passim*.

¹⁵ Flyn y Lawson, *Óp. Cit.*, p. 11.

¹⁶ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2015, párr. 14.

a lo anterior, por el coste y por la falta de formación de la abogacía. Pero también porque existen barreras físicas, sensoriales y cognitivas a las que hay que sumar las barreras actitudinales —derivadas de los prejuicios y estereotipos sobre las personas con discapacidad presentes en las sociedades—, que comparten las y los operadores jurídicos y que afectan de modo diferente a las mujeres con discapacidad; provocando actitudes de desconfianza, hostiles o paternalistas hacia ellas.¹⁷ En numerosas ocasiones, los prejuicios y estereotipos impiden que las garantías penales y procesales —como la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio o la asistencia jurídica— se hagan efectivas para las personas con discapacidad.

Por otro lado, las personas con discapacidad enfrentan barreras que contribuyen a debilitar su posición en el proceso. En primer lugar, porque impiden la disponibilidad, que “exige el establecimiento de tribunales y otros órganos cuasi judiciales o de otro tipo en todo el Estado parte, tanto en zonas urbanas como rurales y remotas, y su mantenimiento y financiación”.¹⁸ Si la justicia no está disponible de por sí en igualdad de condiciones para todas las personas, por ejemplo, porque las instituciones para las que hay mayor dotación de recursos se ubican en las ciudades, entonces resultan todavía más inaccesibles para las personas con discapacidad que habitan en otros lugares, en un contexto en el que la accesibilidad en los medios de transporte dista mucho de ser una realidad, o que incluso en muchos casos no viven en comunidad.

En situaciones de riesgo y emergencias humanitarias, tales como conflictos armados, ocupación de territorios o desastres naturales, la disponibilidad en relación con el acceso a servicios de recuperación o rehabilitación y el acceso a la justicia suele ser escasa para las personas con discapacidad. Si además se trata de mujeres, “están más expuestas a la violencia sexual”, y también tienen menos probabilidades de acceder a estos servicios.¹⁹

¹⁷ Flynn y Lawson, *Óp. Cit.*, p. 10.

¹⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General Núm. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, Aprobada el 29 de marzo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2015, párr. 14.

¹⁹ Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Observación, General Núm. 3 Mujeres y niñas con discapacidad, Adoptada el 26 de agosto de 2016, CRPD/C/GC/3, párr. 49.

Tampoco es posible afirmar que las personas con discapacidad tengan acceso a una justicia de calidad pues, parafraseando al Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, esto requiere que los componentes del sistema “se ajusten a las normas internacionales sobre competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad”, pero también que “provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones”, en lo que aquí interesa, de discapacidad. Asimismo, es preciso que los sistemas de justicia sean flexibles y sensibles a las cuestiones de discapacidad, teniendo en cuenta las demandas de justicia de las personas con discapacidad.²⁰

Para las personas con discapacidad, el estándar internacional marcado por la CDPD todavía está lejos de cumplirse en muchos de los Estados Parte. Entre otras razones debido a los estereotipos que pesan sobre las personas con discapacidad; —sobre todo aquellas con discapacidad intelectual y psicosocial cuyos testimonios se perciben como menos fiables o creíbles,²¹ pero también a la falta de formación de los y las profesionales del Derecho—, que impide que la discapacidad sea identificada. A esto, en ocasiones, se suma la rigidez de los procesos, que dificultan la implementación de los ajustes de procedimiento requeridos para que las personas con discapacidad disfruten de una justicia de calidad.

Efectivamente, el proceso no se ha diseñado pensando en las personas con discapacidad en los distintos roles —testigos, demandantes, demandados, víctima—. Por el contrario, las pautas están estandarizadas y la tendencia a economizar el tiempo redundante en perjuicio de la atención y la inclusión de la diversidad. Al respecto, una cuestión a la que conviene prestar atención es a la digitalización de la justicia y al impacto que puede tener sobre las personas con discapacidad; en la medida en que para ellas la brecha digital es mayor por razones que tienen que ver con su situación económica, con las dificultades para acceder a la educación

²⁰ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2015.

²¹ Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 1 Igual reconocimiento como persona ante la ley, Adoptada el 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1, párr. 39.

y las carencias en cuanto a la accesibilidad física, sensorial y cognitiva de las herramientas que se habilitan. Asimismo, cuando la digitalización implica la posibilidad de que algunas de las fases del proceso se realice a distancia, es necesario prevenir los riesgos para la inmediatez que puedan generar las anteriores barreras y que pueden impactar negativamente en la posibilidad de intervención de las personas con discapacidad en los distintos roles, a la intervención de las personas con discapacidad en las actuaciones que guarden relación con sus derechos (por ejemplo, relativos a la capacidad o a la decisión sobre beneficios penitenciarios).

Tampoco las entidades que representan a las personas con discapacidad tienen, con carácter general, legitimidad o legitimidad suficiente en los procesos. Otras entidades, como las organizaciones sindicales o de consumidores, que pueden tener la posibilidad de intervenir en algunos contextos, no tienen incorporada suficientemente la perspectiva de la discapacidad. El resultado es que es sencillo que todo el procedimiento se desenvuelva desconsiderando la perspectiva de los derechos de las personas con discapacidad.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la calidad de los sistemas de justicia es todavía peor en el caso de las mujeres con discapacidad, como también lo es para los niños y las niñas con discapacidad. El Comité CDPD en la Observación General Núm. 3 del 2016, sobre mujeres y niñas con discapacidad se refiere en diversos momentos a las barreras que específicamente enfrentan las mujeres y, en concreto, insiste en las que dificultan su acceso a la justicia cuando son víctimas de explotación, violencia y abuso. Menciona el Comité los estereotipos, la discriminación y la falta de ajustes razonables y procedimentales como cuestiones que afectan a la calidad del proceso en la medida en que pueden tener como consecuencia que se dude de la credibilidad del testimonio de las mujeres y se desestimen sus acusaciones. Asimismo, y en la medida en que, se ha dicho, en los procesos no se tiene en cuenta la diversidad, las víctimas pueden resultar intimidadas e incluso ser disuadidas de seguir adelante con su búsqueda de la justicia. Menciona también el Comité la complejidad de los procedimientos de información y cómo pueden ser degradantes para las mujeres con discapacidad, por ejemplo, porque se deriva a las víctimas a los servicios sociales, en lugar de

proporcionarles recursos jurídicos o, en ocasiones, por “la actitud displicente de la policía u otras fuerzas del orden”.²²

En estas condiciones, tampoco los sistemas de acceso a la justicia ofrecen a las personas con discapacidad una protección viable y una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido es decir, no está protegido su acceso a los recursos-, ni se rinde cuenta suficientemente sobre la coherencia de la respuesta del sistema con las exigencias del acceso a la justicia de las personas con discapacidad, que serían también componentes esenciales del derecho.²³ Para que la rendición de cuentas fuera efectiva, los Estados deberían garantizar “que toda la información pertinente esté disponible y sea accesible, que se lleve un registro adecuado de todas las reclamaciones, las causas y las órdenes judiciales y que se informe al respecto”.²⁴

Pero de todas las barreras que dificultan o impiden el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, conviene prestar especial atención a cómo opera la denegación de la capacidad jurídica. Conforme ha sido apuntado, se trata de un condicionante que afecta incluso a la justiciabilidad. La privación de capacidad impide el acceso a la justicia, tanto si es *de iure* como si se produce *de facto*. Frecuentemente las personas con discapacidad son infantilizadas —con o sin decisión formal sobre su capacidad jurídica—, lo que limita su independencia y hace perder credibilidad de su testimonio. Además, a veces se les niega formalmente su capacidad para ejercer por sí mismas el derecho de acceso a la justicia lo que necesariamente implica impedir su acceso a los remedios jurídicos. El resultado es que existen muchas posibilidades de que las vulneraciones de derechos queden impunes y las víctimas no hallen una adecuada reparación. Tal y como señala el Comité CDPD en su Observación General Núm. 1, —relativa al igual reconocimiento como persona ante la ley— la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad impide que puedan ejercer su derecho de acceso a la justicia. Asimismo, señala el Comité,

²² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, 2016, CRPD/C/GC/3. párr. 52.

²³ *Cf.*, Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2015, párr. 14.

²⁴ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2018, párr. 54.

“con frecuencia se ha excluido a las personas con discapacidad del desempeño de funciones esenciales en el sistema de justicia, en calidad de abogados, jueces, testigos o miembros de un jurado”.²⁵

Es necesario insistir en que las barreras que tienen que ver con la capacidad pueden operar de forma diferente cuando se trata de mujeres, niños y niñas con discapacidad que han sido víctimas de violencia, explotación o abuso. En primer lugar, porque las personas que pueden ejercer la acción en su nombre pueden ser quienes han vulnerado sus derechos, pero también, como una cuestión de hecho, porque “es posible que las mujeres con discapacidad también teman denunciar los casos de violencia, explotación o abuso porque les preocupa que puedan perder el apoyo necesario de los cuidadores.”²⁶ Además, los testimonios de las mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial son frecuentemente desestimados en procedimientos judiciales a causa de la capacidad jurídica, denegando así el derecho cuando son víctimas de violencia.²⁷

El estatuto migratorio se convierte en una barrera adicional para las personas con discapacidad refugiadas, migrantes y solicitantes de asilo, especialmente para las mujeres que están expuestas a la violencia y a las que además, en ocasiones, se les niega el derecho a acceder a los sistemas de salud y de justicia precisamente “debido a su situación en relación con la ciudadanía”.²⁸

La falta de eficacia de otros derechos, como el derecho a la educación,²⁹ también se convierte en una barrera para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, que a veces no identifican las vulneraciones o desconocen los recursos jurídicos o las vías para acceder a los recursos económicos que les permitan hacer valer sus derechos.³⁰

²⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, *passim*.

²⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, 2016, CRPD/C/GC/3, párr. 52.

²⁷ *Idem*, párr. 17.

²⁸ *Idem*, párr. 49.

²⁹ Ortoleva, “Inaccessible Justice: Human Rights, Persons with Disabilities and the Legal System”, en *ILSA Journal of International And Comparative Law*, N° 17:2, p. 286.

³⁰ Flynn y Lawson, *Óp. Cit.*, p. 10.

El artículo 13 de la CDPD establece las obligaciones orientadas a eliminar estas barreras que los Estados Parte deben satisfacer. A continuación, se abordará el análisis de los distintos aspectos que se relacionan con estas obligaciones, que aparecen concretadas en los *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de para las personas con discapacidad*.³¹

Como se desprende de lo hasta aquí señalado, algunas de las barreras tienen que ver con condiciones estructurales y algunas otras con el modo en el que los procesos están estructurados, por lo que su eliminación escapa a la esfera de intervención de la judicatura. Sin embargo, aparte del papel que el Poder Judicial puede desempeñar para impulsar cambios, la identificación de las barreras es un paso adelante para paliar sus efectos en los casos concretos e incluso algunas de ellas pueden ser subsanadas modificando las pautas de actuación de las y los operadores jurídicos que las generan o contribuyen reforzarlas.

III. Capacidad procesal

Todavía hoy, las personas con discapacidad, y en mayor medida las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, se ven sometidas a discriminaciones que, en términos generales, obedecen a la falta de aceptación del modelo social como adecuado en relación con ellas. Esta perspectiva conduce a una inadecuada o inexistente implementación del artículo 12 de la Convención que, conforme se vio en el Capítulo 3, establece el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley. Entre otras cuestiones el artículo 12 implica la obligación de los Estados a reconocer capacidad jurídica a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida, de proporcionarles acceso al apoyo que pueda ser requerido para el ejercicio de esta capacidad y de establecer las salvaguardias adecuadas para impedir abusos.

Es urgente, desde este punto de vista, la revisión de las normas sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en particular aquellas con discapaci-

³¹ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2020.

dad intelectual y psicosocial, para la adecuada protección de sus derechos humanos. La vulneración del artículo 12 implica para las personas con discapacidad, que también se les prive de la posibilidad de defenderse en Derecho, por cuanto el acceso a la justicia se condiciona a la capacidad procesal. Al respecto, el Comité CDPD, en su Observación General sobre el artículo 12 subraya que “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”.³² Las dificultades de las personas con discapacidad para desempeñar los distintos roles dentro del sistema de justicia también se relacionan con su consideración como personas “incapaces”.

Para la efectividad del derecho, no solo se requiere eliminar las trabas formales, además el Comité considera necesario impartir formación a “los agentes de policía, los trabajadores sociales y otras personas que intervienen en las respuestas iniciales” y a la judicatura para reconocer la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, respetar su capacidad jurídica y su legitimidad para actuar y dar crédito a sus denuncias y declaraciones.³³

Asimismo, es un requisito fundamental que se provean los apoyos en el ejercicio de la capacidad, para la intervención de las personas con discapacidad en las actuaciones jurídicas —ya sean judiciales, administrativas o de otro tipo, como puede ser la intervención en actos notariales—.

Apoyos que, según el Comité, pueden ser de distinto tipo:

como el reconocimiento de distintos métodos de comunicación, la autorización de los testimonios por vídeo en determinadas situaciones, la realización de ajustes procesales, la prestación de servicios de interpretación profesional en lengua de señas y otros métodos de asistencia. También se debe impartir capacitación a los

³² Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2014, párr. 38.

³³ *Idem*, párr. 39.

jueces y sensibilizarlos sobre su obligación de respetar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, con inclusión de su capacidad legal y de su legitimación para actuar.³⁴

En coherencia con la importancia del reconocimiento de la capacidad para una adecuada garantía del acceso a la justicia, el Principio Internacional 1 establece que “todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y, por lo tanto, a nadie se le denegará el acceso a la justicia por motivos de discapacidad”.³⁵ Para conseguir este objetivo, los Estados deben garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y proveer el apoyo y los ajustes necesarios para ejercerla. Para ello, han de revisar la normativa que limita la capacidad procesal de las personas con discapacidad, incluidas las que admiten la sustitución y las que hacen referencia a expresiones como *estar en su sano juicio* como condición para el acceso a la justicia. Esta revisión se extiende a las normas que impiden a las personas con discapacidad intervenir en los procedimientos sobre la base de juicios sobre su capacidad, como los relativos a la *aptitud para ser juzgadas* o a ser *incapaz para defenderse* y a las que condicionan la decisión sobre la capacidad de intervenir de una persona a su valoración con criterios exclusivamente médicos. Asimismo, los Estados deben garantizar el derecho a recibir los ajustes de procedimiento necesarios y determinados individualmente; proporcionar facilitadores, si fuera necesario, para garantizar una participación *segura, justa y efectiva*; garantizar la posibilidad de que las personas con discapacidad soliciten el restablecimiento de su capacidad y tengan acceso a asistencia jurídica a tal fin; establecer mecanismos alternativos y, de modo muy importante, derogar las normas, políticas, directrices y prácticas que sometan a las personas acusadas con discapacidad a privación de libertad por tiempo indefinido sobre la base de su peligrosidad o de la necesidad de cuidados.

En definitiva, para que los Estados satisfagan su obligación de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas —art. 13 CDPD— resulta imprescindible la adecuación de

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2020, *passim*.

los sistemas de capacidad al art. 12 CDPD, basado en los apoyos en la toma de decisiones y las salvaguardas y no en la sustitución. Asimismo, esta modificación tiene que verse reflejada en las reglas sobre capacidad procesal, punto en el que los apoyos se hacen especialmente importantes.

A pesar de las reformas³⁶ en México subsisten normas que requieren “capacidad mental” a las personas para poder llevar a cabo por sí mismas ciertos actos, y todavía se mantiene la posibilidad de la interdicción. En algunos casos, estas normas han sido consideradas inconstitucionales por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De especial interés con respecto al derecho de acceso a la justicia resulta la resolución en el caso AR 1368/2015,³⁷ del 13 de marzo de 2019, en la cual, entre otras implicaciones de la interdicción —que considera inconstitucional—, se cuestiona el proceso, en el que se vulneró el derecho de audiencia de la persona porque se sustituyó su participación por las manifestaciones de quien ejercía la tutela —como se ve en el párr. 53—, y en relación con el cual no consta que se explicasen a la persona “en un lenguaje accesible y tomando en cuenta su discapacidad, las consecuencias jurídicas del proceso judicial en el que estaba involucrado”, ni consta tampoco su opinión al respecto.

También conviene recordar la decisión sobre el caso ADR 8389/2018, del 8 de mayo de 2019,³⁸ que considera inconstitucional, sin posibilidad de interpretación conforme, la regulación de la interdicción en los artículos 23 y 450 II del Código civil federal y del Código Civil y del Código de Procedimientos civiles de Aguascalientes, entre otras razones, porque no dan lugar a la intervención de la persona con discapacidad en el proceso.

³⁶ Que incluso han llevado a que en la Constitución Política de la Ciudad de México (2017) se establezca, en el artículo 11. G. 2, la obligación de las autoridades de implementar un sistema de salvaguardias y apoyos en la toma de decisiones que respete la voluntad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

³⁷ Disponible en «<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/AR%201368-2015%20p%C3%BAblica.pdf>». [Consultado el 10 de junio de 2021].

³⁸ «https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-04/ADR-8389-2018-190431.pdf».

Por su parte, en la decisión sobre el caso AR 702/2018,³⁹ del 11 de septiembre de 2019, la vulneración de derechos de las personas con discapacidad se produce en relación con la intervención en un acto notarial de constitución de una asociación civil de personas con discapacidad. En dicho acto, el Notario consideró que las personas con discapacidad intervinientes carecían de la capacidad necesaria, a pesar de no estar sujetas a una incapacidad civil. El resultado fue que no se tuvo en cuenta su voluntad y la escritura pública de constitución no resultó coherente con lo que estas personas querían. En este caso, la declaración de constitucionalidad se extiende al art. 450, fracción II del Código Civil y los artículos 102, fracción XX y 105 de la Ley del Notariado de la Ciudad de México. La Corte insiste en que “al igual que en sede jurisdiccional, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad del orden mental o intelectual, también debe ser replanteada en la sede notarial, en acatamiento de la Convención y su paradigma social y de derechos humanos” como se ve en el párr. 186. Lo anterior implica que, si se constata la falta de “capacidad para discernir” de la persona, el profesional de la Notaría debe proveer los apoyos y salvaguardias requeridos como se ve en el párr. 195. No obstante, no se designaron personas de apoyo ni tampoco, a pesar de la solicitud, se les concedió un formato de lectura fácil del instrumento, ni condiciones de accesibilidad de comunicación, ni explicaciones de manera fácil y sencilla de los aspectos técnicos del acto.

IV. Accesibilidad

Para entender el modo en el que en la Convención operan los conceptos de accesibilidad universal y ajustes razonables, es preciso tener muy en cuenta el significado de la idea de normalidad en el modelo social⁴⁰ y en la Convención, partiendo de que la discriminación sufrida por las personas con discapacidad se considera una cuestión de derechos humanos. Con estos presupuestos, se pone de manifiesto que la *normalidad* es una cuestión de poder y que, en buena medida,

³⁹ Disponible en «https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-09/AR-702-2018-190912.pdf». [Consultado el 10 de junio de 2021]

⁴⁰ Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, pp. 103-203.

el modo en el que una característica individual influye en la capacidad de funcionar de las personas tiene que ver con el entorno, con lo que la discapacidad es el resultado de la interacción de ambas. En este marco, la accesibilidad se refiere a la necesidad de que los entornos se construyan, se organicen y funcionen teniendo en cuenta a la diversidad de personas y, tal y como se ha visto en el capítulo 2, es un requisito para la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. También se ha planteado que existen dos vías para conseguir la accesibilidad universal, ambas se mencionan en la CDPD y no constituyen disyuntivas, sino estrategias diferenciadas que corresponderá utilizar en función de la situación. Así, es posible, en la terminología del Comité CDPD, diferenciar entre la accesibilidad “en relación con los grupos” y la accesibilidad “en relación con los individuos”.

La accesibilidad *en relación con los grupos* implica, a partir de la constatación de la diversidad, organizar el entorno —entendiendo entorno en sentido muy amplio— de modo que se eliminen todas las barreras que puedan preverse. En este sentido, la accesibilidad genera obligaciones *ex ante*. Se trata de pensar que los espacios, bienes, servicios, procesos, etc., que van a ser utilizados por personas diversas y de garantizar la usabilidad de tales espacios, bienes, servicios y procesos para toda esa variedad de usuarios. Las obligaciones de accesibilidad, una vez determinadas, no están condicionadas a un test de razonabilidad, y ello es igual tanto si se trata de un diseño nuevo, como de eliminar barreras en los casos en los que no se había diseñado para todas las personas.

Por lo que respecta al aspecto que el Comité denomina *en relación con los individuos*, la estrategia para la accesibilidad son los ajustes razonables. Los ajustes razonables operan cuando han sido satisfechas las obligaciones de accesibilidad, el resultado sigue generando barreras para ciertas personas, y para eliminarlas tales barreras se requieren medidas que no están incluidas en los estándares de accesibilidad. A diferencia de la accesibilidad, los ajustes han de implementarse una vez que una persona solicita el acceso a un espacio, bien, producto o proceso —el Comité señala que es una obligación *ex nunc*—. En este caso, quien tenga la obligación de realizar el ajuste puede excusarse si representa una carga “indebida”, aunque su denegación en otro caso constituye una discriminación.

Con carácter general, la accesibilidad exige que los procesos en los que se sustancia el acceso a la justicia se diseñen de modo que permitan la participación de las personas con discapacidad. Al respecto, el Comité señala a modo de ejemplo algunas medidas que deben implementarse: transmisión de información de manera comprensible y accesible, el reconocimiento de distintas formas de comunicación y adaptación a su uso, accesibilidad física en todas las etapas del proceso y apoyo financiero en caso de asistencia letrada “si procede, y con sujeción a los requisitos reglamentarios en cuanto a medios de vida y justificación de esa ayuda”.⁴¹

La accesibilidad como garantía de la igualdad de acceso a la justicia sin discriminación constituye el Principio Internacional 2, y el Principio Internacional 6 se refiere específicamente al derecho de las personas con discapacidad a la asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible. Los Estados deben establecer las reformas normativas que garanticen la accesibilidad a las instalaciones y servicios. Asimismo, deben garantizar que los medios de transporte utilizados en el sistema judicial sean accesibles, y asegurar los recursos financieros suficientes para garantizar la accesibilidad física. Cuando las instalaciones o servicios no garanticen el acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, el transporte, la información o las comunicaciones existentes, deben garantizarse los ajustes de procedimiento requeridos para que no se perjudique la efectividad del acceso a la justicia. Puesto que el coste puede ser una barrera, los Estados también tienen la obligación de proporcionar asistencia jurídica competente y en el momento oportuno. Esta asistencia debe ser gratuita o a un precio asequible para los niños y las niñas con discapacidad en todos los casos, y para todas las demás personas con discapacidad cuando estén en juego sus derechos humanos.⁴²

La accesibilidad depende, en buena medida, de que las y los profesionales que intervienen en las distintas etapas en las que las barreras se producen cumplan con las obligaciones negativas y positivas que se derivan del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. De este modo, deben procurar que su actuación no genere barreras, pero también deben actuar para eliminar las

⁴¹ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2018, párr. 52.

⁴² Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2020, 6.1.

que puedan existir. Específicamente, los órganos judiciales, como parte de su responsabilidad, han de velar porque el resto de intervinientes cumplan con su parte y deben además activar los instrumentos a su alcance para garantizar la efectividad de los derechos que corresponden a las personas con discapacidad en los distintos roles que pueden asumir en el proceso.

V. Ajustes de procedimiento

Conforme a lo que se ha señalado, las rigideces del proceso, en términos generales concebido sin tener en cuenta la diversidad de las personas, generan barreras para las personas con discapacidad. Para evitar estas barreras, el artículo 13 CDPD establece que los Estados deben realizar “ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos”. Los ajustes de procedimiento se presentan, así, como medidas de flexibilización orientadas a eliminar las barreras que puedan encontrar las personas con discapacidad, para permitir su participación y conseguir que los procesos sean transparentes.⁴³

El concepto es distinto del de accesibilidad y del de ajustes razonables; frente a los segundos, los ajustes de procedimiento no están condicionados a que sean proporcionales en el sentido de que su implementación no depende de que “no impongan una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos”.⁴⁴ Sin embargo, y a diferencia de las medidas de accesibilidad, en algunas ocasiones la decisión sobre los ajustes disponibles podrá estar prevista como posibilidad con carácter universal —*ex ante*— y en otras ocasiones deberá llevarse a cabo teniendo en cuenta las barreras que la persona concreta pueda encontrar ante su intervención en un proceso desempeñando un rol específico —*ex nunc*—. Los ajustes deben implementarse teniendo en cuenta la diversidad dentro de la discapacidad,⁴⁵

⁴³ Naciones Unidas, *Óp. cit.*, 2018, párr. 51.

⁴⁴ *Idém.*, párr. 25.

⁴⁵ Una herramienta de gran interés que se ha generado en España es la Guía elaborada por Plena Inclusión, *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, 2018.

por lo que lo adecuado es que se decidan antes del inicio del proceso. Pueden incluir medidas tales como la utilización de personas intermediarias —facilitadoras—, ciertas modificaciones en los procedimientos —como la adopción de medidas de grabación del testimonio que impidan que la persona tenga que ser interrogada reiteradamente—, adaptaciones del entorno —como espacios amigables que puedan resultar menos intimidatorios— o apoyo a la comunicación.⁴⁶

El derecho de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, a ajustes de procedimiento adecuados, es el principio internacional 3. A lo largo de sus directrices se concede una gran importancia a la figura de intermediación o facilitación independiente, cuya función es prestar asistencia en materia de comunicación a las partes y al sistema de justicia para determinar si se necesitan apoyos y ajustes y cuáles son los adecuados.

A propósito de los ajustes y modificaciones de los procedimientos, se insiste en que el objetivo es garantizar el trato justo y la plena participación de las personas con discapacidad, incluidos niños y niñas, y se señalan algunos ejemplos como la adaptación del lugar, la adecuación del espacio de espera, la eliminación de elementos intimidatorios como togas o pelucas, los ajustes del ritmo, o permitir que las personas con discapacidad estén acompañadas por alguien de su confianza. También es necesario que se dispongan de las medidas de apoyo a la comunicación que puedan requerirse para hacer posible la intervención de las personas con discapacidad en todos los roles.

En los Principios y Directrices Internacionales se tiene muy en cuenta la importancia de los ajustes de procedimiento para las personas acusadas de delitos, presas y detenidas. En el escenario post-pandemia, en el que ha acontecido una intensificación de la justicia digital, es necesario desplegar medidas adecuadas para que no se haga todavía más difícil identificar la discapacidad, implementar apoyos a la comunicación y a la comprensión y otros apoyos que puedan requerirse. Resulta fundamental, también en este marco, la adecuación de los tiempos.

⁴⁶ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2020, 3.1.

Los ajustes de procedimiento son una herramienta fundamental de la que dispone la persona juzgadora para garantizar que las condiciones de imparcialidad requeridas para el correcto desempeño de su función.

VI. Garantías sustanciales y procesales

Como se ha visto anteriormente, la efectividad del acceso a la justicia para las personas con discapacidad se ve condicionada por los estereotipos, a veces incluso presentes en la normativa— que permiten excepciones a las salvaguardias sustantivas y de procedimiento previstas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho interno los Estados miembros con carácter general. Frente a esta situación, el Principio 5 se refiere al derecho de las personas con discapacidad a todas las salvaguardias en igualdad de condiciones con las demás y a la obligación de los Estados de realizar los ajustes necesarios para garantizar el debido proceso. Ello supone que los Estados deben garantizar la igualdad en la aplicación de las salvaguardas que se contienen, entre otros, en los artículos 9.4 PIDCP, 14 PIDCP, 8 CADH y 18,19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las normas que prevén excepciones en las garantías (por ejemplo, las que tienen que ver con el internamiento involuntario por razón de discapacidad o en determinados supuestos con las personas con discapacidad psicosocial en los procesos penales) deben ser revisadas. Además, se deben adoptar las medidas necesarias para proporcionar información sobre los derechos que sea accesible y comprensible, evitar las discriminaciones por razón de discapacidad, y abolir el uso de la fuerza por motivos de discapacidad —también en términos generales admitida por en el Derecho interno en caso de personas con discapacidad psicosocial— recurriendo a medidas alternativas como la prestación de apoyo.⁴⁷

Los ajustes de procedimiento resultan esenciales para que las garantías procesales sean efectivas en el caso de las personas con discapacidad, como también resulta imprescindible asegurar la disponibilidad de los ajustes y apoyos para

⁴⁷ *Idem.*, 2020, 5.2 c.

que el derecho de las personas con discapacidad, a decidir cómo defenderse, sea una realidad. Asimismo, los Principios y Directrices Internacionales recuerdan que los Estados tienen la obligación de velar porque los servicios de atención sanitaria y apoyo psicosocial no se condicionen, para las personas con discapacidad que los soliciten, a la aceptación de cargos, confesión o condena.⁴⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene varios pronunciamientos a propósito de los ajustes de procedimiento. Así, en la resolución del AR 159/2013,⁴⁹ del 16 de octubre de 2013, la Primera Sala subraya la necesidad de que las resoluciones que se refieran a las personas discapacidad intelectual sean redactadas también en formato de lectura fácil, que puede ser distinto para cada situación concreta. Asimismo, la Corte, en la decisión sobre el caso AR 3788/2017,⁵⁰ 9 de mayo de 2018, considera que es obligación del órgano juzgador implementar los ajustes de procedimiento necesarios cuando detecta que la discapacidad de una persona puede situarla en posición de desventaja, siempre que sean idóneos y no lesionen desproporcionadamente derechos de terceras personas, como se ve en el párr. 60).

VII. Mecanismos de control constitucional

La incorporación del Sistema Universal en el Derecho interno es distinta en los distintos Estados, esto hace que los tratados sobre derechos humanos, como la CDPD ocupen un lugar diferente en la jerarquía de fuentes y no siempre se integren en el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, cuando es así y, en todo caso, cuando las garantías de los derechos comprenden el control de constitucionalidad, la efectividad del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad exige se eliminen los obstáculos que puedan impedir que dispongan de este recurso en condiciones de igualdad con las demás personas.

⁴⁸ *Idém.*, 5.2 g.

⁴⁹ Disponible en «https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2013/2/2_150598_1764.doc». [Consultado el 10 de junio de 2021]

⁵⁰ Disponible en «https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2017/10/2_218787_4147.docx». [Consultado el 10 de junio de 2021]

En el caso de México, la Constitución establece, en su artículo 1, que

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

De acuerdo con lo anterior, el alcance del derecho de acceso a la justicia en México debe interpretarse de acuerdo con la CDPD que, en tanto que tratado internacional, pasa a integrar el bloque de constitucionalidad.⁵¹ Además, el texto introduce tanto el principio de interpretación conforme, como el principio *pro-persona*.

En la medida en que los tratados integran el bloque de constitucionalidad, el artículo 105 establece la competencia de la Suprema Corte de Justicia para conocer de las acciones de inconstitucionalidad que presente la Comisión Nacional de los Derechos Humanos contra las leyes federales, de las entidades federativas o los tratados internacionales que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Los organismos de protección equivalentes de las entidades federativas pueden, en las mismas condiciones, impugnar la constitucionalidad de las leyes de sus respectivas legislaturas.

Las garantías para hacer efectivo el acceso a la justicia, previstas en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad integran el derecho de acceso a la justicia en México. La infracción de estas garantías constituye una vulneración de la Constitución, susceptible de control de constitucionalidad, tanto mediante el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad como mediante el control difuso

⁵¹ Carmona, Tinoco, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, p. 182.

por parte de los órganos jurisdiccionales durante los procesos ordinarios. Asimismo, estas garantías forman parte del contenido del derecho a los efectos de su protección mediante el juicio de amparo que puede dar lugar a un control de constitucionalidad en concreto.⁵²

VIII. Participación en la administración de justicia

El derecho de las personas con discapacidad a participar en la administración de justicia constituye el contenido del Principio Internacional 7,⁵³ y tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva. Desde el punto de vista individual, no se puede afirmar la eficacia del derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad con las demás personas, si subsisten las trabas formales o materiales que impiden que las personas con discapacidad puedan desempeñar funciones directas en la administración de justicia. La realización de esta exigencia requiere revisar las normas y prácticas que establecen restricciones, así como la previsión de los ajustes razonables y de procedimiento que sean necesarios.

En el caso del desempeño de profesiones jurídicas, los organismos competentes para decidir sobre el acceso (en ocasiones consejos judiciales o consejos de colegios profesionales, por ejemplo) han de realizar los ajustes razonables necesarios en los programas formativos y en los procesos de selección y promoción, impedir la discriminación por razón de discapacidad y garantizar la accesibilidad de las instalaciones.

En su dimensión colectiva, las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan han de tener la posibilidad de participar en la adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con la justicia, a través de su intervención en los distintos organismos relevantes como “juntas, comités, comisiones, consejos de sentencias y órganos de orientación y vigilancia”.⁵⁴

⁵² Ferrer, Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma, passim*.

⁵³ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2020, *passim*.

⁵⁴ *Idem.*, 7.2 d.

La recolección de datos sobre participación de las personas con discapacidad en el sistema de justicia constituye una Directriz Internacional. Solo a partir de los datos es posible elaborar estrategias de reforma orientadas a conseguir la igualdad.⁵⁵

IX. Formación y toma de conciencia

Una parte importante de las barreras que impiden a las personas con discapacidad ejercer su derecho de acceso a la justicia en *condiciones de igualdad con las demás personas*, tiene que ver con estereotipos que permean el sistema de justicia y con lagunas de formación sobre la discapacidad y los derechos humanos de las personas con discapacidad en los itinerarios de las y los operadores jurídicos.⁵⁶ A partir de esto, resulta perentorio que se proporcionen “programas de sensibilización y formación sobre los derechos de las personas con discapacidad, particularmente en relación con su acceso a la justicia, a todos los trabajadores del sistema de justicia”.⁵⁷

El Comité CDPD al hilo de la Observación General sobre Igualdad y no Discriminación se pronuncia a propósito de la capacitación como una condición para la efectividad del acceso a la justicia. El Comité considera que la capacitación debe incluir: las complejidades de la interseccionalidad, la diversidad de las personas con discapacidad y el modo en que esta diversidad debe tenerse en cuenta para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, la autonomía individual de las personas con discapacidad, el reconocimiento de su capacidad jurídica y la importancia de que la comunicación sea eficaz y auténtica. Además, esta capacitación debe abarcar “a todo el personal, lo que incluye a abogados, magistrados, jueces, funcionarios de prisiones, intérpretes de lengua de señas e

⁵⁵ *Idem.*, 7.2 e.

⁵⁶ Sobre esta cuestión en Europa, pueden verse las conclusiones de los Seminarios sobre las lagunas en la formación de operadores jurídicos llevados a cabo en el marco del Proyecto Just for All, financiado por el EU Justice Programme 2014-2020. Disponible en « https://78dde82f-f3fc-4414-a854-627948964997.filesusr.com/ugd/e65341_9eae26c268104f7795349562f8a5c6aa.pdf ». [Consultado el 10 de junio de 2021]

⁵⁷ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2020, Principio 10.

integrantes del sistema policial y penitenciario”.⁵⁸ Los Principios y Directrices Internacionales, que contienen una enumeración de los temas mínimos a cubrir, extienden esta necesidad de formación a profesionales de la salud, expertos forenses, profesionales de servicios a víctimas y trabajadores sociales.

Para que la formación sea una realidad, los Estados deben generar las normativas necesarias para convertirla en obligatoria, proporcionar formación continuada y dar cabida en el diseño y la supervisión de la formación a las personas con discapacidad y a las asociaciones que las representan.

En la medida en que el acceso a la justicia se ve obstaculizado para las personas con discapacidad porque en numerosas ocasiones no disponen de conocimientos que les permitan identificar las vulneraciones de sus derechos ni cuentan con los recursos disponibles, también las personas con discapacidad y sus familias deben ser provistas de formación e información al respecto.

La justicia es el resultado de una obra colectiva, por lo que la garantía de su acceso requiere el compromiso de todas y cada una de las personas implicadas. Sin embargo, la posición de la judicatura y las funciones que los ordenamientos le atribuyen, hacen que sea el órgano judicial el llamado a velar porque en cada proceso la tutela sea efectiva.

Bibliografía

AÑÓN ROIG, María José, “El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectiva y alcance”, en GARCÍA PASCUAL, C. (Coord.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempo de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 19-76.

BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (coords.), *La garantía del acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México D.F, Fontamara, 2011.

⁵⁸ Naciones Unidas, *Óp. Cit.*, 2018, párr. 5.

- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos humanos*, trad. M. Miranda, México D.F., Fondo de cultura Económica, 1996.
- CARMONA TINOCO, José Luis, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en SÁNCHEZ UGARTE, Pedro y CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 39-62. Disponible en «<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11939>». [Consultado el 10 de junio de 2021].
- CLAVERO, Bartolomé, “Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 97, 2013, pp. 181-199.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en SÁNCHEZ UGARTE, Pedro y CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 239-428. Disponible en «<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11939>». [Consultado el 10 de junio de 2021].
- FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coord.), *Justicia*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 111-142.
- FLYN, Eilionóir and LAWSON, Anna, “Disability and Access to Justice in the European Union: Implications of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *European Yearbook of Disability Law*, N° 4, 2013, pp. 7-44.

FRA, *Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities*, Luxembourg, European Union Agency of Fundamental Rights, 2010. Disponible en: «<https://fra.europa.eu/en/publication/2011/access-justice-europe-overview-challenges-and-opportunities>». [Consultado el 10 de junio de 2021]

GERARDS, Janneke and GLAS, Lize R., “Access to justice in the European Convention on Human Rights system”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2017, vol. 35 (1), pp. 11-30.

ONU, *Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales Observación General Núm. 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes, Aprobada en el Quinto Período de Sesiones*, 1990, Disponible en «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en». [Consultado el 1 de junio de 2021]

ONU (2004), Comité de Derechos Humanos Observación General Núm. 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, aprobada el 26 de mayo de 2004. Disponible en «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.13&Lang=es». [Consultado el 10 de junio de 2021]

ONU (2012), Asamblea General, “Declaración sobre la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional”, Resolución aprobada el 24 septiembre 2012 A/RES/67/1, Disponible en «<https://undocs.org/es/A/RES/67/1>». [Consultado el 1 de junio de 2021]

ONU (2014a), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Observación General Núm. 1 Igual reconocimiento como persona ante la ley, Adoptada el 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1. Disponible en «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.

aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en». [Consultado el 10 de junio de 2021]

ONU (2014b), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Observación General Núm. 2, Artículo 9: Accesibilidad, adoptada el 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/2. Disponible en «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en». [Consultado el 10 de junio de 2021]

ONU (2015), Recomendación General Núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, distribuida el 3 de agosto de 2015, CEDAW/C/GC/33. Disponible en «<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>». [Consultado el 1 de junio de 2021]

ONU (2016), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Observación General Núm. 3 Mujeres y niñas con discapacidad, adoptada el 26 de agosto de 2016, CRPD/C/GC/3. Disponible en «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en». [Consultado el 10 de junio de 2021]

ONU (2018), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Observación General Núm. 6, Igualdad y no discriminación, adoptada el 9 de marzo de 2018, CRPD/C/GC/6. Disponible en «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en». [Consultado el 10 de junio de 2021]

ONU (2020), Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad. *Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad*. Disponible en «<https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>». [Consultado el 1 de junio de 2021]

- ORTOLEVA, Stephanie, “Inaccessible Justice: Human Rights, Persons with Disabilities and the Legal System”, en *ILSA Journal of International And Comparative Law*, N° 17:2, 2010, pp. 281-320. Disponible en «<https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol17/iss2/1/>». [Consultado el 10 de junio de 2021]
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CINCA, 2008. Disponible en «<https://www.cer-mi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>». [Consultado el 10 de junio de 2021]
- PLENA INCLUSIÓN ESPAÑA (2018), *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*. Disponible en «https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/acceso_a_la_justicia_web.pdf». [Consultado el 10 de junio de 2021]
- XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2008), Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad. Disponible en: «https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilias_web.pdf». [Consultado el 10 de junio de 2021]

Recomendaciones para una justicia inclusiva en materia de discapacidad y género

Andrea Parra*

Iñaki Regueiro De Giacomi**

* Abogada por la Universidad de Los Andes, Colombia, y magíster en derecho de la Universidad de Boston. Trabaja como activista legal y tallerista experiencial. Coordina el Proyecto Grupo Artículo 12 de Latinoamérica.

** Abogado por la Universidad de Buenos Aires y magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la misma universidad. También es magíster en Derecho (LL.M.) con especialización en discapacidad por la Universidad de Syracuse, EE.UU. Integrante de Abogadxs por los Derechos Sexuales (AboSex). Coordinador del Área de Género e integrante del Equipo de la Oficina de Salud Mental y Derechos Humanos de la Asesoría general Tutelar (CABA). Coordina el Proyecto Grupo Artículo 12 de Latinoamérica.

Recomendaciones para una justicia inclusiva en materia de discapacidad y género. I. Introducción; II. Barreras para el acceso a la justicia; III. Buenas prácticas destinadas a garantizar el adecuado desarrollo del proceso; IV. Asuntos específicos a considerar en casos de violencia y discriminación interseccional por género y discapacidad; V. Sentencia judicial: reparación transformadora y accesibilidad de los fallos; VI. Comentarios finales.

I. Introducción

Es innegable que existe una profunda inequidad social, en especial cuando se combinan los factores de género y discapacidad. Según el Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud —OMS— y el Banco Mundial —BM—, publicado en 2011, un 19% de las mujeres tienen alguna discapacidad, en comparación con el 12% de los hombres.¹ En países de medio y bajo ingreso, el 75% de las personas con discapacidad son mujeres.² A su vez, las mujeres con discapacidad presentan menores niveles de alfabetismo, empleo, acceso a servicios de salud —incluyendo servicios de salud sexual y reproductiva— y de participación política.³

Por otro lado, no existen datos confiables sobre la situación de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex —en adelante personas LGBTI— con discapacidad. En general, la falta de datos es una de las principales barreras que existen para documentar la situación de las personas con discapacidad en el mundo y dictar políticas públicas acordes.

¹ OMS y BM, *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Disponible en: «https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf».

² Naciones Unidas Mujeres. Browne, *Issue brief: Making the SDGs count for women and girls with disabilities*. Disponible en: «<https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2017/6/issue-brief-making-the-sdgs-count-for-women-and-girls-with-disabilities>».

³ OHCHR. *Policy Guidelines for Inclusive Sustainable Development Goals. Gender Equality*.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante CDPD— contiene disposiciones específicas que reconocen la necesidad de incorporar una perspectiva de género para la garantía plena de los derechos de las personas con discapacidad. Así, el preámbulo en su literal “s” subraya dicha necesidad, el artículo 3 consagra la igualdad entre el hombre y la mujer como principio fundante y el artículo 6 explícitamente reconoce que las mujeres están sujetas a múltiples formas de discriminación y establece la obligación de los Estados de garantizar el pleno disfrute de sus derechos y libertades y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer.

La Observación General Núm. 3 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (Comité CDPD) —la cual interpreta y desarrolla el contenido del artículo 6 arriba citado— contempla tres ámbitos principales de preocupación en materia de vulneración de derechos de mujeres con discapacidad: la violencia; la salud y los derechos sexuales y reproductivos; y la discriminación.⁴ Afirma el Comité:

Como consecuencia de la discriminación, las mujeres representan un porcentaje desproporcionado de los pobres del mundo, lo que da lugar a una falta de opciones y oportunidades, especialmente en cuanto a los ingresos generados por un empleo formal. La pobreza es un factor agravante y el resultado de la discriminación múltiple. Las mujeres de edad con discapacidad se enfrentan en particular a numerosas dificultades para acceder a una vivienda adecuada, tienen más probabilidades de ser institucionalizadas y no tienen un acceso equitativo a programas de protección social y reducción de la pobreza.⁵

El Poder Judicial juega un rol fundamental en el desmantelamiento de las desigualdades que enfrentan las personas en razón de su género y su discapacidad.

⁴ CDPD, *Observación General Núm. 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad*, Doc. ONU CRPD/C/GC/3. Disponible en: «<https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/3>».

⁵ *Idem*, párr. 59.

Así, existen dos obligaciones particulares que atañen a quienes administran justicia. La primera es asegurar que los estrados judiciales no se constituyan en un nuevo espacio de vulneración de derechos y la segunda es garantizar un remedio judicial efectivo y proactivo ante las violaciones de derechos y el incumplimiento de otros poderes del Estado.

Cuando hablamos de la discriminación interseccional por género y discapacidad nos referimos a las experiencias de maltrato y exclusión que viven mujeres y niñas, personas trans, no binarias, intersex, lesbianas, bisexuales y gays con discapacidad,⁶ por el hecho de encarnar esas identidades; es decir, existen formas específicas de discriminación y violencia que enfrenta este grupo poblacional. A su vez existen condiciones sistémicas de desigualdad que perpetúan la exclusión de este grupo de personas. Es importante tener en cuenta que para asumir una perspectiva interseccional que garantice el acceso a la justicia hay que tener en consideración que la combinación de experiencias e identidades genera situaciones particulares para quien las vive —pues no se trata de una sumatoria de características—. Lo anterior implica un ejercicio de atención, de escucha y de sensibilidad ante realidades diversas que varían de persona a persona, y que nunca pueden reducirse a una concepción hegemónica.

Como bien lo manifiesta el *Protocolo para juzgar con perspectiva de Género* de la Suprema Corte de Justicia de México,

[l]a interseccionalidad implica reconocer que la situación específica de una persona es afectada de manera distinta que la de otras mujeres u hombres de acuerdo con sus características particulares, y que su invisibilización puede impactar negativa y desproporcionadamente a las personas que se encuentran, por esos factores, en una situación de mayor vulnerabilidad, desventaja o desigualdad.⁷

⁶ Dichas categorías no son mutuamente excluyentes, existen superposiciones posibles. Por ejemplo, una niña intersex con discapacidad pertenece a cuatro categorías —mujer, niña, intersex y persona con discapacidad—.

⁷ SCJN, *Dirección General de Derechos Humanos*, p. 205 y pp. 82 y ss. Disponible en: «<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>».

A su vez, el Comité CDPD en la Observación General Núm. 3 arriba citada lo define de la siguiente manera:

c) “Discriminación múltiple”, que hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada.

“Discriminación interseccional”, que hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables. Entre los motivos de discriminación figuran la edad; la discapacidad; el origen étnico, indígena, nacional o social; la identidad de género; la opinión política o de otra índole; la raza; la condición de migrante, refugiado o solicitante de asilo; la religión; el sexo y la orientación sexual. [...]

El concepto de discriminación interseccional reconoce que las personas no sufren discriminación como miembros de un grupo homogéneo, sino como individuos con identidades, condiciones y circunstancias vitales multidimensionales. Reconoce las vivencias y experiencias de agravamiento de la situación de desventaja de las personas a causa de formas de discriminación múltiples e interseccionales, que requieren la adopción de medidas específicas con respecto a la recopilación de datos desglosados, la consulta, la formulación de políticas, la ejecutabilidad de las políticas de no discriminación y la provisión de recursos eficaces.⁸

La violencia y discriminación interseccionales con base en el género y la discapacidad toman formas particulares que con frecuencia son invisibilizadas y nuestros sistemas jurídicos ni siquiera tramitan como violencia. Por ejemplo, a muchas mujeres con discapacidad se les priva de su capacidad jurídica y son esterilizadas sin su consentimiento directo —en mayor proporción que los hombres con discapacidad— porque los diferentes sistemas legales permiten que sea la curadora o curador quien preste el consentimiento para intervenciones médicas. Lo anterior implica claramente la denegación de autonomía que ni siquiera queda registrada como una forma de violencia. Conductas como la sobremedicación, la negligencia en la asistencia personal para la higiene y el alimento, la violencia económica,

⁸ Comité CDPD, *Óp. Cit.*, párr. 4(d), 5 y 16.

el daño a animales guía o a dispositivos técnicos como silla de ruedas y la violencia sexual en instituciones psiquiátricas, entre otros, son altamente invisibles para los sistemas de respuesta existentes en casos de violencia basada en género. A estas formas de violencia individual se suman formas específicas de violencia y discriminación institucional como la estigmatización, la inexistencia de medidas de accesibilidad, la denegación de ajustes razonables, la institucionalización forzosa, entre otras.

Por otra parte, los estereotipos sobre la sexualidad de las personas con discapacidad, tan profundamente enraizados en nuestra sociedad, según los cuales las personas con discapacidad son personas asexuadas o hipersexuales, no deben ni pueden ejercer la maternidad o paternidad, no pueden ser reconocidas en su orientación sexual o identidad de género, etc., impactan la capacidad de las personas operadoras judiciales para identificar ciertas conductas o situaciones como discriminación o violencia.

Sobre el impacto negativo de los estereotipos, la ex-Relatora sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, Catalina Devandas, afirmó lo siguiente en su informe temático sobre los derechos sexuales y reproductivos de las niñas y jóvenes con discapacidad:

Los estereotipos basados en el género y la discapacidad suelen dar lugar a una discriminación estructural o sistémica de las mujeres con discapacidad, en particular en la esfera de la salud y los derechos sexuales y reproductivos. La estigmatización y las ideas erróneas acerca de la discapacidad y la sexualidad pueden tener un profundo efecto negativo en sus vidas y conducir a su desempoderamiento e infantilización. La naturaleza del perjuicio que ello les ocasiona menoscaba su autoestima y hace que se sientan inseguras y socialmente aisladas.

Se considera que las niñas y las jóvenes con discapacidad no necesitan información acerca de su salud y derechos sexuales y reproductivos ni de los servicios disponibles, y que no están capacitadas para tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva. Además, como muchas de las niñas y jóvenes con las discapacidades más graves viven en el hogar o en instituciones, muchas veces en situación de

total dependencia o bajo el control de otros, se las priva del pleno ejercicio de su autonomía e intimidad, sea o no de manera intencionada.⁹

Estamos ante una situación de discriminación o violencia interseccional cuando se combinan el capacitismo con el sexismo o el prejuicio por motivo de orientación sexual o identidad de género. En su informe temático sobre los efectos del capacitismo en la práctica médica y científica, la ex-Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas, hace referencia a la definición del concepto de “capacitismo”:

[U]n sistema de valores que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida. Atendiendo a estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento, el pensamiento capacitista considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana. Como consecuencia de ello, suele inferirse que la calidad de vida de las personas con discapacidad es ínfima, que esas personas no tienen ningún futuro y que nunca se sentirán realizadas y ni serán felices.

El capacitismo genera prejuicios sociales, discriminación y opresión contra las personas con discapacidad al orientar la legislación, las políticas y las prácticas. Las conjeturas capacitistas dan lugar a prácticas discriminatorias como la esterilización de las mujeres y las niñas con discapacidad (véase A/72/133), la segregación, la institucionalización y la privación de libertad de personas con discapacidad en centros específicos para ellas o el empleo de la coacción basándose en la “necesidad de tratamiento” o el “riesgo para sí mismo o para terceros” (A/HRC/40/54), la denegación de la capacidad jurídica en razón de la capacidad mental (A/HRC/37/56), la denegación de tratamiento por motivos de discapacidad (A/73/161) o el hecho de que no se tengan en cuenta los gastos adicionales relacionados con la discapacidad (A/70/297).¹⁰

⁹ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, UN Doc. A/72/133, párrs. 17, 18, 19.

¹⁰ *Idem*, párrs. 9, 10.

Por todo lo anterior, es crucial que los y las miembros de la administración de justicia adopten un enfoque interseccional con el fin de prevenir y reparar situaciones de violencia y discriminación por género y discapacidad. Al hacerlo, tendrán la capacidad de identificar cuando se trata de un caso en el que se combinan dichos factores, de garantizar la accesibilidad y equidad del proceso judicial y de dictar medidas de reparación y no repetición que tengan en cuenta la complejidad de la realidad que viven las personas que han sido sujetas a discriminación y violencia interseccional.

II. Barreras para el acceso a la justicia

Las mujeres y personas LGBTI con discapacidad, que han sido sujetas a violencia y discriminación interseccional por género y discapacidad, enfrentan barreras particulares para acceder a la justicia, que pueden ser legales, comunicacionales, físicas, arquitectónicas o actitudinales.

En distintas experiencias hemos comprobado prácticas que perpetúan las barreras al acceso a la justicia que pasaremos a relatar. Tomar en cuenta estas recomendaciones y remover dichas barreras facilitará una intervención respetuosa de los derechos humanos de las personas con discapacidad y la exigibilidad de los derechos de los que son titulares.

1. Privación de capacidad jurídica

En primer lugar, destacamos la privación formal e informal de la capacidad jurídica como una de las principales barreras legales para acceder a la justicia. El derecho a la plena capacidad jurídica, consagrado en el artículo 12 de la CDPD está aún sujeto a restricciones legales en México y en la mayoría de países de Latinoamérica, aunque en años recientes ha habido importantes transformaciones en la materia.¹¹

¹¹ A la fecha, Costa Rica, Perú y Colombia han eliminado la figura de la interdicción y la curatela de sus legislaciones nacionales y se encuentran en una fase de implementación de sus nuevos marcos normativos. Importantes reformas se han realizado en Argentina y Brasil y en México se han producido notables precedentes jurisprudenciales protegiendo la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y garantizando la accesibilidad de las decisiones.

La denegación de la capacidad jurídica impide que una persona presente una denuncia ante las autoridades en casos de discriminación y violencia. En caso de que lo logre, no existen garantías de que sea considerada en pie de igualdad con otras personas. Su voz está silenciada, y no existe necesidad de que sea siquiera consultada o que participe en decisiones vinculadas a sus derechos personalísimos, su cuerpo y su vida. En el caso de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial es común que se les exija acudir con una persona sin discapacidad para realizar una denuncia. Ante situaciones de violencia y discriminación basada en género, la privación de capacidad jurídica constituye una barrera significativa, pues en la gran mayoría de los casos, quien comete estos actos de vulneración es una persona cercana que está en el círculo de cuidado de la persona con discapacidad. La denegación de la capacidad jurídica también impide que las personas rindan testimonio en los procedimientos judiciales y que reciban y administren el dinero correspondiente al eventual resarcimiento de daños que se asigne.

Cuestionar activamente la privación de capacidad jurídica de una persona o grupos de personas en el marco de su participación judicial es clave. No es aceptable naturalizar la falta de participación, de consulta y de reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. No existe diagnóstico, certificado o procedimiento previo —judicial o administrativo— que lo justifique. La sustitución de voluntades tampoco es aceptable; es deber de una operadora u operador judicial analizar críticamente esa situación, conocer a la persona y remover este obstáculo —tanto en el expediente bajo examen como en otros donde sus derechos estén siendo igualmente vulnerados—.

2. Falta de accesibilidad y denegación de ajustes procedimentales

El artículo 13 de la CDPD establece el derecho al acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Este derecho, para realizarse plenamente debe comprender varios componentes, incluyendo:

- Accesibilidad de la información sobre el proceso, incluyendo documentos en formatos accesibles e intermediación comunicacional para facilitar la comprensión de la situación.

- Disponibilidad de asesoría jurídica gratuita y acompañamiento calificado durante los procesos.
- Accesibilidad de las instalaciones físicas de las entidades encargadas de llevar el proceso y disponibilidad de ajustes para garantizar la igualdad del proceso, en particular para personas que se encuentran en instituciones psiquiátricas o de otro tipo, de donde no pueden salir libremente.

La accesibilidad es un prerrequisito para toda actuación respetuosa de los derechos de las personas con discapacidad. Es el primer punto en cualquier programa de adecuación de las prácticas y dispositivos.

Los ajustes procedimentales tienen un potencial enorme en materia jurisdiccional, que lamentablemente no vemos desarrollado del todo en la práctica. La igualdad de las personas con discapacidad solo se garantizará con procedimientos sensibles a sus necesidades particulares, que les permita una participación real y efectiva en los procesos relativos a su persona.

3. Estereotipos

El Comité CDPD ha señalado los siguientes obstáculos para acceder a la justicia por parte de las mujeres con discapacidad víctimas de explotación, violencia y abuso:

[...] estereotipos nocivos, la discriminación y la falta de ajustes razonables y procesales, que pueden dar lugar a que se dude de su credibilidad y se desestimen sus acusaciones. Las actitudes negativas en la aplicación de los procedimientos pueden intimidar a las víctimas o disuadirlas de buscar justicia. Los procedimientos de información complicados o degradantes, la remisión de las víctimas a los servicios sociales en lugar de proporcionarles recursos jurídicos o la actitud displicente de la policía u otras fuerzas del orden son ejemplos de esas actitudes. Esto podría redundar en la impunidad y la invisibilidad del problema, lo que a su vez podría dar lugar a la persistencia de la violencia durante períodos prolongados. Es posible que

las mujeres con discapacidad también temen denunciar los casos de violencia, explotación o abuso porque les preocupa que puedan perder el apoyo necesario de los cuidadores”.¹² [el destacado no forma parte del original]

La Observación General Núm. 3 del Comité CDPD establece un listado de posibles estereotipos:

- “[c]arga para otros: es decir, deben ser atendidas, causan dificultades, son un infortunio y una responsabilidad o requieren protección)”
- “vulnerables (es decir, se consideran indefensas, dependientes, confiadas o inseguras);”
- “víctimas (es decir, se considera que sufren, son pasivas o están desamparadas)”
- “inferiores (es decir, se considera que son deficientes, ineptas, débiles o inútiles);”
- “tienen una anomalía sexual (por ejemplo, son estereotipadas como asexuales, inactivas, hiperactivas, incapaces o sexualmente perversas);”
- “misteriosas o siniestras (son estereotipadas como malditas, poseídas por los espíritus, practicantes de brujería, dañinas o que traen buena o mala suerte)”.¹³

Estos estereotipos en el marco de un proceso judicial se traducen en la atribución de poca credibilidad a las personas con discapacidad, en la denegación de oportunidades para participar en el proceso, en la minimización de la violencia o discriminación a la que son sujetas las personas con discapacidad y en el menor resarcimiento por el perjuicio ocasionado. Es fundamental que en la administración de justicia haya una alta conciencia de estos estereotipos con el fin de identificar cuándo están operando —expresa o tácticamente— y eliminar su perpetuación.

¹² CDPD, *Óp. Cit., passim*.

¹³ *Ibidem*.

4. Intervenciones innecesarias o invasivas, incluyendo la judicialización

Ocurre habitualmente que se somete a una persona a evaluaciones sucesivas, sin tomar cabal dimensión del impacto subjetivo que eso tiene. El percibir el nombre propio y demás datos biográficos personales asociados constantemente a diagnósticos, pronósticos, certificados, es una experiencia disvaliosa. El riesgo de una intervención puede ser que la persona vea todo su ser comprendido en una etiqueta, en una condición de sujeto de análisis. Esto obviamente no significa que no debe ponerse en práctica ningún tipo de actuación judicial o terapéuticas cuando sea necesario, pero la reiteración, la metodología o la prolongación indefinida en el tiempo de ciertas intervenciones puede ser perjudicial para muchas personas.

Un caso de intervención innecesaria puede ser la judicialización de una situación personal, o de la vida de una persona en general. La judicialización ocurre cuando no es la persona la que busca voluntariamente acceder a la justicia, sino que es el sistema el que la obliga tanto indirectamente —porque se le requiere una autorización judicial— como directamente —dando intervención a un juzgado sin su consentimiento y, en ocasiones, sin siquiera su conocimiento—. Nuevamente, esto no implica que toda intervención judicial sea violatoria de derechos, simplemente que se debe tener en cuenta que, más allá de las buenas intenciones de la magistrada, el magistrado o de terceras personas que “denuncian” una situación, muchas veces los intereses y voluntades que están en juego no son los de la persona con discapacidad sino de otras personas.

Muchas judicializaciones duran años, y en ese lapso numerosas personas no solo no se sienten “protegidas” sino que pueden sentirse perseguidas, criminalizadas o sometidas a una acusación injustificada. Obligar a una persona con discapacidad a judicializar trámites que una persona sin discapacidad realiza sin mayores requisitos, es violatorio de sus derechos.

Siempre recordemos el valor de la privacidad, y de la confidencialidad de ciertos aspectos de la vida de las personas. A través de un expediente se ventilan

asuntos que corresponden solamente al fuero íntimo, por ende, debemos adoptar una posición respetuosa en todo momento de la voluntad y limitar cualquier otro tipo de intervención reduciendo así el eventual impacto negativo que podría tener.

5. Patologización y profesionalización

En la misma línea, asociar discapacidad con enfermedad —o con algo disvalioso en general— responde a una larga tradición de vulneración de derechos que debemos abandonar activamente. La patologización impacta en las personas con discapacidad y envía un mensaje de otredad y de segregación. Justifica, en última medida, las medidas restrictivas de derechos tales como la privación de libertad —institucionalización— o de capacidad jurídica —incapacitación—.

La patologización se puede materializar en actuaciones profesionales en relación con una persona. Muchas personas con discapacidad experimentan como traumático el abordaje totalizante de un profesional o disciplina. Es erróneo pensar que tratar con una persona con discapacidad *siempre* implica dar intervención a un equipo interdisciplinario o profesional en particular. En ocasiones, las personas con discapacidad intelectual o psicosocial rechazan el involucramiento excesivo por parte de profesionales de la psiquiatría. No obstante, una intervención profesional contraproducente o traumática puede extenderse a cualquier profesión —psicología, trabajo social, derecho, etc.— en la medida en la que no tenga límites claros y no se despliegue en el marco del consentimiento informado.

Cualquier actividad profesional debe contemplar en todo momento que no está exenta de cruzar la línea entre una intervención respetuosa de los derechos y una vulneratoria. Quien forme parte de dicha acción debe ser consciente de su poder implícito en relación con la usuaria o el usuario, y actuar en consecuencia para nivelar lo más posible ese vínculo. Una recomendación podría consistir en que las condiciones en las que se lleva a cabo una medida sean conocidas y compartidas por todas las personas que intervienen —objetivos, límites temporales, resultados esperables, etc.— y consultar periódicamente la voluntad de la persona.

6. Segregación

En este punto también debemos evocar una larga historia de institucionalización de personas con discapacidad —manicomios, cotolengos, lazaretos, etc. Ante la discapacidad, la respuesta ha sido frecuentemente la de excluir a quien es percibido como “distinto”, “diverso”, etc. Esta tendencia cosifica a las personas y las “deposita” en espacios aislados y circunscriptos donde se concibe que no puede generar “inconvenientes” a su entorno. De más está aclarar que dichas medidas violan los derechos de las personas con discapacidad.

Analicemos un ejemplo. la Convención establece la educación inclusiva en escuelas comunes como el estándar; en contraposición con la educación especial que segrega a estudiantes con discapacidad en instituciones separadas. Ahora bien, el cumplimiento de este derecho contempla apoyos educativos y ajustes curriculares. No es una mera formalidad despojada de las necesidades educativas que tenga cada infante. En ese sentido, el estándar del derecho a la educación consiste en un principio igualitario —todas las personas a la misma escuela— y exige la provisión de apoyos activos que justamente garanticen dicha permanencia e inclusión escolar.

7. Infantilización

Con frecuencia y de manera directa o indirecta, se asimila a las personas con discapacidad con las niñas y niños, lo cual afecta particularmente a las mujeres con discapacidad. Según dicha postura, las personas con discapacidad serían incapaces y requieren, en todos los casos, una representación legal que vele por su “interés superior”. Esta asimilación entre dos campos diametralmente distintos —infancia y discapacidad— es una vulneración de derechos. Extrapolar conceptos del derecho de las infancias al de discapacidad consiste en una mala práctica a erradicar activamente.

8. Fraude de etiquetas

Esto consiste en la manera nueva de nombrar una práctica vieja. Por ejemplo, el llamar apoyo a un curador, o nombrar a un manicomio como una vivienda.

Existe una larga tradición de modificar el lenguaje, los nombres, pero no las prácticas de fondo. Se lo considera fraudulento porque se intenta llamar de una manera incorrecta a una práctica violatoria de derechos, como si fuera justamente lo contrario de lo que es. De nada sirve esta actitud ya que un somero análisis de una situación puede indicar a las claras si se trata efectivamente del cumplimiento o de la violación de un derecho.

III. Buenas prácticas destinadas a garantizar el adecuado desarrollo del proceso

Pasemos ahora al campo propositivo. Existen principios que debemos tener en mente en todo momento durante el análisis de una consulta:

- La voluntad
- El enfoque de derechos humanos
- La igualdad de trato y de oportunidades

Es importante destacar que puede ocurrir que la persona en cuestión no haya expresado nunca su voluntad en el asunto que llega a nuestro conocimiento. Puede ser que a esa persona se le hayan vulnerado sus derechos humanos hasta ahora. Puede ocurrir que la única palabra presente en forma escrita o verbal sea la de los profesionales que le brindaron servicios, tratamientos o evaluaciones. Puede suceder que la expresión de su voluntad requiera de apoyos que nadie ha intentado hasta ahora. Y, en una profecía autocumplida, puede ser que todas las señales indiquen que revertir eso no es posible, que no hay recursos, que no hay tiempo y que nadie lo ha logrado hasta ahora. El mensaje es: **nunca es tarde**. Tenga la convicción de que la intervención que Ud. está desplegando puede ser el inicio del fin de esa cadena de incumplimientos. Y hasta que el enfoque de discapacidad se institucionalice y transversalice definitivamente, quizá sea Ud. en soledad pueda ser el motor del cambio social.

Decimos entonces que frente a una situación donde se haya identificado que el o la causante es una persona con discapacidad, tenemos, entre otras, dos obligaciones:

- *Poner en práctica un enfoque igualitario:* Pese a siglos de abordaje en sentido contrario, no hay que perder de vista que las personas con discapacidad son seres humanos con derechos humanos. Poseen libertad y autonomía, y debe garantizarse la titularidad y el ejercicio de todos los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Parece asombroso tener que recordarlo, pero es necesario. No hay aspecto alguno de la vida que se le deba restringir a una persona por motivo de su discapacidad. Quienes quieran convencerla de lo contrario, están vulnerando derechos.

Asimismo, un enfoque igualitario reforzado es un imperativo constitucional atento a la mención expresa a la discapacidad dentro de las “categorías sospechosas” del artículo 1 de la Constitución Federal.

- *Escuchar a la persona y brindar carácter vinculante a su voluntad:* El mejor garante de los derechos es la propia persona. La única validación que puede tener una intervención es cuando se realiza siguiendo el mandato de la persona cuyos derechos están involucrados. Después de todo, el lema del movimiento de personas con discapacidad “nada de nosotres, sin nosotres” nos pide justamente esto, tanto a nivel individual como colectivo. Nadie debe sustituir la voluntad de una persona, ni su representatividad política colectiva.

Una decisión que se tome siguiendo la opinión de un familiar, un profesional, un curador o cualquier tercera persona siempre puede ser criticada, repudiada o refutada por otras, o por la propia persona con discapacidad. Es nuestra obligación indagar sobre la voluntad, los deseos y las preferencias, y brindar los espacios adecuados y accesibles para que dicha expresión pueda llevarse a cabo.

A tal fin, debe garantizarse la inmediatez en el vínculo jurisdiccional con el o la justiciable. La entrevista personal con la persona con discapacidad es una medida importante. Asimismo, la toma de declaración

en el lugar de residencia o de internación de la persona es otra práctica altamente recomendable. Muchas personas con discapacidad no cuentan con los recursos ni con posibilidades reales de acudir ante los estrados judiciales.

Por otro lado, nunca debe asumirse que una persona consiente tácitamente lo que está ocurriendo en un expediente en referencia con ella. Quizá ni siquiera está al tanto de que está en trámite dicho expediente. No debe asumirse que en el pasado seguramente fue consultada. El deber de cualquier operador u operadora, en la medida en la que participe de un proceso, es cerciorarse en cualquier instancia del mismo que se ha efectuada la debida consulta con la persona causante.

Involucrar a la persona cuyos derechos están involucrados es esencial. A tal fin, garantizar la participación efectiva se impone como un mandato convencional insoslayable.

Esto no significa que no se pueda ni se deba consultar a los apoyos de la persona, si fuera necesario. Existen, por ejemplo, familiares —la mayoría de ellas, mujeres— que brindan cuidados desde que una persona con discapacidad nació, y que velan por su bienestar. Claramente, esa cuidadora podrá brindar información clave para el proceso en cuestión o ayudar a interpretar los deseos y preferencias de la persona. No obstante, no debe confundirse su voluntad o sus intereses con los de la persona cuyos derechos están involucrados. La propia Convención en su artículo 8 contempla a las y los familiares como destinatarios de campañas de toma de conciencia. Asimismo, la Observación General Núm. 3 establece que “Las mujeres con discapacidad son objeto de discriminación múltiple no solo en el ámbito público, sino también en la esfera privada, por ejemplo, en la familia[...]”.¹⁴ Se debe trabajar en conjunto, en red, sin desoír ni sustituir la voz de las personas con discapacidad.

¹⁴ *Ibidem*.

Existe una obligación específica en relación con las mujeres con discapacidad, a quienes se les debe ofrecer “vías para que se escuche su voz y ejerzan su capacidad de agencia, reforzando su autoestima y aumentando su poder y autoridad para adoptar decisiones en todas las esferas que afectan a su vida”.¹⁵ Si existe esta mención específica es porque es necesario trabajar activamente para revertir una historia de sometimientos en contrario.

1. Revisar críticamente lo actuado con anterioridad e identificar la temática de la discapacidad

A diferencia de otras temáticas de derechos humanos, la discapacidad ha sido abordada a lo largo de nuestra historia desde determinados enfoques profesionales, culturales, de políticas públicas, etc. Existen categorías, ideas preconcebidas sobre las supuestas respuestas ante ciertas situaciones, prejuicios y temores. Es probable, entonces, que una situación presentada en un expediente posea una elaboración previa, un encuadre, que muchas veces constituyen verdaderos caminos a desandar; por ejemplo, cuando se etiqueta a una persona para siempre a través de un diagnóstico y se la sitúa en un lugar de institucionalización solamente; si se concentra el relato solamente en lo que no puede hacer; si se la menciona solamente en relación con lo que terceras personas opinan de ella, etc.

Por ende, consideramos relevante poder analizar una situación dada en toda su complejidad, problematizando la información que nos ofrezcan y desconfiando del encuadre que haya tenido hasta ese momento. Esto, sin perjuicio de la buena intención y pericia de las personas que hayan intervenido previamente en el caso.

También puede ocurrir que la descripción haya soslayado totalmente la cuestión de la discapacidad; por ejemplo, haciendo referencia exclusivamente a que un adolescente comete o es víctima de actos de acoso escolar; o a que un adulto reaccionó en forma violenta o inexplicable contra otra persona; o que el comportamiento

¹⁵ *Ibidem.*

de una persona se aleja de los parámetros de “normalidad” —“buena madre”, “buena empleada”, “buena paciente”, etcétera—. Frecuentemente en un expediente existen menciones marginales, notas al pie, testimonios desoídos, referencias aisladas a la medicación que alguien toma, a la adicción que podría tener, a su paso por determinado tratamiento, a su estado de ánimo o de salud mental, etc. Dichos indicios deberían funcionar como señales de alerta para analizar si corresponde encuadrar el presente caso en la temática de la discapacidad.

Recordemos que el *Protocolo para juzgar con perspectiva de Género* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— en el marco del análisis interseccional invita a preguntarse sobre “[...] las condiciones de identidad y características particulares de las personas involucradas en la controversia”, haciendo especial mención a la discapacidad.¹⁶

De nuestra pericia en dicha tarea puede depender que la persona en cuestión se vea eximida de una pena; reciba un acceso a la justicia acorde y accesible; o se efectivicen derechos que hasta el momento se venían incumpliendo. Encuadrar correctamente los casos dudosos o invisibles permite, además, aplicar el vasto plexo normativo de discapacidad, con sus ajustes y medidas específicas.

Identificar a una persona como persona con discapacidad o a una situación dentro de una temática propia del campo de la discapacidad —educación inclusiva, apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, etc.— permite aplicar normativa concreta que, de lo contrario, pasaría totalmente desapercibida.

Es, ni más ni menos, que la aplicación del principio *pro persona* en materia de derechos humanos. Y se trata del mandato constitucional del art. 1 de la Constitución Federal que manda a otorgar “en todo tiempo a las personas la protección más amplia” en materia de derechos humanos.

Por otro lado, en muchos casos la vulnerabilidad por motivos de discapacidad o de género puede no ser evidente, y requerir un accionar activo por parte del

¹⁶ Cf., SCJN, *Óp. Cit.*, *passim*.

Poder Judicial. En ese sentido es importante recordar la obligación de “ordenar de oficio las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclararlas” a causa de que “existe un plano de inequidad en la contienda que requiere ser remediado por la autoridad jurisdiccional”. Así ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de México —en adelante SCJN— en casos donde participaron personas con discapacidad.¹⁷

2. Identificar el marco jurídico aplicable y el ámbito del caso

Al considerar una situación que involucra presuntos actos de discriminación o violencia con base en el género y la discapacidad, un paso básico para las y los operadores de justicia es delimitar el marco jurídico aplicable al caso concreto. Cuando estamos ante un caso que involucra a personas con discapacidad existe el riesgo de limitar el marco jurídico aplicable únicamente a normas relacionadas con el tema específico de discapacidad. Sin embargo, en casos de discriminación y violencia interseccional por género y discapacidad es necesario analizar las normas aplicables que se refieren específicamente a discapacidad con perspectiva de género y las normas que se refieren explícitamente a temas de género con perspectiva de discapacidad. Este enfoque paralelo permitirá al operador de justicia contar con más elementos de consideración para la situación concreta, de forma tal que tanto la perspectiva de género como la de discapacidad permitan arrojar luces sobre el proceso de identificar los remedios efectivos para la situación particular.

Tal como afirma el Comité en la Observación General Núm. 3:

Los Estados partes deben adoptar un enfoque doble: a) la incorporación sistemática de los intereses y los derechos de las mujeres y las niñas con discapacidad en todos los planes de acción, estrategias y políticas nacionales relativos a la mujer,

¹⁷ *Ibidem*.

la infancia y la discapacidad, así como en los planes sectoriales sobre, por ejemplo, la igualdad de género, la salud, la violencia, la educación, la participación política, el empleo, el acceso a la justicia y la protección social; y b) la adopción de medidas selectivas y supervisadas dirigidas específicamente a las mujeres con discapacidad. Es esencial aplicar un enfoque doble para reducir la desigualdad respecto de la participación y del ejercicio de los derechos.¹⁸

Los modelos de prescindencia, médico y social coexisten en nuestros marcos jurídicos pues reflejan las diferentes visiones que sobre la discapacidad se han tenido a lo largo del tiempo. Así, la operadora u operador de justicia tiene la labor de interpretar las normas vigentes a la luz de la CDPD, que tiene rango superior y ajustar el lenguaje que utiliza en sus decisiones para que se afiance el modelo social de la discapacidad. Muchas normas aún reflejan un modelo médico o asistencialista de la discapacidad y contienen conceptos capacitistas como “invalidez”, “minusvalía”, “retraso mental”, “incapacidad”, así como otras normas que establecen medidas discriminatorias por discapacidad como la interdicción y la institucionalización sin consentimiento.

Por ende, siempre es importante seleccionar cuidadosamente los documentos o normas citadas. Puede ocurrir que una norma antigua responda a otro modelo, o que un documento brinde una visión superada sobre el asunto tratado. Para evitar esto, es clave poder aplicar normas ampliamente legitimadas, que se enmarquen en el modelo social y en la perspectiva de género y en el enfoque de derechos humanos. Así, en casos de discriminación o violencia interseccional por género y discapacidad es central entender los casos a la luz de las disposiciones de la CDPD leídas en clave de género y las disposiciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer —CEDAW— en clave de discapacidad. En el caso de Latinoamérica, también es necesario incorporar los estándares establecidos en la Convención de Belém do Pará sobre la prevención y sanción de la violencia contra las Mujeres y en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad —CIADDIS— y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸ CDPD, *Óp. Cit., passim*.

A nivel nacional y supranacional, las normas aplicables también deben interpretarse con este doble enfoque, es decir, las normas dirigidas a proteger la ciudadanía contra la violencia basada en género deben leerse con perspectiva de discapacidad y las normas dirigidas a la protección contra la discriminación por discapacidad deben leerse en clave de género.

Es relevante también referirnos específicamente a las *Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. La mismas se refieren al acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y fueron elaboradas en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008 y actualizadas en 2018. Incluyen entre las condiciones de vulnerabilidad a quienes, por su género, orientación sexual, identidad de género o discapacidad “encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, como se lee en su Regla 3; y reconoce la discriminación interseccional, como se lee en su Regla 17 —como la que sufren las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad víctimas de violencia—.

La cumbre adopta la definición de discapacidad de la CDPD —Regla 7—; la definición de discriminación contra las mujeres de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Violencia contra la Mujer —en su Regla 18— y la definición de violencia contra las mujeres contemplada de la Declaración para la Eliminación de todas las formas de violencia contra la Mujer —Regla 19—.

El documento promueve las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, así como prestar especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a diligencias, procedimientos, procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna —Regla 19—. Incluye entre las causas de vulneración de acceso a la justicia, las acciones o conductas discriminatorias hacia las personas por motivos de orientación o identidad sexual, o por razones de género —Regla 20—.

También, establece condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo la necesidad de adoptar todas aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen la igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo a la brecha digital —Regla 8—. También establece la obligación de los Poderes Judiciales de promover la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Asimismo, se incluye una obligación de facilitar la accesibilidad a las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y promover la eliminación de todo tipo de barreras arquitectónicas, de información y comunicación y actitudinales facilitando tanto el acceso como la estancia en edificios judiciales —Regla 77—.

3. Nombrar adecuadamente a la persona y a su colectivo

La mejor forma de identificar a una persona es por su nombre de elección; desde un enfoque igualitario, es importante evitar cualquier calificativo o etiqueta impuesta por otras personas, entre ellos los diagnósticos.

También es importante no presuponer que la persona se identifica con el género o nombre asignados al nacer. Atendiendo a dicho objetivo, es recomendable consultar el nombre y el pronombre o pronombres con los que se identifican.¹⁹

En relación con la forma de referirse al colectivo de personas con discapacidad, el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* ya invitaba a utilizar el término *persona con discapacidad*, en lugar de *discapacitada o discapacitado* o *persona con capacidades diferentes*.²⁰

¹⁹ V., *infra* esta indicación.

²⁰ SCJN, *Óp. Cit.*

4. En caso de corresponder, aplique la normativa y prácticas relativas a los derechos de personas LGBTI

En todo momento es fundamental no adoptar un enfoque cisnormativo²¹ o heteronormativo.²² Es decir, no asumir ni privilegiar una determinada orientación sexual o identidad de género ante ninguna persona con la que interactuemos. Si la persona con discapacidad en cuestión es lesbiana, gay, bisexual, transgénero o intersexual, corresponde adoptar una perspectiva relativa a esos derechos, aplicando la normativa correspondiente.

Un primer paso es consultar los *Principios de Yogyakarta* y los *Principios de Yogyakarta +10*.²³ Si bien su texto carece de carácter vinculante, se trata de un compilado de obligaciones internacionales en derecho internacional de los derechos humanos aplicado específicamente al colectivo LGBTI. Correspondería en cada caso determinar las partes pertinentes a aplicar de dichos Principios. Luego sería recomendable identificar documentos clave del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Si la temática es el reconocimiento de la identidad de género o de parejas del mismo sexo es relevante la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si se trata de un hecho de violencia existen recientes sentencias de consulta obligada de dicho tribunal.²⁴

Como decíamos antes, un concepto clave sería emplear el nombre y género de preferencia de cada persona en el marco de cualquier intercambio que se tenga

²¹ V., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. “[L]a expectativa de que todas las personas son cissexuales [o cisgénero], que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquéllas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres”

²² *Ibidem*. “[S]esgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, conforme al cual dichas relaciones son consideradas “normales, naturales e ideales” y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género.”

²³ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género Disponibles en: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf y http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf (en inglés).

²⁴ CIDH, *Sentencias Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú y Vicky Hernández y Otras vs. Honduras*.

con la persona —verbal o escrito—. En ese sentido, una buena práctica es consultarle a cada persona su nombre y el o los pronombres con los que se identifica —femenino, masculino o neutro—. A tal fin, el uso del lenguaje inclusivo o neutro resulta clave para dirigirse a algunas personas no binarias o a grupos que las incluyan. Dicho derecho al reconocimiento de la propia identidad de género debe respetarse incluso si la persona no hubiera modificado su documentación personal.

5. Ofrecer y garantizar los apoyos correspondientes

Puede ocurrir que la persona solicite o requiera apoyos para el ejercicio de uno o más derechos; por ejemplo, que para asistir a una institución educativa precise de una maestra o maestro integradores; o que para llevar a cabo su tratamiento requiera de un acompañamiento terapéutico; o de un apoyo para vender una casa o brindar el consentimiento informado en un hospital. La igualdad de oportunidades solo se puede garantizar para esa persona en particular si ese apoyo se brinda efectivamente.

La garantía de un apoyo voluntario es el remedio ante el obstáculo para el acceso a la justicia que ya analizamos en la sección anterior, consistente en la privación de capacidad jurídica que implica una interdicción.

6. Garantizar en todo caso la accesibilidad y los ajustes razonables

Sin accesibilidad integral, todos los derechos enumerados son soslayados. Si una persona no puede acceder a un edificio, o si no se le brindan las condiciones para poder comunicarse, no habremos cumplido el prerequisite básico de inclusión. La accesibilidad incluye el “Uso de lenguaje claro, sencillo y accesible” tal y como lo establece el Protocolo²⁵ y el artículo 2 de la Convención. En dicho artículo, la CDPD define a los ajustes razonables como:

²⁵ SCJN, *Óp. Cit.*

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.

Si una persona en particular tuviera una necesidad que no es debidamente atendida por la previsión de accesibilidad integral garantizada en un ámbito, entonces podrá exigir y se le deberá brindar la adecuación puntual que precisa. El proceso de determinación de ajustes depende de muchos factores y consiste en un intercambio entre la persona beneficiaria y quien provee. No brindar un ajuste razonable es un acto discriminatorio como se establece en la conf. art. 2 de la Convención; por lo que se debe prestar especial atención a este punto.

El Comité CDPD ha sostenido que: “La denegación de ajustes razonables a las mujeres con discapacidad puede considerarse discriminación en virtud de los artículos 5 y 6. Un ejemplo de ajuste razonable podría ser un mecanismo accesible en el lugar de trabajo que permita a una mujer con discapacidad amamantar a su hijo”.²⁶

7. Garantizar ajustes de procedimiento

Un tipo especial de ajustes son los de procedimiento. Regulados en el artículo 13 de la CDPD, se indica que los tribunales tendrán un amplio margen de discrecionalidad con el fin de adaptar un proceso que refiera a una persona con discapacidad, para garantizar su derecho de defensa, la igualdad de armas y su participación efectiva en el marco del acceso a la justicia.

Esto puede implicar: modificar plazos, formas de comparecer, formatos, ritualismos, requisitos formales, etc. A fin de conocer las necesidades específicas de cada persona es recomendable consultar siempre con ella y con su red de apoyos, y

²⁶ CDPD, *Óp. Cit.*

llevar a cabo una determinación con dicho objetivo. Asimismo, en algunos casos la intervención interdisciplinaria puede brindar ideas creativas o soluciones concretas que faciliten la participación efectiva.

Nuestra experiencia indica que los ajustes de procedimiento tienen un potencial prácticamente inexplorado, por lo que urge su aplicación.

8. Garantizar patrocinio jurídico

Sin acceso efectivo a la justicia a través del debido asesoramiento y patrocinio jurídico, los derechos enumerados serían también meros enunciados. Contar con servicios gratuitos en casos de carencia de recursos es fundamental para poder obtener tutela judicial efectiva ante casos de vulneraciones de derechos. Todas las obligaciones relativas a la accesibilidad son extensivas a los servicios legales; el Ministerio Público, por ejemplo.

9. Ante la duda, recurra a organizaciones representativas o expertas/os con discapacidad

Si fuera necesario, conocer la opinión o postura de las organizaciones de personas con discapacidad puede coadyuvar a la correcta resolución de un asunto. Muchas veces, la lejanía a las realidades de las personas con discapacidad puede confundir a una operadora u operador y hacerle creer que una situación constituye un conflicto irreductible. En ese contexto, suelen venir al “rescate” las soluciones clásicas: segregación, sustitución y privación de derechos. Esto, avalado muchas veces por profesionales que vienen hace décadas dando ese tipo de recomendaciones.

Por el contrario, contar con la opinión experta de personas con discapacidad o de sus organizaciones representativas ofrece una alternativa respetuosa de derechos que puede proponer soluciones creativas a problemas complejos. En ese sentido, la Observación General Núm. 3 del Comité CDPD establece que: “los Estados Partes deben fomentar la participación de representantes de organizaciones de

mujeres con discapacidad”.²⁷ La referencia corresponde a las organizaciones integradas y lideradas por personas con discapacidad, y no así a las entidades de personas *sin* discapacidad que proveen servicios a las personas con discapacidad.

IV. Asuntos específicos a considerar en casos de violencia y discriminación interseccional por género y discapacidad

Incorporar una perspectiva interseccional de género y discapacidad en la administración de justicia implica la capacidad de reconocer los asuntos específicos que pueden presentarse en este tipo de casos, puesto que la discriminación interseccional deriva en circunstancias particulares en razón de la presencia de esos dos factores.

1. Denegación de la capacidad jurídica como herramienta para perpetuar la violencia de género

En la mayoría de los países latinoamericanos subsiste un régimen de guardas, tutelas, curatelas o interdicción, mediante el cual se designa a una persona como incapaz legalmente y se asigna un tercero que sustituye las decisiones para toda la vida y para todos los efectos de la misma. En México la interdicción sigue vigente, aunque hay importantes desarrollos jurisprudenciales en los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— ha desarrollado el contenido del derecho a la capacidad jurídica y el derecho a la toma de decisiones con apoyo. En ocasiones, la interdicción se vuelve un instrumento de la violencia de género y puede usarse para violar los derechos humanos de mujeres cisgénero y personas LGBT con discapacidad. Así lo reconoció el Comité en la Observación General Núm. 3:

La restricción o supresión de la capacidad jurídica puede facilitar intervenciones forzadas, como la esterilización, el aborto, la anticoncepción, la mutilación

²⁷ *Ibidem.*

genital femenina, las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos realizados en niños intersexuales sin su consentimiento informado y la detención forzosa en instituciones.²⁸

En tanto la voluntad de la persona bajo interdicción está sujeta legalmente a la manifestación de la o el guarda, en muchas ocasiones las personas con discapacidad son sujetas a procedimientos quirúrgicos cuyo alcance desconocen y que se llevan a cabo porque la o el guarda presta el consentimiento que es legalmente reconocido.²⁹

En otras ocasiones se usa la amenaza de una interdicción como herramienta para perpetrar violencia doméstica cuando se trata de mujeres con discapacidad psico-social o intelectual. Puede usarse para obtener la custodia exclusiva de los hijos o hijas o para institucionalizar a las personas.

Así, es muy importante que quienes administran justicia tengan conocimiento de esta particular forma de violencia interseccional que ocurre sobre todo contra mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial. Es fundamental que, en estos casos, se apliquen los mandatos del artículo 12 de la CDPD y el desarrollo del mismo consagrado en la Observación General Núm. 1 del Comité CDPD,³⁰ lo que conlleva a garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica plena de todas las personas con discapacidad.

2. Prácticas violatorias de los derechos sexuales y reproductivos

Históricamente se les ha negado a las personas con discapacidad la posibilidad de decidir sobre su sexualidad y ejercer libremente sus derechos sexuales y reproductivos, que comprenden la posibilidad de escoger pareja, decidir si tener hijos

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Sobre este particular V., la audiencia temática sobre los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad en Colombia, realizada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2014. Disponible en: «<https://www.youtube.com/watch?v=yT5U4QHYq7A>».

³⁰ CDPD, 11 período de sesiones. Observación General Núm. 1, art. 12: Igual reconocimiento ante la ley. UN Doc. CRPD/C/GC/1. Disponible en: «<https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/1>».

o hijas y en qué momento, a disponer de la información y de los medios para ejercer dichos derechos y a gozar del más alto nivel de salud sexual y reproductiva sin discriminación y violencia.³¹

Como lo afirma el Comité CDPD en la ya citada Observación General Núm. 3, “Los estereotipos nocivos respecto de las mujeres con discapacidad incluyen la creencia de que son asexuales, incapaces, irracionales, carecen de control o son sexualmente hiperactivas.”³² Estos estereotipos se traducen entonces en prácticas nocivas como la esterilización, la anticoncepción o el aborto forzosos, que son realizados en mujeres con discapacidad de manera mucho más frecuente que a las mujeres sin discapacidad y los hombres con discapacidad. La idea de que las personas con discapacidad no son aptas para tener hijos o hijas resulta en dichas prácticas, en restricciones en las normas sobre adopción y en mayores posibilidades de perder el ejercicio de su responsabilidad parental. Adicionalmente, dichos estereotipos resultan también en otras intervenciones quirúrgicas no consentidas tales como atenuación del crecimiento y la existencia de menstruación, con el fin de “facilitar el manejo de la persona” por parte de familiares y cuidadores.³³

Con frecuencia se aduce que es necesario someter a las mujeres con discapacidad a una esterilización para evitar que sean víctimas de violencia sexual. En realidad, ocurre todo lo contrario y esta concepción errada es raramente cuestionada. Dado que la mayoría de los perpetradores de violencia sexual contra mujeres con discapacidad pertenecen al círculo de cuidado, la esterilización se convierte en un factor de riesgo para que se cometa violencia sexual, pues no generará consecuencias visibles tales como un embarazo.

³¹ Naciones Unidas. *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. El Cairo*. ONU Doc. A/CONF.171/13/Rev.1. Disponible en: «https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf».

³² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Observación general Núm. 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, 2016, Doc. ONU CRPD/C/GC/3.

³³ Un famoso y controversial caso de atenuación del crecimiento es el *caso Ashley*, una niña con discapacidad intelectual de Seattle a quien se le sujetó a una serie de intervenciones para facilitar su manejo por parte de sus progenitores. Ver «<https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-78644-2007-01-05.html>». V., también, Epstein, Rosenbaum, “Revisiting Ashley X: An Essay on Disabled Bodily Integrity, Sexuality, Dignity, and Family Caregiving”, en *Touro Law Review*. Disponible en: «<https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2944&context=lawreview>».

Afirma el Comité CDPD:

La anticoncepción y la esterilización forzadas también pueden dar lugar a la violencia sexual sin la consecuencia del embarazo, especialmente en el caso de las mujeres con discapacidad psicosocial o intelectual, las mujeres internadas en centros psiquiátricos y otras instituciones y las mujeres privadas de libertad.³⁴

Otra de las maneras en que se manifiestan las violaciones a los derechos sexuales y reproductivos es la denegación de educación sexual accesible para personas con discapacidad. Esta privación de información deriva también de la segregación educativa, pues la obligación legal de dar educación sexual integral, con frecuencia no aplica para instituciones segregadas o “escuelas especiales”. Así, las personas con discapacidad son privadas de la educación sexual, lo que las coloca en más riesgo de ser sujetas a violencia sexual al desconocer la información que les permite tomar decisiones informadas y denunciar abusos. Las campañas de difusión sobre educación sexual con frecuencia excluyen la perspectiva de las personas con discapacidad, lo cual resulta en su menor posibilidad de conocer sus derechos y la manera de ejercerlos.

Otra área importante a tener en cuenta para identificar posibles violaciones a los derechos sexuales y reproductivos es la accesibilidad en los servicios de salud. Con frecuencia los servicios ginecobstétricos son inaccesibles; no cuentan con equipos o materiales adaptados para atender personas con discapacidad y tampoco se ajusta el lenguaje para garantizar la accesibilidad en la comunicación de información.

Los derechos sexuales y reproductivos incluyen el derecho a vivir una vida libre de violencia. Es fundamental que quienes administran justicia reconozcan las formas específicas de violencia basada en género que viven las personas con discapacidad. Los estereotipos sobre la sexualidad de las personas con discapacidad con frecuencia invisibilizan la violencia sexual contra las personas con discapacidad,

³⁴ CDPD. Observación General Núm. 3, párr. 45.

lo que se perpetúa cuando el sistema de justicia es inaccesible y dificulta el acceso a mecanismos de investigación y reparación.

La violencia doméstica contra las personas con discapacidad se comete de maneras que en general el sistema de justicia no está diseñado para detectar como por ejemplo la sobremedicación, la privación de o daño a los apoyos técnicos como bastones, sillas de ruedas, muletas o caminadores; el maltrato a animales de servicio; infligir dolor de forma intencional en partes del cuerpo que son más sensibles o agravar la sensación de dolor. Algunas manifestaciones de violencia psicológica incluyen el encierro y el aislamiento, la negligencia en las labores de higiene personal, vestido y alimentación, la infantilización, la denegación de acceso a información y manejo de las finanzas, sustituir la voz y voluntad en la relación con terceros, el uso de los hijos para forzar la voluntad, la institucionalización o amenaza de institucionalización.³⁵

Con frecuencia, los marcos normativos permiten la institucionalización psiquiátrica sin consentimiento, lo cual constituye una violación directa del artículo 14 de la CDPD.³⁶ Cuando esta forma de violencia se vincula con el género, encontramos manifestaciones de violencia interseccional tales como las mencionadas en la Observación General Núm. 3:

La violencia contra las mujeres con discapacidad internadas en instituciones incluye: ser desvestidas por personal masculino en contra de la voluntad de la mujer; la administración forzosa de medicación psiquiátrica; y la sobremedicación, lo que puede reducir la capacidad de describir y/o recordar la violencia sexual. Los autores pueden actuar con impunidad porque consideran que hay escaso riesgo de ser descubiertos o sancionados, ya que el acceso a los recursos judiciales está estrictamente restringido y es poco probable que las mujeres con discapacidad víctimas

³⁵ V., informe de Human Rights Watch. *Es mejor hacerte invisible. Violencia familiar contra personas con discapacidad en México*, 2020. Disponible en: «<https://www.hrw.org/es/report/2020/06/04/es-mejor-hacerte-invisible/violencia-familiar-contra-personas-con-discapacidad-en>».

³⁶ Cf., Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Anexo. *Directrices Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad*. UN Doc. A/72/55. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/72/55>».

de este tipo de violencia puedan acceder a líneas telefónicas de ayuda o a otras formas de apoyo para denunciar esas violaciones.³⁷

Es fundamental que la administración de justicia ponga especial atención a lo que ocurre en centros psiquiátricos e instituciones públicas o privadas en donde residen personas con discapacidad, pues las organizaciones de la sociedad civil no cuentan con acceso a documentar lo que ocurre al interior de las mismas y no existen muchos mecanismos para combatir la impunidad de las violaciones de derechos humanos allí cometidas.

V. Sentencia judicial: reparación transformadora y accesibilidad de los fallos

Es indudable que el poder judicial a través de sus fallos tiene el poder y la oportunidad de contribuir al desmantelamiento del capacitismo generalizado de la sociedad. Las sentencias que expida un tribunal en casos que involucren discriminación y violencia interseccional por género y discapacidad pueden contribuir de una manera definitiva a que las causas estructurales que resultan en la exclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida desaparezcan. Así, en los casos de discriminación por género y discapacidad no solo se busca resarcir y reparar a la víctima directa de dicha conducta sino adoptar medidas que efectivamente transformen las condiciones estructurales que perpetúan dichas circunstancias discriminatorias. Esto es lo que entendemos como reparación transformadora, un concepto que ha ido consolidándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—, en particular con el caso hito *Campo Algodonero vs. México*.³⁸ El concepto de reparación integral, se deriva del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

abarca la acreditación de daños en la esfera material e inmaterial y el otorgamiento de medidas tales como: a) la investigación de los hechos; b) la restitución de los

³⁷ CDPD, *Óp. Cit.*, párr. 53.

³⁸ CIDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Serie c205. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf».

derechos, bienes y libertades; c) la rehabilitación física, psicológica o social; d) la satisfacción, mediante actos en beneficio de las víctimas; e) las garantías de no repetición de las violaciones y f) la indemnización compensatoria por el daño material e inmaterial.³⁹

Dado que aún estamos en sociedades cuyas estructuras normativas legitiman la exclusión de las personas con discapacidad, las sentencias judiciales se convierten en un instrumento crucial en la transformación de esa realidad. Así, aún si subsisten instituciones jurídicas como la interdicción y se permite la institucionalización sin consentimiento, los tribunales pueden dar aplicación a los mandatos de la CDPD de forma tal que se modifiquen las condiciones que dan lugar a este tipo de discriminación y violencia y promuevan la autonomía de las personas con discapacidad. Así, las sentencias judiciales que se expidan en casos de discriminación y violencia interseccional por discapacidad y género deben identificar las medidas que permitirán superar las condiciones de exclusión y desigualdad preexistentes y que dieron lugar a dicha situación y asegurarse de instaurar mecanismos idóneos de seguimiento que permitan verificar que dichas condiciones efectivamente han sido superadas en el tiempo.

Otro componente fundamental de la reparación transformadora es la accesibilidad de la sentencia misma como tal y la forma en que su contenido es comunicado a la víctima. Las sentencias judiciales suelen contener un alto contenido técnico y un lenguaje especializado. Es central que cuando una de las partes en el proceso judicial es una persona con discapacidad el fallo expedido sea comunicado y tenga contenido accesible. Ello puede significar que sea adaptado a formatos accesibles como documentos compatibles con lectores de pantalla, interpretación a Lengua de Señas mexicana, adaptación para lectura fácil y que se determine cuál es la mejor manera de facilitar la comprensión de su contenido. Como se mencionó anteriormente, la accesibilidad es un principio de la CDPD, desarrollado en la Observación General Núm. 2 y en el caso de sentencias judiciales referidas a discriminación y violencia interseccional, la sentencia misma

³⁹ Calderón Gamboa, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Disponible en: «<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>».

hace parte de la reparación integral hacia la víctima, por lo que no tendría sentido que no fuera accesible. La SCJN ha sido pionera en la región con la expedición de sentencias en lectura fácil para personas con discapacidad intelectual y esta práctica debe afianzarse para todos los casos que involucren a personas con discapacidad. Entre los ejemplos de sentencias disponibles en lectura fácil están el *Amparo en Revisión 1368/2015* y el *Amparo Directo 4/2021*.

VI. Comentarios finales

El presente capítulo intentó recopilar tanto las barreras para el acceso a la justicia como las buenas prácticas destinadas a garantizar el adecuado desarrollo del proceso. En particular, se hizo foco en los asuntos específicos a considerar en casos de violencia y discriminación interseccional por género y discapacidad, incluyendo la denegación de la capacidad jurídica y la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos. Finalmente, se abordó la cuestión de la reparación transformadora y la accesibilidad de las sentencias.

Las y los operadores jurídicos están en una posición irremplazable para transformar las estructuras sociales y legales que dan lugar a la exclusión capacitista y patriarcal. La obligación principal recae, como es lógico, en magistrados, magistradas y otras autoridades que deben convertir estos mandatos en realidades. Esto se vincula tanto con brindar un servicio de justicia adecuado como con ofrecer una tutela judicial efectiva ante vulneraciones en los más diversos ámbitos de la vida en comunidad. Hemos analizado cómo se manifiestan la discriminación y la violencia interseccionales, y la necesidad de brindar una respuesta judicial adecuada a través de la toma de conciencia sobre las perspectivas e instrumentos a adoptar.

Existen, por separado, campos disciplinares de abundante producción política y legal tanto en relación con los derechos de las personas con discapacidad; de los derechos de las mujeres; de los derechos de las personas LGBTI; y de las temáticas de violencia y discriminación por motivos de género. Abordar debidamente la interseccionalidad implica obviamente conocer esos ordenamientos, pero, sobre todo, también poder cuestionarse prácticas, aceptar las incertidumbres y saber saldarlas a través de la consulta con las personas involucradas.

El nivel de cumplimiento de derechos actual en materia de discapacidad y género dista mucho de una situación óptima. Arrastramos una inercia propia de siglos de abordaje contrario a los principios que enumeramos. Por ende, el compromiso que debemos asumir es significativo y requiere una inversión sustancial en materia de creatividad, tiempos y recursos. No se trata de adoptar una terminología distinta o cambios cosméticos, sino en poner en marcha una reforma radical en materia jurisdiccional y normativa.

Bibliografía

Libros

Calderón Gamboa, Jorge F. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., México, 2013. Disponible en: «<https://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>».

Revistas

Epstein, Julia y Rosenbaum Stephen “Revisiting Ashley X: An Essay on Disabled Bodily Integrity, Sexuality, Dignity, and Family Caregiving”, *Touro Law Review*, Vol. 35 No. 1, 2019. Disponible en: «<https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2944&context=lawreview>».

Legislación

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias “Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú” (2020) y “Vicky Hernández y Otras vs. Honduras”, 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie c205. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf».

OHCHR. Policy Guidelines for Inclusive Sustainable Development Goals. Gender Equality, 2020. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SDG-CRPD-Resource/policy-guideline-gender-equality.pdf>».

ONU. Asamblea General. Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/SP/HR-Bodies/CRPD/Documents/disabilities-convention.htm>».

ONU, Asamblea General, Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Anexo. *Directrices Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad*. (2016). UN Doc. A/72/55. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/72/55>».

ONU. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11 período de sesiones. Observación General Núm. 1. Artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley. UN Doc. CRPD/C/GC/1. Disponible en: «<https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/1>».

ONU. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, 2016, Doc. ONU CRPD/C/GC/3. Disponible en: «<https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/3>».

ONU. Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2017. UN Doc. A/72/133.

Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Disponibles en: «<http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/>».

principles_sp.pdf». «http://yogyakartaprinciples.org/wpcontent/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf». (en inglés).

Otros

Human Rights Watch. *Es mejor hacerte invisible. Violencia familiar contra personas con discapacidad en México*, 2020. Disponible en: «<https://www.hrw.org/es/report/2020/06/04/es-mejor-hacerte-invisible/violencia-familiar-contra-personas-con-discapacidad-en>».

Laurence, Jeremy, *La niña que será bebé para siempre*, Página 12. Disponible en: «<https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-78644-2007-01-05.html>».

OMS. World Report on Disability, 2011. Disponible en: «https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf».

ONU Mujeres. Browne, Sophie. Issue brief: Making the SDGs count for women and girls with disabilities, 2017. Disponible en: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2017/6/issue-brief-making-the-sdgs-count-for-women-and-girls-with-disabilities>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos, 2020. p. 205 y pp.82 y ss. Disponible en: «<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>».

Niñez con discapacidad

Ignacio Campoy Cervera*

* Ignacio Campoy Cervera es Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Profesor Titular de Universidad en la Universidad Carlos III de Madrid y Miembro del Consejo del Instituto de Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba". Entre sus principales líneas de investigación están los derechos de los niños, los derechos de las personas con discapacidad, el derecho a la educación inclusiva y el concepto y el fundamento de los derechos humanos.

Niñez con discapacidad. I. Introducción; II. La concepción de la infancia con discapacidad y la interrelación entre los diferentes modelos de derechos; III. La construcción social y la efectiva protección de los derechos de los niños y las niñas con discapacidad.

I. Introducción

Una cuestión esencial que nos hemos de plantear en nuestras sociedades es la de saber cómo ha de ser el trato que se considera justificado para la infancia con discapacidad.¹ Y para responder a la misma, es necesario plantearnos otras dos cuestiones: ¿qué se entiende por infancia con discapacidad y cuál es el reconocimiento y la protección que se ha de hacer de los derechos de la infancia con discapacidad? Son dos cuestiones entre las que puede establecerse un orden lógico, en el sentido de que dependiendo cómo se entienda la infancia con discapacidad será que se le reconozcan unos determinados derechos, así como se establecerá cómo han de poder ejercitarse y hacerse efectivos.

En el segundo apartado de este capítulo, daré respuesta a esas cuestiones partiendo de las que se han ofrecido en los grandes modelos de derechos conforme a los que se han configurado nuestras sociedades. En el tercer apartado expondré que, si bien nuestras actuales sociedades siguen siendo discriminatorias respecto a la

¹ Con el término “infancia con discapacidad” me estoy refiriendo a toda persona menor de dieciocho años de edad que en nuestras sociedades se entiende que tiene alguna discapacidad. Será idéntico, pues, para los propósitos de este capítulo, que se hable de infancia con discapacidad, de niños y niñas con discapacidad o de niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

infancia con discapacidad, todavía constituidas en buena medida con postulados de modelos anteriores que ya deberían de ser superados, es necesario construir una sociedad inclusiva, donde todas las niñas y niños con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones y, así, alcanzar su desarrollo holístico. En este sentido, al final del capítulo ejemplifico con cuatro derechos fundamentales lo que supondría para la infancia con discapacidad considerarlos a la luz del modelo de los derechos humanos.

II. La concepción de la infancia con discapacidad y la interrelación entre los diferentes modelos de derechos

A. La interrelación entre los modelos de la discapacidad y de la infancia

En otros capítulos de este manual —de forma específica en el primero— se han expuesto las principales bases de los modelos de prescindencia, médico y social de la discapacidad. En este apartado quiero subrayar la decisiva trascendencia que ha tenido para la infancia con discapacidad el que dichos modelos de la discapacidad se interrelacionaran con otros modelos que se construyeron respecto a la infancia, a los que, aunque han tenido diferentes tipos de denominaciones, yo me refiero como el modelo negador de derechos de los niños, el modelo proteccionista “tradicional” y el modelo proteccionista “renovado”.²

1. Los modelos de prescindencia y de negación de los derechos de los niños

Los primeros modelos, el de prescindencia de la discapacidad y el negador de los derechos de los niños, fueron desarrollados durante muchos siglos, abarcando la

² La primera vez que me referí a esos modelos, y donde realicé un análisis profundo y extenso de los mismos, es en Campoy Cervera, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*; concretamente, del modelo de negación de los derechos de los niños en pp. 39-271 y de los modelos proteccionistas en pp. 421-600.

Antigüedad, la Edad Media e incluso incorporándose en la Modernidad.³ No obstante, podemos empezar a hablar del modelo del proteccionismo “tradicional”, superador del negador de los derechos de los niños, desde el inicio del siglo XVII. Mientras que el modelo médico, superador del de prescindencia, —aunque también con planteamientos en la Modernidad que pueden entenderse como antecedentes de este— empieza a desarrollarse propiamente a partir del Siglo XX. En todo caso, ambos modelos están ya superados hoy día en cuanto a la posible legitimación de cómo han de ser tratados los niños, las niñas y las personas con discapacidad. Sin embargo, es importante comprender que esa superación como modelos constructores de una sociedad justa no significa, lamentablemente, que no pervivan en nuestras sociedades planteamientos e incluso reivindicaciones que son propios de los mismos. El arraigo que determinados prejuicios, mitos y estereotipos tienen en parte del imaginario colectivo, así como la pervivencia de ideologías que se sustentan a partir de los mismos nos obliga a todos a estar atentos para identificarlos y combatirlos, a fin de erradicarlos; pero sobre todo a los agentes sociales que desempeñan funciones con efecto directo sobre la vida de los niños, niñas y adolescentes —en adelante NNA— con discapacidad —como son los educadores o los jueces—.

En ese sentido, cabe destacar como principales características del modelo de prescindencia, considerar que las causas que originan la discapacidad son religiosas y que las personas con discapacidad no tienen nada que aportar a la sociedad⁴ y del modelo negador de los derechos de los niños que el niño no tiene valor propio, sino solo en el futuro adulto que se ha de convertir bajo la férrea guía de sus padres. La unión de ambos tipos de postulados supuso para los NNA con discapacidad vivir en sociedades en las que se les consideraba prescindibles y sufriesen prácticas de rechazo y exclusión social, a veces tan extremas como el infanticidio. Y si bien esos postulados y prácticas ya deberían de estar definitivamente erradicados, podemos comprobar que todavía siguen vigentes en determinadas ideologías y detrás de ciertas prácticas nocivas que sufren los NNA con

³ Sobre el modelo de prescindencia Cf., Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, pp. 37-66.

⁴ *Idem*, p. 37.

discapacidad, por lo que, como antes apuntaba, es necesario seguir atentos para conseguir su identificación y eliminación.⁵

2. Los modelos médico y del proteccionismo "tradicional"

La superación de los modelos de prescindencia y de negación de los derechos del niño se consiguió con el desarrollo del modelo médico de la discapacidad y del proteccionismo "tradicional" de la infancia. La relevancia de ambos modelos radica en la persistente pervivencia de los mismos, tanto en la construcción que todavía se mantiene en buena parte de nuestras sociedades, como en la forma de entender la realidad por un elevado número de personas, —entre ellas padres y agentes sociales que se relacionan con la infancia con discapacidad—. El final de ambos modelos, y el inicio de los modelos superadores de los mismos —el social y el del proteccionismo "renovado"—, se ha de situar jurídicamente con la aprobación de sendas Convenciones de Naciones Unidas: la de los Derechos de los Niños —en adelante CDN—, en 1989, y la de los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante CDPD—, en 2006. No obstante, las fechas de ambas Convenciones son todavía muy cercanas para que los modelos que en ambas se intentan implementar hayan conseguido erradicar construcciones sociales y mentales tan arraigadas. De hecho, una parte de nuestros agentes sociales, legisladores y jueces todavía fueron educados conforme a los caducados modelos previos.

Del modelo médico también se habla ya suficiente en otros capítulos de este Manual, pero me interesa mostrar cómo dicho modelo se interrelaciona con el proteccionismo "tradicional" para dar una respuesta coherente e injusta a las cues-

⁵ Así, por ejemplo, nos recuerda la Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General Núm. 3, 2016, *sobre las mujeres y las niñas con discapacidad*, Cf., CRPD/C/GC/3, párr. 36:

Las niñas con discapacidad están particularmente expuestas a sufrir prácticas nocivas, que se justifican invocando costumbres y valores socioculturales y religiosos. Por ejemplo, las niñas con discapacidad son más proclives a "una muerte piadosa" que los niños con discapacidad porque sus familias no están dispuestas a criar a una niña con una deficiencia o carecen de apoyo para ello. Otros ejemplos de prácticas nocivas incluyen el infanticidio, las acusaciones de "posesión por los espíritus" y restricciones en la alimentación y la nutrición.

tiones básicas sobre ¿qué se entiende por infancia con discapacidad?, y ¿cuál es el reconocimiento y la protección que se ha de dar a los derechos de la infancia con discapacidad?

Así, si conforme al modelo médico se entiende que la discapacidad es una condición personal que padecen ciertas personas y las inhabilita para llevar una vida normal, un daño en sus capacidades que las incapacita; la construcción social que se considera justificada es aquella que procure atender a la persona en su incapacidad. Primero, tratando su discapacidad como enfermedad que se ha de curar o mitigar, rehabilitándola para que pueda llevar la vida más normalizada posible; y segundo, cuando esa cura o rehabilitación no se pueda realizar, atendiendo a la persona de forma que sufra lo menos posible. En todo caso, cualesquiera que sean las acciones que se tomasen, las mismas estarían justificadas siempre que se considerase que se estaba actuando por el bien de la persona con discapacidad. Un bien que la propia persona, precisamente por su discapacidad, muchas veces no era capaz de identificar, ni de saber cómo actuar para conseguirlo, por eso habían de ser finalmente terceras personas capaces las que tomasen dichas decisiones relevantes en sus vidas.

Conforme al proteccionismo “tradicional”, se contempla la infancia como una etapa vital en la que todavía no se han podido desarrollar las cualidades y capacidades de la persona, su consideración es, pues, también la de una persona inevitablemente caracterizada por sus incapacidades, las cuales le inhabilitan para tomar decisiones adecuadas en su vida y la convierten en alguien indefenso, que puede sufrir continuamente perjuicios que pueden provenir no solo del exterior, sino también de sus propias acciones. Por lo que es igualmente necesario procurarles una guía constante en sus vidas, ejercida por terceras personas capaces, sus padres fundamentalmente, que habrán de tomar las decisiones vitales por ellas o ellos mientras dure su minoría de edad; es decir, durante el tiempo que se entiende que tardan en convertirse en los adultos con las capacidades suficientes para poder tomar esas decisiones por sí mismos.

La justificación de la toma de decisiones vitales por los terceros capaces vendrá a coincidir, pues, en ambos modelos. Tanto en las causas —la falta de capacidades

para tomar esas decisiones—; cuanto en los fines a conseguir —proteger a la persona por su bien, en su interés, mientras duren las causas de incapacitación—. Unos postulados que, conforme a la lógica de los dos modelos, colocaría a la infancia con discapacidad en una situación de necesitar todavía de una más constante e intensa protección, de una protección especial; a la que abocaba considerar que los niños y niñas con discapacidad tienen menos capacidades todavía que el resto de niños y niñas, por lo que son merecedores de ese trato diferente.

Sin embargo, ese trato diferente parte, en realidad, de una subestimación, de una completa negación de las capacidades de los niños y niñas con discapacidad; y es precisamente con su aplicación, sometiéndoles a un paternalismo constante e injustificado, que se termina impidiendo el desarrollo de sus capacidades y potencialidades, truncando, así, el desarrollo de sus propias personalidades.

Además —y en el siguiente apartado volveré sobre ello—, es necesario tener siempre muy presente que esas injustificadas y constantes medidas paternalistas alcanzan un mayor grado de extensión e intensidad según se considere que la persona a la que se vayan a aplicar está más alejada del patrón de normalidad establecido. Así, siempre han sufrido más esas medidas, su aplicación y consecuencias, las niñas con discapacidad que los niños con discapacidad, la infancia con discapacidad de etnias discriminadas conforme a estereotipos perjudiciales que la de las etnias socialmente dominantes, etc.

De esa manera, la construcción de la sociedad y el correspondiente reconocimiento de derechos acorde con esos postulados y objetivos, con esos estereotipos y prejuicios, encuentran su justificación en ofrecer esa especial protección a la infancia con discapacidad. Es decir, que solo se reconocen los derechos que sean necesarios para conseguir proporcionar esa protección y se garantiza que su ejercicio ha de ser por los terceros considerados capaces. Ambos modelos parten de presupuestos falsos, injustificados y enormemente perjudiciales para la niñez con discapacidad; y ambos terminaron construyendo, conforme a esos presupuestos, sociedades con instituciones absolutamente destructoras de las personalidades de los NNA con discapacidad.

3. Los modelos social y del proteccionismo "renovado"

La enorme brecha que separaba a los modelos médico y del proteccionismo “tradicional” del modelo de los derechos humanos, que se había ido configurando como el modelo universal de justicia sobre todo a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, hizo necesario que se creasen dos Convenciones internacionales en el seno de las Naciones Unidas. Aunque la separación de casi 20 años que media entre la CDN y la CDPD permite entender la mayor aproximación de la segunda que la primera al modelo de los derechos humanos; también se ha de resaltar que a través de la gran labor de los respectivos Comités de Naciones Unidas —el de los Derechos del Niño, en adelante CRC, por sus siglas en inglés— y el de los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante CDPD— se ha conseguido ir realizando una interpretación de ambas Convenciones de forma acorde con el modelo de los derechos humanos.

La CDN supuso una absoluta revolución para la infancia de todo el mundo; siendo rápida y casi universalmente ratificada por todos los Estados, la misma supuso un cambio de comprensión de la propia infancia, de sus derechos y del trato que debían recibir en la sociedad. Ese cambio se suele resumir en la frase de que las niñas y los niños dejaron de ser considerados como objetos de Derecho para empezar a ser considerados como sujetos de Derecho, con lo que se quiere significar que debían de dejar de ser considerados como personas a las que fundamentalmente habría que proteger a través del Derecho, para empezar a ser considerados como personas que han de ser protagonistas de sus propias vidas, para lo que el Derecho les ha de proporcionar los mecanismos adecuados.⁶

No obstante, cuando la CDN fue aprobada, en 1989, la concepción que seguía siendo mayoritaria respecto a la infancia es que durante la misma predominan carencias relevantes de las personas que hacían necesario que las decisiones finales sobre el ejercicio de sus derechos las tomen terceras personas capaces, fun-

⁶ Cf., Cardona Llorens, “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, Núm. 2, p. 49.

damentalmente sus padres. Y si bien es cierto que la CDN estableció el cambio trascendental de reconocer que el/la niño/a debe ser escuchado cuando se tomen esas decisiones sobre sus vidas, dándose mayor importancia a su opinión según van madurando y desarrollando sus capacidades —principalmente las cognitivas—, en todo caso, en última instancia, se entiende que sus derechos deben seguir siendo ejercitados, por norma general, por los adultos capaces.

Si atendemos a cómo se redactaron los dos artículos —el 3.1 y el 12— que suponen los pilares fundamentales de este modelo proteccionista “renovado” que se consagró en la CDN y que constituyen dos de sus cuatro principios generales— podemos entender perfectamente las bases de este modelo.

En el artículo 3.1 se consagra de forma contundente el principio esencial del interés superior del niño. Un principio que es la base del modelo proteccionista y que responde a la idea de que hay que proteger a la infancia, para lo que se han de tomar todas las decisiones respecto de las niñas y los niños; las cuales quedarán, así, justificadas en cuanto se entienda que se toman por su bien, —en realidad por lo que los terceros capaces reconocen como su bien, su interés—:

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

Sin embargo, el decisivo derecho del niño a ser escuchado en la toma de decisiones que le afecten está recogido, en el artículo 12.1, con una redacción poco consistente:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar 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 niño.

Así, lo único que se garantiza es que solo aquella niña o aquel niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” —por lo que cabe entender que no

la totalidad— tiene “el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan” —por lo que solo se le garantiza que puede expresar su opinión libremente—, “teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez” —por lo que solo se garantiza que se le escuchará y que el que vaya a tomar las decisiones por él o ella tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, dándoles finalmente la relevancia que considere que merecen en función de su edad y madurez—. Por eso, aunque es evidente que la CDN supuso una renovación completa del modelo anterior de los derechos de la infancia, es necesario concluir que en su origen no terminaba de superar el paradigma proteccionista de la infancia.

Por el contrario, la CDPD, auspiciada por el modelo social de la discapacidad, sí que supuso un abandono completo del modelo proteccionista respecto a las personas con discapacidad y su incorporación en el modelo de los derechos humanos. En este caso la frase aceptada que mejor expresa este cambio es que se ha pasado de un modelo de sustitución de la voluntad a un modelo de apoyo en la toma de decisiones.⁷ Con lo que se quiere significar que ya no se podrán tomar decisiones “por su bien” que afecten a la vida de las personas con discapacidad —porque se considere por terceros capaces, bajo el supuesto de que las personas con discapacidad no son capaces de tomarlas y por eso las toman las personas que sí son capaces y saben lo que les conviene— sino que, a partir de la CDPD, las decisiones que afecten a la vida de las personas con discapacidad las han de tomar ellas mismas, para garantizar que es su voluntad y preferencias las que priman han de contar, cuando lo requieran, con los apoyos necesarios para ello. En este sentido, es la contundencia del artículo 12 de la CDPD la que mejor expresa este cambio de paradigma; así, en su segundo y tercer apartados:

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 proporcio-

⁷ Cf., De Asís Roig, Barranco Avilés, *et al.*, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español”, en *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, p. 28.

nar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Sin embargo, la visión proteccionista de la CDN, basada en la idea de que las incapacidades que caracterizan en general a la infancia les inhabilita para tomar decisiones jurídicamente vinculantes en el ejercicio de sus derechos, no fue superada en la redacción de la CDPD. El ánimo de la CDPD era más bien que quedase definitivamente establecido que los NNA con discapacidad deben tener reconocidos los mismos derechos que el resto de niñas y niños, y que han de poder ejercitarlos en igualdad de condiciones. Ese paso era absolutamente necesario, pues en la CDN se seguía pensando en los NNA con discapacidad como niñas y niños de quienes en principio cabía pensar que tenían menos capacidades que el resto, por lo que tenían que seguir siendo considerados como merecedores de un tratamiento especial. Lo que, en realidad, suponía que, de nuevo, habrían de sufrir en mayor extensión e intensidad la aplicación de medidas paternalistas injustificadas.⁸ Y por eso, en el artículo 7 —que es el que la CDPD dedica a los niños y niñas con discapacidad—⁹ se especifica, en el primer apartado, que no habrá discriminación de ningún tipo respecto a los niños y niñas con discapacidad en relación con el resto de niños y niñas¹⁰ —lo que no deja de ser una aplicación del principio de no discriminación que ya se recogía en el artículo 2 CDN—. Y así, en el segundo apartado del artículo 7, se reconoce, de nuevo con contundencia, el principio básico que se sigue manteniendo respecto a la infancia de tomar las decisiones sobre los NNA con discapacidad para su bien, justificadas por la protección de su interés superior;¹¹ y en su tercer apartado se reconoce el derecho

⁸ El artículo 23 CDN, dedicado a la infancia con discapacidad, establecía, en su segundo apartado, que “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”.

⁹ Un análisis jurídico de este artículo 7 CDPD desde la perspectiva de los derechos de los niños lo realizó en Campoy Cervera, “Legal analysis of article 7 of the convention on the rights of persons with disabilities: children with disabilities”, en *The Age of Human Rights Journal*, Núm. 9, pp. 116-141.

¹⁰ “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”.

¹¹ “En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”.

del NNA a ser escuchado en toda la toma de decisiones que le afecten con una redacción tan poco exigente como era la de la CDN, aunque ahora se añade un último inciso que garantiza que también este derecho se ha de poder ejercer por los niños y niñas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.¹²

De esta manera, los modelos de las dos Convenciones, el social de la discapacidad y el proteccionista “renovado” de los derechos de los niños, si bien supusieron un cambio revolucionario respecto a los modelos anteriores, en última instancia siguen dejando a la infancia con discapacidad sometida a las medidas paternalistas que se justifican por lo que los adultos capaces consideren que es por su bien, en su interés. Por lo que las sociedades que se han venido construyendo conforme a esos postulados no han incorporado plenamente los derechos de los niños y las niñas con discapacidad en el modelo de los derechos humanos, siguen obviando que sus derechos se han de ejercer conforme a sus voluntades y preferencias, siguen impidiendo que puedan alcanzar el libre desarrollo de sus personalidades en igualdad de condiciones con los demás.

B. La incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos humanos

En el anterior punto terminé afirmando que la redacción de la CDN y de la CDPD no permitieron incorporar plenamente los derechos de los NNA con discapacidad en el modelo de los derechos humanos; pero también había apuntado antes que a través de la gran labor de los respectivos Comités de Naciones Unidas se ha conseguido ir haciendo una interpretación de ambas Convenciones acorde con el modelo de los derechos humanos. En este sentido, querría resaltar aquí cómo el CRC ha hecho esa interpretación de los dos artículos antes referidos como claves respecto al modelo de los derechos de los niños, en general, y, por consiguiente,

¹² “Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

también de la infancia con discapacidad, los artículos 3.1 y 12 CDN —una interpretación válida, para los apartados 2 y 3 del artículo 7 CDPD—, en sendas Observaciones Generales: la Núm. 12 —2009—, *el derecho del niño a ser escuchado* —CRC/C/GC/12— y la Núm. 14 —2013—, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, en el artículo 3, párrafo 1 —CRC/C/GC/14—.

Así, conforme a lo que antes apunté, hay que entender que las medidas protectionistas que se pretenden justificar argumentando que con ellas se protege a la persona, que se actúa por su bien, no están realmente justificadas conforme al modelo de los derechos humanos. No es justificable sustituir la voluntad de la persona por la de aquella que se considere capaz, sino que lo único que se encuentra justificado es prestar los apoyos que sean necesarios para que finalmente sea la voluntad de la persona la que prevalezca. Conforme al modelo de los derechos humanos, cabe entender que las únicas medidas paternalistas que están justificadas son aquellas que se toman cuando la persona no está en condiciones de tomar decisiones, que pueden impedir o dificultar de forma probable y grave la consecución del libre desarrollo de su personalidad, y cuando con la medida que se tome se esté procurando hacer efectiva lo que cabe considerar que sería la voluntad de la persona al respecto; —es decir, que se tome la decisión que se considere que la persona tomaría de estar en condiciones de hacerlo, a fin de hacer real sus propios planes de vida, de alcanzar el libre desarrollo de su propia personalidad—. ¹³

Sin embargo, respecto a la infancia con discapacidad, las medidas que se seguían considerando justificadas, conforme a los textos de ambas Convenciones, apuntaban a aquellas que se tomasen para hacer prevalecer el interés de los NNA con discapacidad, después de haberles escuchado al respecto y tomado su opinión debidamente en cuenta conforme a su edad y madurez; una justificación que, como vemos, no casa con el modelo de los derechos humanos. Por esto, era necesario hacer una interpretación acorde con el modelo de los derechos humanos de esos

¹³ V. una justificación de estos planteamientos en Campoy Cervera, “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad”, en *Derechos y Libertades*, Núm. 37, Época II, pp. 151-155.

dos principios básicos del modelo de los derechos de los niños, con o sin discapacidad; y es en este punto que adquieren toda la importancia las Observaciones Generales antes citadas.

Así, conforme al modelo de los derechos humanos, por una parte, solo cabe entender que todas las medidas que se tomen respecto a la infancia con discapacidad han de procurar satisfacer su interés si entendemos que ese interés es, precisamente, la consecución del libre desarrollo de la propia personalidad; y que solo es posible satisfacerlo si es a través del ejercicio de sus derechos, y no por las decisiones que adultos capaces puedan tomar, conforme a sus propios criterios, respecto a cuál es su interés o su bien. En esta línea es muy esclarecedor el párrafo 4 de la *Observación General Núm. 14*: “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El CRC ya ha señalado que “[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”.

Por otra, se ha de entender que la obligación de escuchar al NNA con discapacidad en toda la toma de decisiones que le afecten, teniendo su opinión debidamente en cuenta conforme a su edad y madurez,¹⁴ solo será acorde con el modelo de los derechos humanos si entendemos que se ha de respetar la auténtica voluntad del NNA en la decisión que se adopte. De esta manera se estará respetando lo que se entiende que sería el ejercicio de su libertad de elección para la consecución del libre desarrollo de su propia personalidad. En esta línea es interesante la interpretación que hace el CRC del derecho a ser escuchado, dándole el sentido del derecho a participar de una manera efectiva en toda la toma de decisiones que le afecten.¹⁵

De esta manera, lo que quedaría por realizar es atender a la necesaria conexión que tiene que haber entre ambos principios. Y en esa línea resulta esclarecedor el

¹⁴ Aunque ahora habría que entender que atender a la edad y madurez del niño/a significa atender a todas sus circunstancias; lo que ha de servir para determinar con la mayor exactitud posible cuál es la voluntad del niño/a respecto a la decisión que se haya de tomar.

¹⁵ *Cf.*, CRC/C/GC/12, párr. 3.

párrafo 74 de la *Observación General Núm. 12* —cuyo contenido se reitera en el párrafo 43 de la *Observación General Núm. 14*—:

No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida.

Como es obvio, estas conclusiones son igualmente válidas para todos y cada uno de los NNA; independientemente, de que tengan o no alguna discapacidad —a lo que, recordemos, obliga también explícitamente el principio de igualdad y no discriminación consagrados en los artículos 2 CDN y 7.1 CDPD—. Y así, adquiere toda la relevancia el principio general que se establece en el art. 3 h) CDPD: “El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”, en la acertada interpretación que del mismo hizo la que fue Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas:

El principio de respeto de la evolución de las facultades afirma que los niños son titulares de derechos con arreglo al derecho internacional y reconoce el papel que desempeña la capacidad de los niños de tomar decisiones. El reconocimiento del derecho a preservar la identidad del niño supone proteger tanto los atributos estáticos como los dinámicos de su identidad, entre los que figura su discapacidad. Esto comprende la necesidad de apoyar y salvaguardar el derecho del niño a decidir el tipo de persona en que se convertirá en el futuro.¹⁶

Queda pues, clara la unión de ambos principios de la CDN —arts. 3.1 y 12— con el principio de la CDPD —art. 3 h)— para incorporar los derechos de los niños con discapacidad en el modelo de los derechos humanos, debiendo de poder

¹⁶ Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Derechos de las personas con discapacidad*, Cf., A/HRC/43/41, párr. 45.

ejercer los niños y las niñas con discapacidad sus derechos en igualdad de condiciones, conforme a su voluntad y preferencias, para poder alcanzar el libre desarrollo de su propia personalidad. La única consideración relevante que a este respecto cabe hacer, conforme a lo antes señalado —artículo 7.3 CDPD—, es que a los niños y niñas con discapacidad se les habrá de garantizar la asistencia apropiada, con arreglo a su discapacidad y edad, para poder ejercer su derecho a participar de una forma efectiva en toda la toma de decisiones que le afecten en igualdad de condiciones con los demás.

III. La construcción social y la efectiva protección de los derechos de los niños y las niñas con discapacidad

A. La actual construcción social y la persistente discriminación de la infancia con discapacidad

1. La continuidad de los modelos anteriores en nuestras actuales sociedades

En nuestras sociedades actuales nos encontramos con una compleja situación debido a que la sociedad presenta una tensión entre los diferentes modelos de la discapacidad y de los derechos de los niños que han sido referidos en el anterior apartado. Por una parte, podemos dar por caducos y deslegitimados los modelos de prescindencia y negador de los derechos de los niños, pero tenemos que estar alerta, porque los mismos siguen manifestándose en ciertas ideologías y prácticas nocivas. Por otra parte, hemos de ser conscientes de que por deslegitimados que estén el modelo médico de la discapacidad y el modelo proteccionista “tradicional” de los derechos de los niños, los mismos no solo están presentes, sino que habría que entender que están vigentes en muy buena medida y siguen configurando las estructuras sociales, y el reconocimiento y protección que se hace de sus derechos. Solo hace quince años que se aprobó la CDPD y las estructuras jurídicas, sociales y, sobre todo, mentales no han podido todavía asimilar adecuadamente los cambios en ella establecidos. Y aunque hace casi treinta y dos años

de la aprobación de la CDN, la implantación en la misma del proteccionismo “renovado” y la posterior evolución en su interpretación hacen que todavía nos encontremos en un proceso de asimilación de los cambios necesarios para ir reconociendo y protegiendo los derechos de los niños conforme al modelo de los derechos humanos.

Esa problemática se acentúa en lo que respecta a la infancia con discapacidad. Como expuse en el anterior apartado, la concepción proteccionista sobre la infancia se ha visto siempre acrecentada cuando se trata de la infancia con discapacidad. En el proteccionismo “renovado” se entiende que a los niños y las niñas con discapacidad hay que darles un trato especial, bajo la presunción de que no son iguales que los demás niños y niñas, sino que les caracteriza antes su discapacidad que su condición de NNA. Y en el modelo social, se entiende que los niños y niñas con discapacidad son iguales que los demás, por lo que su discapacidad solo ha de ser tenida en cuenta para garantizar que la misma no sea un obstáculo para que puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás. Sin embargo, se sigue entendiendo que está justificado el tratamiento eminentemente proteccionista respecto a la infancia, conforme a la comprensión de que no son iguales que las personas adultas, sino que les caracteriza antes su condición de niños y niñas que de personas que han de poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas.

Sin embargo, la adecuada comprensión de la infancia con discapacidad y sus derechos conforme al modelo de los derechos humanos habría de partir de que los NNA con discapacidad son personas que han de poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas;¹⁷ pero que, dada su condición de personas con discapacidad menores de edad, se puede entender que al interactuar sus condiciones personales con diversas barreas sociales se les impide poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, tanto respecto de las demás personas, incluso, respecto a los demás NNA.

¹⁷ V. una justificación de estos postulados y sus consecuencias respecto a los derechos de los niños y las niñas, con y sin discapacidad, en Campoy Cervera, “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad”, *Óp. Cit.*, pp. 131-165.

En esa línea, la labor que hoy día habría que hacer es entender la situación que viven los niños y las niñas con discapacidad en nuestras sociedades; identificar las barreras que impiden o dificultan injustificadamente que puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los otros niños y niñas, así como con el resto de personas; y, erradicando dichas barreras, construir una sociedad inclusiva en la que, con la aplicación de las medidas adecuadas, se garantice el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás.

2. La identificación y erradicación de los mitos, prejuicios y estereotipos perjudiciales

La construcción de una sociedad inclusiva exige identificar los estereotipos, mitos y prejuicios nocivos existentes, tanto en la sociedad como en cada uno de nosotros, que impiden que todos los NNA con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás y, así, conseguir su desarrollo holístico.

Si bien es cierto que, sobre todo desde la Modernidad, también ha ido adquiriendo fuerza la cultura de los derechos humanos, por suerte también, la misma ha contribuido a la formación de algunas de nuestras sociedades democráticas, de nuestros actuales modelos de Estados Sociales de Derecho, y a nuestra propia formación como ciudadanos.¹⁸ No obstante, no hay que desestimar, en absoluto, el enorme poder y la actual vigencia que siguen teniendo los mitos, estereotipos y prejuicios contrarios a los derechos humanos. Siguiendo lo anterior, en este capítulo deberíamos centrarnos en los capacitistas, que hacen ver a las personas con discapacidad como personas “anormales”, —de alguna manera disminuidos en sus vidas y en lo que pueden aportar a la sociedad dada su discapacidad—;¹⁹

¹⁸ Sobre la conformación del actual concepto de los derechos humanos como consecuencia de los cambios producidos en el tránsito a la Modernidad, es imprescindible el trabajo de Peces-Barba: Cf., Peces-Barba Martínez, “Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales”, en *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, pp. 13-264.

¹⁹ En esta línea, el *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Derechos de las personas con discapacidad (A/HRC/43/41)*, párr. 9:

las percepciones negativas profundamente arraigadas sobre el valor de la vida de estas personas siguen siendo un obstáculo permanente en todas las sociedades. Esas percepciones surgen de lo

y en los adultocentristas, —que suponen que la perfección del ser humano se alcanza en la adultez, siendo la infancia nada más que un periodo de formación, y que los NNA no pueden aportar a la sociedad dado que sus capacidades están en desarrollo—. ²⁰ No obstante, siendo esos estereotipos, mitos y prejuicios absolutamente fundamentales, hemos de tener muy presente que los niños y niñas forman también parte de todos los otros grupos sociales que resultan perjudicados por mitos, estereotipos y prejuicios que degradan la debida consideración de su igual dignidad humana, de persona que ha de poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás. Así, sin ir más lejos, las niñas con discapacidad también sufren las consecuencias de los estereotipos, mitos y prejuicios machistas; pero igualmente se pueden sufrir directamente los mitos, prejuicios y estereotipos racistas, xenófobos, aporofóbicos, LGTBfóbicos, etc.

La infancia con discapacidad vive en sociedades construidas con todos esos mitos, prejuicios y estereotipos, y eso hace que se tenga que denunciar que sufren no solo discriminaciones individuales, discriminación directa, indirecta, por asociación o por falta de ajustes razonables;²¹ sino que también es necesario resaltar que sufren discriminación sistémica o estructural, múltiple e interseccional.

La discriminación sistémica o estructural “se manifiesta a través de patrones ocultos o encubiertos de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones

que se ha denominado capacitismo: un sistema de valores que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida. Atendiendo a estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento, el pensamiento capacitista considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana. Como consecuencia de ello, suele inferirse que la calidad de vida de las personas con discapacidad es ínfima, que esas personas no tienen ningún futuro y que nunca se sentirán realizadas y ni serán felices.

²⁰ Lourdes Gaitán señalaba la concepción adultocéntrica de la CDN como uno de sus principales defectos, afirmando al respecto que “La visión de los niños como seres dependientes y de la infancia como etapa de preparación queda reflejada y reforzada en la Convención”. Cf., Gaitán Muñoz, “El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños”, en *Política y Sociedad*, vol. 43, Núm. 1, p. 72. Y en esa línea, para Claudio Figueroa, “El adultocentrismo puede ser comprendido como un reparto de ocupaciones, tiempos y espacios que asientan las capacidades de decisión en roles considerados inherentes al mundo adulto y ubica a los más jóvenes en roles subordinados”, Cf., Figueroa, “Construcción de comunidad entre niños y adultos: Una experiencia de participación promovida por ONGs chilenas”, en *Psicoperspectivas*, vol. 17, Núm. 2, pp. 2-3.

²¹ CRPD/C/GC/3, párr. 17.

culturales discriminatorias y normas o reglas sociales discriminatorias”;²² siendo conforme a ella que se construye una sociedad en la que las niñas y los niños con discapacidad quedan sin atención, sin políticas ni servicios adecuados enfrentándose a barreras de todo tipo —físicas, jurídicas o mentales— que impiden o dificultan enormemente el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás.

La múltiple y la interseccional,²³ porque hay que ser conscientes de que una persona que pertenece a diferentes grupos sociales a los que les afectan directamente estereotipos, mitos y prejuicios perjudiciales no solo sufre una discriminación, —resultante de la suma de diferentes fuentes de discriminación, que van haciendo más amplia y profunda la que se sufre de manera individual— sino que también sufre nuevos tipos específicos y agravados de discriminación que son consecuencia de la interacción de los distintos factores.²⁴ Por lo tanto, hemos de ser conscientes de que esa discriminación interseccional supone la invisibilización de necesidades, condiciones y circunstancias concretas de las personas afectadas. Luchar con efectividad contra la discriminación interseccional, sufrida por las personas que pertenecen a un grupo social, exige que todas las normas, políticas, medidas y servicios que se adopten incorporen a su criterio que también se sufre por pertenecer a otros grupos sociales en situación de vulnerabilidad, y las diferentes realidades discriminatorias que se producen como consecuencia de su interrelación. Así, por ejemplo, las que se tomen respecto a la infancia han de tener presente, además de la perspectiva de la infancia, la de la discapacidad y la de los otros grupos en situación de vulnerabilidad social; las que se adopten respecto a la discapacidad han de tener también en cuenta la perspectiva de in-

²² *Ibidem*.

²³ Conforme al Comité CDPD, cabe entender por discriminación múltiple aquella “que hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada”; y por discriminación interseccional aquella “que hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables. Entre los motivos de discriminación figuran la edad; la discapacidad; el origen étnico, indígena, nacional o social; la identidad de género; la opinión política o de otra índole; la raza; la condición de migrante, refugiado o solicitante de asilo; la religión; el sexo y la orientación sexual”. Cf., CRPD/C/GC/3, párr. 4.

²⁴ Cf., *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad (A/72/133)*, párr. 7; en línea con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general Núm. 33, 2015, *sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. Cf., CEDAW/C/GC/33, párr. 8.

fancia y la propia de los otros grupos en situación de vulnerabilidad social; y también las que se tomen respecto a otros grupos sociales en situación de vulnerabilidad —por razón de género, orientación sexual, origen étnico, etc.— han de tener presentes la perspectivas de infancia y discapacidad.

Finalmente, habría que entender que, como antes apunté, los mitos, prejuicios y estereotipos perjudiciales que están detrás de la construcción de nuestras actuales sociedades, —con barreras que hacen imposible el necesario ejercicio de los derechos para alcanzar el desarrollo holístico de las niñas y los niños con discapacidad— están también presentes en las mentes de una buena parte de las personas que las componemos, pues hemos sido educados también conforme a los mismos y vivimos en una sociedad donde siguen muy vigentes. Este es un problema absolutamente trascendental, porque si las personas que han de actuar por y para los NNA con discapacidad ven la realidad a través de esos mitos, prejuicios y estereotipos es imposible que identifiquen las barreras y actúen adecuadamente, ni como personas, ni como ciudadanos, ni como profesionales, sean profesores, educadores, policías, pediatras, legisladores, jueces, etc.²⁵ ¿Cómo va a ser posible que identifique y remueva una barrera quien no la comprende como tal?; ¿cómo va a garantizar a los niños y niñas con discapacidad el adecuado ejercicio de sus derechos quien los comprende a través de un entendimiento envenenado por prejuicios, *mitos* o estereotipos perjudiciales hacia ellas o ellos?

B. La construcción de una sociedad inclusiva para la infancia con discapacidad

1. El reconocimiento de los derechos humanos como objetivo último a conseguir

Si hemos de construir una sociedad en la que se respeten los derechos humanos de todas las personas y, por consiguiente, de todos los NNA con discapacidad, un

²⁵ Como señala el Comité CDPD, “La falta de concienciación, capacitación y políticas para prevenir la fijación de estereotipos nocivos de las mujeres con discapacidad por parte de funcionarios públicos, docentes, proveedores de servicios de salud, agentes de policía, fiscales o jueces, y por el público en general, a menudo puede dar lugar a la violación de derechos”. Cf., CRPD/C/GC/3, párr. 17.

primer paso que deberíamos dar es dejar claro que, como sociedades democráticas, nos hemos dado el objetivo último común de que el mayor número de personas posible alcance al máximo nivel posible el libre desarrollo de su propia personalidad en el ejercicio de su libertad de elección, siempre desde el respeto de la igual dignidad de todo ser humano.²⁶

Eso supone construir una sociedad inclusiva, en la que todas las personas tienen igual cabida. Una sociedad en la que, conforme a los valores de la Ética Pública de la Modernidad —la libertad, la igualdad y, de forma especialmente importante, la solidaridad— se configure una estructura política, jurídica y social que garantice que todas las personas pueden ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los demás. A fin de poder alcanzar su desarrollo holístico viviendo la vida que cada una considere que constituye para ella una vida humana digna.

2. El ejercicio de los derechos de los niños y las niñas con discapacidad en igualdad de condiciones

Si, como antes he expuesto, la construcción de una sociedad inclusiva supone garantizar que en la misma todas las personas, todos los NNA con discapacidad, por consiguiente, pueden ejercer sus derechos fundamentales de manera que puedan alcanzar su desarrollo holístico, viviendo la vida que cada uno/a considere que constituye para él/ella una vida humana digna; en este último punto intentaré exponer, muy brevemente, cómo podemos actuar para conseguir esa sociedad inclusiva en relación con unos derechos tan significativos como son el derecho a vivir libre de violencia, a vivir en un ambiente familiar, a la atención temprana y a la educación inclusiva.²⁷ La idea no es tratar cada uno de estos derechos,

²⁶ V. una justificación de esta idea en Campoy Cervera, “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXI, pp. 143-166.

²⁷ Esta lista solo se refiere a ejemplos que considero significativos, pero no es, en ningún caso, una lista cerrada, ni tampoco la de los derechos que se puedan considerar “más importantes”. Hay otros derechos de enorme relevancia, como puede ser el acceso a la justicia, que ya son analizados expresamente en otros capítulos de este manual; y, en todo caso, hay que tener siempre muy presente que no existe una jerarquía entre los derechos. Cf., CRC/C/GC/14, párr. 4.

pues excedería lo que se puede abarcar en este capítulo, sino, simplemente, exponer, muy someramente, en qué línea habría que interpretarlos para conseguir alcanzar un reconocimiento y protección de los mismos conforme a la necesaria comprensión de la infancia con discapacidad en el modelo de los derechos humanos.

De esta manera, se ha de entender que garantizar el efectivo disfrute del derecho a vivir libre de violencia supone mucho más que erradicar todos los actos, amenazas y situaciones de violencia; pues también implica que todos niños, niñas y adolescentes con discapacidad han de ser tratados en todas sus relaciones, dentro y fuera del hogar, con amor y respeto, de manera que se garantice el desarrollo armonioso y holístico de su personalidad, aptitudes y capacidades al máximo nivel posible.²⁸

En esta línea, adquiere relevancia constatar que el decisivo cambio que antes se explicó que supone reconocer el derecho del niño de participar en toda la toma de decisiones que le afecten finalmente significará garantizarlo en el ejercicio de todos sus derechos; y así, en el ejercicio del derecho a la salud se exigirá que cada NNA dé su consentimiento informado en los correspondientes tratamientos médicos conforme a la evolución de sus capacidades, y si el NNA con discapacidad —como los NNA de otros grupos en situación de vulnerabilidad— pueden tener disminuidas sus capacidades, será necesario que se les presten los apoyos necesarios para que puedan dar su consentimiento.²⁹ Una exigencia tan relevante que incluso se ha de considerar que la ausencia del consentimiento libre e informado

²⁸ En esta línea, cabe entender que “Buen Trato es una manera de ser y actuar basada en el profundo respeto hacia la dignidad de los otros, que se expresa en el contacto y el cariño que promueven un sentimiento mutuo de respeto y valoración. Son formas de relación que generan satisfacción y bienestar entre quienes interactúan”. Cf., UNICEF Venezuela, *Una crianza para la prevención de la violencia y la promoción del derecho al buen trato. “Escuela para padres, cuidadores y cuidadoras”*, p. 14.

²⁹ En esta línea, el CRC “reconoce que las capacidades cambiantes del niño repercuten en su independencia al adoptar decisiones sobre las cuestiones que afectan a su salud. Observa también que, a menudo, surgen discrepancias profundas en cuanto a esa autonomía en la adopción de decisiones, siendo habitual que los niños especialmente vulnerables a la discriminación tengan menor capacidad de ejercerla. En consecuencia, es fundamental disponer de políticas de respaldo y proporcionar a los niños, los padres y los trabajadores sanitarios orientación adecuada basada en derechos con respecto al consentimiento, el asentimiento y la confidencialidad”. Observación General Núm. 15, 2013, *sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*, art. 24, Cf., CRC/C/GC/15, párr. 21.

es una forma de violencia ejercida contra los NNA con discapacidad³⁰ e incluso de las que puede considerarse tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.³¹

Garantizar el efectivo disfrute del derecho del niño, la niña y adolescente a vivir en un ambiente familiar supone entender que, como se reconoce en el Preámbulo de la CDN, “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Lo que significa tanto poner con urgencia punto y final a la institucionalización de los niños y las niñas con discapacidad, cuanto garantizar que los poderes públicos toman todas las medidas y proporcionan todos los apoyos y servicios que sean necesarios a los miembros de la unidad familiar para que los niños y las niñas puedan desarrollar en la misma su vida en igualdad de condiciones con los demás.

La necesidad de poner fin al sistema de institucionalización, que afecta de forma desproporcionadamente grave a la infancia con discapacidad,³² es apreciada tanto por el CRC como por el Comité CDPD.³³ No solo porque en las instituciones se produce una grave y sistemática vulneración de los derechos de la niña o el niño,³⁴ sino porque la misma institucionalización del niño/a supone, de manera más o menos grave, la destrucción de su desarrollo holístico.

Cuando la unidad familiar no exista más o el interés superior la niña o el niño exija, con la debida participación del mismo en todo el proceso, la separación de sus

³⁰ Cf., CRPD/C/GC/3, párr. 31; y el *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad (A/HRC/20/5)*, párr. 4.

³¹ Así “todos los procedimientos y las intervenciones médicos realizados sin el consentimiento libre e informado, incluidos los relacionados con la anticoncepción y el aborto; las prácticas quirúrgicas invasivas e irreversibles, como la psicocirugía, la mutilación genital femenina y las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos realizados en niños intersexuales sin su consentimiento informado” Cf., CRPD/C/GC/3, párr. 32.

³² Observación General Núm. 5, 2017, *sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*, Cf., CRPD/C/GC/5, párr. 12.

³³ Cf., CRPD/C/GC/5, párr. 97 g. En la misma línea, puede verse, por ejemplo, en la Resolución del Consejo de Derechos Humanos *Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas: prevenir y combatir todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad*, de julio de 2021, (A/HRC/47/L.18/Rev.1) párr. 6 y 9.

³⁴ Cf., CRPD/C/GC/5, párr. 83 y CRPD/C/GC/3, párr. 53.

padres,³⁵ se ha de proporcionar al niño o niña con discapacidad otro ámbito familiar en el que vivir. En este sentido, es importante entender que hay diferentes unidades y estructuras familiares en las que el niño o la niña pueden vivir, pero lo fundamental es que siempre se garantice en las mismas el necesario ambiente de felicidad, amor y comprensión para que pueda ejercer sus derechos y conseguir su desarrollo holístico.³⁶ No es la estructura física u organizativa la que nos ha de permitir diferenciar entre una institución y un ámbito familiar,³⁷ sino precisamente que en la misma se dé dicho ambiente, con adultos de referencia que guíen al NNA en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con la evolución de sus facultades, a fin que pueda alcanzar su desarrollo holístico.

Se entiende que es absolutamente fundamental garantizar la atención temprana de todo NNA con discapacidad porque los primeros momentos de la vida humana son determinantes de su posterior desarrollo holístico, con el óptimo desarrollo posible de todas sus aptitudes y capacidades.³⁸ De hecho, la prestación de una adecuada atención temprana es tan esencial para la persona que es necesario que se reconozca como un derecho humano universal y gratuito, que se ha de hacer efectivo al menos desde el nacimiento hasta los 7 años,³⁹ con el que conseguir

³⁵ Cf., CRC/C/GC/14, párr. 61. En todo caso, entre las causas que puedan justificar esa separación nunca puede considerarse la discapacidad del niño/a o de sus padres. Cf., CRC/C/GC/14, párr. 63 y CRPD/C/GC/5, párrs. 52 y 87.

³⁶ Conforme al artículo 23.5 CDPD: “Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar”.

³⁷ Así, el Comité CDPD afirmará que “Ni las grandes instituciones con más de un centenar de residentes ni los pequeños hogares funcionales con entre cinco y ocho personas, ni siquiera los hogares individuales, pueden ser llamados sistemas de vida independiente si contienen otros elementos definitorios de instituciones o de institucionalización”; señalando a continuación algunos de los elementos inherentes a los entornos institucionalizados; y concluyendo que “Los hogares funcionales, tanto grandes como pequeños, son especialmente peligrosos para los niños, para los que no hay alternativa a la necesidad de crecer en una familia. Las instituciones “de tipo familiar” siguen siendo instituciones y no pueden sustituir el cuidado de una familia”. CRPD/C/GC/5, párr. 16 c).

³⁸ Cf., por ejemplo, en las Observaciones Generales del CRC Núm. 7, 2005, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 5; y Núm. 9, 2006, *Los derechos de los niños con discapacidad*, CRC/C/GC/9, párrs. 51-52, 56-57 y 65.

³⁹ Sin olvidar, por una parte, la necesaria atención prenatal y, por otra, que después de los siete años, y al menos mientras siga siendo niño/a, ha de tener una continuación a través del derecho a una adecuada atención al desarrollo.

optimizar su desarrollo holístico a través del disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás.

Para hacer efectivo el derecho a la atención temprana los poderes públicos han de garantizar la adopción de las medidas, asistencia, apoyos y ajustes que se precisen para atender adecuadamente a las capacidades y necesidades de cada NNA en todos los ámbitos, como son el sanitario, educativo, familiar y social; logrando, así, su plena inclusión en todos los ámbitos de la vida. Los servicios de atención temprana habrán de atender con especial atención a las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentra la niñez con discapacidad, debido a la interacción entre sus condiciones personales, familiares y sociales y las barreras que encuentran —o están en riesgo de encontrar— en su desarrollo.

Finalmente, hacer efectivo el derecho a la educación inclusiva supone establecer un sistema educativo en el que los dos objetivos básicos de la educación se consigan para la totalidad de las niñas, niños y adolescentes: desarrollar su personalidad, aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades, y formarle en el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁴⁰ Unos objetivos que no solo exigen el fin de la exclusión y la segregación escolar de algunas niñas y niños, así como el de la simple integración de todas y todos ellos en el sistema educativo ordinario, sino que, necesariamente exige una transformación radical del sistema educativo, para que todos los NNA puedan ejercer, en el mismo sistema educativo ordinario, su derecho a la educación en igualdad de condiciones con los demás.

De esta manera, se ha de entender que el derecho a la educación inclusiva es el derecho humano que toda la comunidad infantil tiene a educarse, en igualdad de condiciones con los/las demás —sin distinción alguna, independientemente, del sexo, etnia, condición económica, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social—. Los NNA tienen del derecho a educarse en el

⁴⁰ Cf., artículo 26.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948; artículo 13.1 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; artículo 29.1 a) y b) CDN; y artículo 24.1 a) y b) CDPD.

mismo sistema de educación general, garantizándose la adaptación del sistema educativo a las diversas necesidades, capacidades, potencialidades y preferencias educativas de cada niña y niño. Por lo tanto, siempre se habrá de asegurar que se proporcionan todos los apoyos y los ajustes que sean necesarios para atender adecuadamente a dichas diversidades educativas individuales, de modo que cada niña y niño pueda desarrollar su personalidad, aptitudes y capacidades, hasta el máximo de sus posibilidades y se forme en el máximo respeto por los derechos humanos y la igual dignidad intrínseca de todas las personas.

Bibliografía

Libros

Campoy Cervera, Ignacio, *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017.

Campoy Cervera, Ignacio, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.

De Asís Roig, Rafael; Barranco Avilés, María Del Carmen; Cuenca Gómez, Patricia y Palacios Rizzo, Agustina, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español”, en Cuenca Gómez, Patricia (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales”, en Pece-Barba Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio

(dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.

Revistas

Campoy Cervera, I., “Legal analysis of article 7 of the convention on the rights of persons with disabilities: children with disabilities”, *The Age of Human Rights Journal*, Núm. 9, 2017.

Campoy Cervera, I., “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad”, *Derechos y Libertades*, Núm. 37, Época II, 2017.

Campoy Cervera, I., “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXI, 2004.

Cardona Llorens, J., “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, Núm. 2, 2012.

Figuroa Grenett, C., “Construcción de comunidad entre niños y adultos: Una experiencia de participación promovida por ONGs chilenas”, *Psicoperspectivas*, vol. 17, Núm. 2, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol17-issue2-fulltext-1147>. [Consultado el 19 de julio de 2021].

Gaitán Muñoz, L., “El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños”, *Política y Sociedad*, vol. 43, Núm. 1, 2006.

Legislación

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Núm. 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (CRC/C/GC/15)*, 2013.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/GC/14), 2013.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 12, el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12), 2009.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 9, Los derechos de los niños con discapacidad (CRC/C/GC/9), 2006.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia (CRC/C/GC/7/Rev.1), 2005.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 5, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (CRPD/C/GC/5). 2017.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general Núm. 4, sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4), 2016.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 3, sobre las mujeres y las niñas con discapacidad (CRPD/C/GC/3), 2016.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general Núm. 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia (CEDAW/C/GC/33), 2015.

Consejo de Derechos Humanos, Resolución, Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas: prevenir y combatir todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad (A/HRC/47/L.18/Rev.1), 2021.

Consejo de Derechos Humanos, Resolución, Derechos del niño: empoderar a los niños con discapacidad para el disfrute de sus derechos humanos, en particular mediante la educación inclusiva (A/HRC/RES/40/14), 2019.

Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>. [Consultado el 19 de julio de 2021].

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>. [Consultado el 19 de julio de 2021].

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [Consultado el 20 de julio de 2021].

Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Derechos de las personas con discapacidad (A/HRC/43/41).

Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad (A/72/133).

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad (A/HRC/20/5).

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> [Consultado el 20 de julio de 2021].

UNICEF Venezuela, Una crianza para la prevención de la violencia y la promoción del derecho al buen trato. “Escuela para padres, cuidadores y cuidadoras”. Disponible en: <https://www.unicef.org/venezuela/media/421/file/>

Una crianza para la prevención de la violencia y la promoción del derecho a un buen trato. Escuela para padres, cuidadores y cuidadoras. pdf [Consultado el 19 de julio de 2021]

El derecho penal mexicano y los derechos de las personas con discapacidad

Carlos Ríos Espinosa*

* Carlos Ríos Espinosa es Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa, Master en Sistemas Penales Comparados por la Universidad de Barcelona y abogado por la Universidad Iberoamericana. Fue integrante del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2011 a 2014.

El derecho penal mexicano y los derechos de las personas con discapacidad.

I. Introducción; II. Dimensión sustantiva del derecho penal; III. Dimensión procesal del Derecho Penal; IV. Sobre los mecanismos anticipados de resolución de controversias y las formas de terminación anticipada en materia penal; V. Derecho de ejecución de penas; VI. Reflexión final.

I. Introducción

Históricamente, el derecho penal ha sido una de las áreas que ha generado mayor preocupación en términos de la continua tensión entre la justificación política y ética de la imposición de sanciones. La cuestión del respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso penal no es asunto menor; en algunos países, la persona imputada por un delito podría ser sancionada con la pena de muerte. De alguna u otra manera, el derecho penal implica la imposición de consecuencias negativas para la persona imputada, desde el inicio mismo del proceso y hasta sus últimas consecuencias.

No es de sorprenderse que actualmente se aborde el derecho penal desde la perspectiva negativa que es posible apreciar en él. La tradición liberal del derecho penal que se remonta hasta los planteamientos críticos de Beccaria y de otros que dieron lugar a la protohistoria del derecho penal mínimo, da buena cuenta de ello.¹ Debido a los altos niveles de costes sociales que es posible apreciar a distintos niveles de su aplicación, el derecho penal exige una sólida justificación para su empleo. De ahí que en las sociedades liberales se haya desarrollado la tendencia a emplearlo como mecanismo de último recurso y solo para la protección de

¹ Cf., Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*.

los más altos bienes jurídicos; siempre con la implementación de estrictas salvaguardas. El derecho penal entraña múltiples riesgos en su aplicación, precisamente debido a las consecuencias desproporcionadas que puede llegar a tener para personas que están en mayor riesgo de exclusión por pertenecer grupos históricamente marginados, entre ellos las personas con discapacidad.

Los costos sociales y personales para los intervinientes se aprecian desde las prohibiciones, las definiciones abstractas de las conductas que son consideradas penalmente relevantes, pasando por el diseño procesal y la ejecución de las penas. Muchos juristas han planteado que el derecho penal conserva siempre, inevitablemente, un margen irreductible de ilegitimidad. Frente a la utilización de esta área el derecho se debe tener siempre una actitud de escepticismo crítico tanto en su diseño como en su aplicación.²

Estas características de alguna manera irreductibles del derecho penal se exacerbaban cuando los sujetos intervinientes tienen un mayor riesgo de exclusión por distintos motivos, ya sean sus condiciones personales o por los entornos sociales en los que se desenvuelven. Tal es el caso de poblaciones indígenas, por identidad o expresión de género, las personas que viven en pobreza extrema y también por aquellas personas que tienen alguna discapacidad.

En lo que sigue, intentaré abordar cuáles son los retos que tiene el derecho penal por cuanto hace a la participación de personas con discapacidad en los distintos entornos en los que el derecho penal es aplicable, destacaré sobre todo la dimensión procesal porque es ahí en donde se muestra con claridad cuáles son los desafíos que tradicionalmente pueden llegar a presentarse. Aludiré también de manera sucinta a algunas dimensiones de carácter sustantivo que son necesarias destacar, incluiré igualmente algunos apuntes sobre el derecho de ejecución de penas. Igualmente, mencionaré los aspectos que tienen que ser tomados en cuenta para salvaguardar el derecho a la reparación de las víctimas de los delitos cuando estas tienen algún tipo de discapacidad. Para los efectos de señalar los distintos aspectos

² Cf., Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*.

tos que es importante tener en consideración en las distintas dimensiones del derecho penal utilizaré los noveles estándares del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia, destacando aquellos aspectos especialmente relevantes para asegurar la efectiva participación de los intervinientes en el proceso, ya sea en su carácter de imputados, de víctimas, o de testigos.

II. Dimensión sustantiva del derecho penal

Ayuda a la interpretación de lo que se quiere exponer en este apartado volver a pensar el derecho penal sustantivo desde la perspectiva de un sistema de garantías dirigido a controlar la arbitrariedad y la minimización del uso de la violencia estatal contra el delito. Más que para resolver cuestiones sustantivas de convivencia, el derecho penal debe ser pensado como un mecanismo de control frente a la conflictividad social. De forma tal que ante la violencia que supone la comisión de conductas definidas como penalmente relevantes —definición que en sí misma es una discusión en torno a una justificación ético-política a la luz de los costes que implica la criminalización de conductas—, lo que se estima estrictamente criminaloso debe atender a condiciones que en efecto puedan ser consideradas como reguladoras de conductas y que no constituyan estados de personas.

En el caso de la dimensión específicamente sustantiva del derecho penal, las más importantes garantías se relacionan con la discusión respecto a cómo denotar conductas cuya verdad fáctica pueda ser predicada y que reduzca lo más posible los juicios de valor que prevengan el decisionismo; es decir, decisiones que se funden en valoraciones antes que en afirmaciones empíricas sobre la existencia de los hechos. Otra dimensión también se relaciona con la selección ético-política ya apuntada respecto de aquellas conductas que ameriten una reacción de carácter penal.

El primer rasgo sobre la definición de las conductas versa sobre el carácter empírico-demostrativo que se necesita para evitar que los juicios que sobre ellas se emitan sean susceptibles de confutación por lo que respecta a su prueba, y no a un juicio valorativo que termine en una forma de constituir realidades; por ejemplo,

cuando las definiciones penales versan, no sobre actos, sino sobre actitudes o los rasgos de personalidad de un sujeto.

Entre menores rasgos empíricamente denotados tengan las conductas, mayores serán los espacios de discrecionalidad judiciales para afirmar o negar que determinado evento sucedió. La mejor forma de control sobre esto es que el derecho penal, por cuanto hace a su dimensión sustantiva, se refiera siempre a conductas empíricamente observables y no a rasgos de la persona o de su personalidad. Solo así se logra que las aserciones utilizadas para determinar cuando una persona es responsable por un delito versen sobre el conocimiento de que en efecto se acredite lo que la persona hizo, y no respecto de lo que la persona supuestamente es, por ejemplo: susceptible de cometer ilícitos o peligrosa. A mayor conocimiento, menor poder incontrolado y mayor legitimidad de las decisiones. Esta es una de las características que permite describir al derecho penal como un derecho de acto; en contraposición al de autor. Las personas solo pueden ser legítimamente castigadas por lo que hacen y no por lo que son. En un apartado posterior se discutirá por qué esta es una característica especialmente relevante para personas con algunos tipos de discapacidades, especialmente las discapacidades psicosociales, también conocidas como condiciones de salud mental.

Otra perspectiva que también tiene que tenerse en cuenta es que las conductas específicamente así seleccionadas puedan ser entendidas como aquellas a las que se las puede considerar con culpa; es decir, si se puede atribuir su comisión a una persona en específico que intencional y voluntariamente se haga cargo de esa conducta como suya. Para que pueda existir culpa, así lo ha planteado la historia del derecho penal moderno, se requiere que la persona a la que se imputa la conducta tenga capacidad de querer y entender, lo que tradicionalmente se considera la categoría de imputabilidad en el marco de la dimensión subjetiva de la teoría del delito.³

Por lo tanto, se ha estimado injusto considerar culpable a quienes se estima no tienen esa capacidad, de forma tal que no se puede irrogar una pena a quienes

³ Cf., Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte General*.

no tienen responsabilidad penal.⁴ Las declaraciones de inimputabilidad, sin embargo, no se han traducido en la renuncia a la aplicación de los instrumentos de la denominada defensa social para proteger a la comunidad de aquellos a quienes se considera “peligrosos” por el tipo de conducta que despliegan o que potencialmente podrían llegar a desplegar.⁵ Frente a estos casos el Estado ha reaccionado con la aplicación de medidas que en estricto sentido no son consideradas formalmente punitivas, aunque en los hechos sí tengan estas características, ya que implican la privación de la libertad e incluso pueden llegar a tener consecuencias más lesivas que las penas propiamente dichas, ya que pueden llegar a tener duración indeterminada y porque los supuestos de su producción no permiten una adjudicación judicial propiamente dicha porque la materia del procedimiento no es la conducta efectivamente desplegada, sino la personalidad y la potencial peligrosidad del sujeto, es decir, valoraciones sin control empírico.⁶

Esta reacción de carácter alternativo se ha teorizado como las denominadas medidas de seguridad, las cuales fueron primero codificadas en el derecho penal suizo y luego continuadas en el derecho penal de la Italia fascista en el llamado Código

⁴ Tanto el Código Penal Federal como los de las entidades federativas prevén normas sobre inimputabilidad. El caso del código Penal Federal el artículo 15, fracción VII, establece la exclusión del delito cuando la persona “no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado [...]” El resto de los ordenamientos utilizan un texto similar.

⁵ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, pp. 34 y 35.

⁶ Los ordenamientos penales de carácter sustantivo Federal y de las entidades federativas prevén la existencia de las denominadas medidas de seguridad. Aquellas personas declaradas inimputables son entregadas a las autoridades judiciales o ejecutoras de medidas a efecto de que apliquen medidas de tratamiento y vigilancia. La aplicación de las medidas de seguridad obedece a criterios de tratamiento clínico y no de proporcionalidad respecto al hecho cometido. La única forma de control por cuanto hace a la duración lo indica el propio texto del Código Penal Federal y el Código Nacional de Procedimientos Penales, al prever que nunca podrá exceder el tiempo que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito de que se trate. Sin embargo, si después de concluir ese tiempo, la autoridad ejecutora estima que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a la legislación de salud. La aplicación de medidas de seguridad, por lo menos hasta antes de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, se hacía mediante la aplicación de un procedimiento especial para inimputables que tenía un carácter administrativo desde el punto de vista material, pues no incluía la posibilidad de realizar un procedimiento contradictorio en el que pudiera confutarse la prueba. El eje central del capítulo sobre inimputables en el Código Penal Federal es la necesidad de tratamiento y la vigilancia de la persona considerada peligrosa y no el acreditamiento de la conducta señalada como delito. El tema es apenas abordado en la regulación del ordenamiento federal en los artículos 67, 68 y 69.

Rocco de 1930.⁷ Con el desarrollo de la escuela italiana de la defensa social, se teorizó sobre la necesidad de realizar prevención especial de los delitos, asignando a las respuestas penales, específicamente a las medidas de seguridad, “el doble fin de curar al condenado en la presuposición de que es un individuo enfermo y de segregarlo y neutralizarlo en la presuposición de que también es peligroso”.⁸ Las medidas de seguridad se aplicaban mediante la implementación de los llamados sistemas vicariantes, es decir, en los que conjuntamente con la pena se estimaba imprescindible la aplicación de este tipo de medidas que no están sujetas al tipo de garantías y controles que se deben respetar al aplicar las penas. Las medidas de seguridad se aplicaban a quienes, por ejemplo, eran considerados como peligrosos, los llamados enemigos del pueblo, los “enfermos mentales”, entre otras categorías de personas. Si bien en su origen la existencia de estas categorías se desprendió de un derecho penal de defensa social, más tarde su justificación giró en torno a la necesidad de contar con un sistema aplicable a quienes se estima incapaces de entender y a quienes no se les puede aplicar una pena.

La justificación resultó ser falaz si se considera que la culpabilidad no solo sirve para determinar el centro de imputación de la conducta punible, sino también el grado de responsabilidad conforme a la cual tendría que establecerse la proporción de pena que pudiera llegar a imponerse. En ese orden de ideas, tener un procedimiento específico para la determinación de medidas de seguridad se ha convertido en un mero procedimiento administrativo sin las garantías que son específicas para el resto de las personas consideradas capaces. En los hechos, un sistema de esta naturaleza acaba por tener consecuencias discriminatorias hacia las personas consideradas incapaces, las cuales son constituidas desde la norma como sujetos pertenecientes a las clases peligrosas frente a quienes se debe aplicar medidas de seguridad en principio indeterminadas, aunque en el caso de los códigos de procedimientos federal y de algunas de las entidades federativas se establezca la limitante de que la medida de seguridad no podrá tener más duración que la pena máxima del delito de que se trate. Fuera de esa limitación, por

⁷ Sotomayor, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, pp. 31-85.

⁸ Ferrajoli, *Óp. Cit.*, p. 266.

demás difusa, no existen marcos de individuación de la medida que pudieran establecer algún marco razonable de aplicación.

El sistema penal para inimputables, todavía prevaleciente en México, resulta contrario a los estándares previstos por el derecho internacional de los derechos humanos, señaladamente por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —CDPD—. ⁹ Por eso en los *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad* —que fueron elaborados de manera conjunta por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CDPD), la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad, y la entonces Relatora Especial de los Derechos sobre las Personas con Discapacidad—, estimaron que son contrarios a los derechos a la capacidad jurídica y el derecho a la libertad personal, los sistemas de derecho penal sustantivo que parten del supuesto de que las personas no tienen capacidad de responsabilidad penal. El planteamiento específico que hacen estas directivas parte de la manera en que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha sido consolidado en la CDPD, la cual prevé en su artículo 12 el derecho a la capacidad jurídica y el derecho a la toma de decisiones con apoyo, si esa fuera la solicitud de la persona en concreto. En otra parte de este libro se explica en detalle cuáles son los alcances del derecho a la capacidad jurídica; aquí cabe traerlo a colación dado que una de las dimensiones de este derecho es también el componente de responsabilidad penal en cuanto a la dimensión de la culpa.

De acuerdo al artículo 12 de la CDPD, las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica, es decir, la facultad de ser titulares de derechos y la de actuar en derecho, condición que concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. En la esfera penal esto se traduce en el compromiso de los países que han ratificado la CDPD de hacer una revisión de aquellas “leyes, normativas, políticas, directrices y prácticas que establezcan o

⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en «<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>» [Consultada el 7 de mayo de 2021]. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y abierta a firma el 30 de marzo de 2007. Ratificada por México en noviembre de 2007.

apliquen doctrinas de «no apto para ser juzgado» e «incapaz de defenderse», que impiden a las personas con discapacidad participar en procedimientos legales basándose en preguntas sobre su capacidad o determinaciones de la misma.¹⁰ En el caso de los países herederos de la tradición del derecho continental esto se ha traducido en las denominadas declaraciones de inimputabilidad, lo cual autoriza a que los juzgadores prescindan por completo del análisis de culpabilidad para los efectos de determinar uno de los componentes y condiciones fundamentales para que se pueda concluir la responsabilidad de una persona. El derecho penal hacia las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales históricamente se ha desarrollado como un derecho penal sin culpa, prácticamente de responsabilidad objetiva, de necesidad de la defensa social. En términos clásicos se trata de un derecho al que le falta una de las cuatro garantías sustantivas, es decir, el principio de culpabilidad o componente subjetivo del delito.

Precisamente en un caso en contra de México que conoció el Comité CDPD, se concluyó que se había vulnerado el derecho a la capacidad jurídica del solicitante al declararlo inimputable. El caso se relaciona con un individuo al que, por tener una discapacidad intelectual y psicosocial, se le declaró inimputable y se ordenó abrir el denominado procedimiento especial para inimputables previsto en la entonces vigente legislación procesal penal del Distrito Federal, la cual prescindía de la dimensión subjetiva del delito, sin hacer un análisis crítico de los componentes específicos que se relacionan con la culpabilidad. Aunque el Comité no entró en la discusión de las especificidades de la teoría del delito que se sigue en la tradición del derecho europeo continental, sí concluyó que el haber declarado inimputable al señor Medina tuvo como consecuencia que “se le considerará ‘no apto para declarar’, lo cual le privo de su capacidad jurídica para declararse inocente, impugnar las pruebas presentadas contra él, designar al abogado defensor de elección e impugnar las resoluciones que le perjudicaron.”¹¹

¹⁰ Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Principio 1, Directriz 12 (e). Disponible en: «<https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>» [Consultado el 7 de mayo de 2021].

¹¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Arturo Medina Vela versus México*, 32/2015, México, 6 de septiembre de 2019.

El Comité no entró directamente a la discusión sobre el elemento sustantivo de la declaración de imputabilidad y a la capacidad de culpabilidad, pero sí a las implicaciones que esa declaración tuvo en las garantías procesales de la persona. Sin embargo, en las Directrices y principios para el artículo 14 de la CDPD, emitidas en 2014, el Comité dijo que:

las declaraciones de incapacidad para comparecer ante los tribunales y la imputabilidad en los sistemas de justicia penal, así como la reclusión de personas con discapacidad sobre la base de tales declaraciones, contravienen el artículo 14 de la Convención porque privan a la persona de su derecho a las debidas garantías procesales y las salvaguardas aplicables a todo acusado.¹²

Pero más allá del planteamiento sobre la capacidad de responsabilidad penal, lo que realmente le preocupa al Comité es que no haya juicio y que la respuesta penal se desprenda no de la conducta del imputado, sino sobre el *status* de la persona. Es precisamente esa dimensión la que permite colegir que en esos casos la respuesta penal está motivada en la discapacidad, específicamente la respuesta consistente en la medida de seguridad, la cual entraña la privación de la libertad, y resulta contrario el artículo 14 de la CDPD.

Hasta ahora el Comité ha focalizado su atención en las consecuencias procesales de las declaraciones de imputabilidad en el sentido ya referido y no ha hecho aún otro tipo de orientaciones respecto a cómo repensar desde un plano práctico el tema de la responsabilidad penal de las personas con discapacidad, sobre todo aquellas que tienen impedimentos intelectuales o de carácter psicosocial.

Rediseñar los sistemas penales para armonizarlos con los principios y lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos es una tarea que resulta urgente y que se debe apoyar en la idea del carácter histórico evolutivo de las doctrinas penales. Como acertadamente ha dicho Santiago Mir Puig, la teoría del

¹² Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad. Párr. 16. Disponible en «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A/72/55&Lang=en». [Consultado el 7 de mayo de 2021].

delito depende de la forma en que se han construido los ordenamientos penales positivos, los cuales no reflejan la naturaleza misma de las cosas. La teoría del delito no es “una propuesta incondicionada sobre lo que delito debería ser —no es una construcción iusnaturalista—, sino una elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquel efectúa de éste”.¹³

Retomando la idea inicial que se expuso al inicio de este capítulo, consistente en pensar al derecho penal como conjunto sistemático de garantías y salvaguardas para minimizar la violencia es que debiera someterse a crítica las declaraciones de imputabilidad; no solamente por sus efectos directamente procesales, sino porque se trata de una categoría incompatible de un derecho penal basado en derechos humanos en los que el examen de culpabilidad condiciona la existencia misma del delito como una totalidad integral. Como bien recuerda Claus Roxin, el concepto jurídico-penal de culpabilidad tiene que depurarse de sus contenidos metafísicos sobre la libertad y la voluntad personales, así como sobre el imaginario retribucionista de la compensación moral, para pasar a constituirse como una categoría liberal que limita negativamente la responsabilidad penal de una persona con vistas a determinar si es posible la imposición de la pena. La culpabilidad es una condición necesaria pero nunca suficiente para legitimar la imposición de una respuesta penal, la cual tendría que complementarse con una ponderación político criminal respecto de la idoneidad de su aplicación.¹⁴

Si se prescinde del concepto de culpabilidad y se continúa con la categoría de imputabilidad, todo un colectivo de personas queda de facto excluido de la protección de uno de los principios básicos del Estado constitucional de derecho en el ámbito penal, es decir, no puede haber respuesta penal sin un juicio previo en el que se demuestre la culpabilidad la persona. No hay que olvidar que en el examen de culpabilidad se discuten temas de capital relevancia que incluyen si, en el caso concreto, una determinada conducta es típica o no, pero también otros múltiples

¹³ Cf., Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*.

¹⁴ Roxin, “El principio de culpabilidad y sus cambios” en *La teoría del delito en la discusión actual*, pp. 299-324.

problemas como si la persona obró por error —de tipo—, entre otras cuestiones sobre la antijuricidad de la conducta.

III. Dimensión procesal del derecho penal

El derecho procesal penal también encuentra su justificación ético-política en la posibilidad de controlar la arbitrariedad para que el proceso en sí no se convierta en un factor de pena anticipada hacia la persona imputada. El proceso es un factor de control de la calidad de la información que se vierte de forma tal que solo sea ésta la que pueda llegar a determinar la imposición de medidas procesales; que se traducirán en la afectación de la libertad de la persona, y en última instancia también en la aplicación de la pena. En este sentido, es la calidad de la información la que le da el control de legitimidad al proceso y es la calidad del testeo de la información la que permite controlar la idoneidad o arbitrariedad de las decisiones procesales intermedias.

Además de la protección que se debe brindar a las personas con discapacidad mediante la reglamentación procesal en su calidad de imputadas, también cabe señalar que existen obligaciones por cuanto hace a la intervención de personas con discapacidad en tanto víctimas del delito. Las personas con discapacidad tienen el derecho a recibir una reparación efectiva cuando son víctimas de un delito. Cabe también aludir a la participación de las personas con discapacidad en cuanto testigos o peritos en el marco del proceso. Existen obligaciones comunes hacia las personas con discapacidad en el marco del proceso penal, cualquiera que sea la calidad con la que participan, y otras que son más específicas de acuerdo a las cualidades de los intervinientes. Comenzaré aludiendo a las primeras.

La legislación procesal nacional que incorporó el sistema procesal acusatorio en el orden jurídico mexicano prevé específicamente la obligación de contar con medidas generales de accesibilidad en el proceso y también incorpora la procedencia de ajustes de procedimiento cuando sean razonables.¹⁵ En efecto, el artículo 45

¹⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2014. Este ordenamiento que suple tanto al ordenamiento procesal federal como de las entidades federativas incluye un título IX para personas

del Código Nacional de Procedimientos Penales —CNPP—, que específicamente se refiere al idioma español como el lenguaje oficial del procedimiento, prevé también la posibilidad de establecer ajustes para la participación efectiva de personas con discapacidad. El artículo señala que, si alguna persona interviniente en el procedimiento tiene algún tipo de discapacidad

tiene derecho a que se le facilite un intérprete o aquellos medios tecnológicos que le permitan obtener de forma comprensible la información solicitada o, a falta de éstos, a alguien que sepa comunicarse con ella. En los actos de comunicación, los Órganos jurisdiccionales deberán tener certeza de que la persona con discapacidad ha sido informada de las decisiones judiciales que deba conocer y de que comprende su alcance. Para ello deberá utilizarse el medio que, según el caso, garantice que tal comprensión exista.¹⁶

Lo anterior puede ser realizado proporcionando formatos de accesibilidad alternativos, incluido el Braille, la lengua de señas, los textos en información sencilla o bien mediante la participación de un facilitador que explique al interviniente con discapacidad la naturaleza de los distintos actos procesales y su significado en concreto. Esta obligación alcanza a órganos de procuración de justicia y a las autoridades de investigación. También a los órganos jurisdiccionales.

El artículo 10 del CNPP que regula el principio de igualdad ante la ley en el ámbito procesal penal, prevé que quienes “intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa.” El código expresamente prohíbe cualquier forma de discriminación por motivos de discapacidad, se añade también que las autoridades intervinientes en el proceso velarán porque las personas con discapacidad tengan igualdad en el ejercicio de sus derechos y, en el caso de las personas con discapacidad, la provisión de “ajustes razonables al procedimiento” cuando se requiera.

consideradas inimputables y prevé artículos para la aplicación de ajustes de procedimiento para las personas con discapacidad en general. Lo que orientó la adopción de este ordenamiento para el caso particular de personas con discapacidad es que existiera el mismo procedimiento con los mismos derechos y garantías, pero con la posibilidad de aplicar ajustes de procedimiento. Desafortunadamente existen algunas figuras que pueden dar lugar a confusión por la forma en que específicamente se redactaron, por ejemplo, a los ajustes de procedimiento se les califica como ajustes razonables de procedimiento.

¹⁶ *Idem*, artículo 45.

Las obligaciones recién referidas se aplican a todas las personas que tengan una discapacidad, la prevista en el artículo 10, inadecuadamente, alude a que los ajustes de procedimiento sean razonables. Se trata de una confusión que necesita ser aclarada mediante interpretación judicial. Si bien tanto los ajustes razonables, cuya definición está prevista en el artículo 2 de la CDPD, y los ajustes de procedimiento, regulados en el artículo 13, poseen indudables similitudes, también tienen importantes diferencias. Ambos tipos de ajustes se refieren a la necesidad de revisar, de acuerdo a las características individuales de las personas, el tipo de medidas que se adoptarán para garantizar su participación efectiva en algún área de la vida social, los ajustes de procedimiento no están sujetos al control de proporcionalidad.¹⁷

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— emitió una serie de tesis —no de jurisprudencia— detallando algunos de los contornos que deben tener los ajustes de procedimiento previstos en el artículo 13 de la CDPD. Primero caracterizó los ajustes de procedimiento en tres componentes que comprenden las dimensiones jurídica, física y comunicacional de la siguiente forma:

En la jurídica, el acceso a la justicia exige a los Estados que todas las personas con discapacidad tengan un acceso efectivo a los procedimientos judiciales por sí mismas, ya sea como partícipes directos o indirectos, lo que está estrechamente vinculado con el reconocimiento de su capacidad jurídica; asimismo, exige la tutela de la igualdad procesal de la persona con discapacidad, ya que en su ausencia existirían obstáculos para que su acceso a la justicia sea efectivo. En su dimensión física, requiere que puedan acceder, en igualdad de condiciones que los demás, a las instalaciones en las que se llevan a cabo los procedimientos jurisdiccionales y a las oficinas judiciales. Finalmente, en su dimensión comunicacional, exige a los Estados garantizar que toda la información relevante que se les proporciona esté disponible en formatos de comunicación que puedan comprender fácilmente, como lenguaje de señas, el sistema de escritura Braille, herramientas digitales o en un texto de lectura fácil.¹⁸

¹⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Igualdad y no discriminación, art. 5, A/HRC/34/26, 2017, párr. 35, Disponible en «<https://undocs.org/es/A/HRC/34/26>», [Consultado el 7 de mayo de 2021].

¹⁸ Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a. CCXVI/2018 (10a.), Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre 2018, página 309, registro digital: 2018631.

Seguidamente, la Primera Sala precisó cuáles eran las obligaciones específicas de los órganos jurisdiccionales señalando que la adopción de los ajustes de procedimiento es obligatoria cuando se advierta que la discapacidad implica una “desventaja procesal, siempre y cuando sean necesarios y razonables, tomando en cuenta la funcionalidad específica de la persona con discapacidad y evitando la afectación desproporcionada a los derechos de terceros.”¹⁹ Resulta interesante la forma en que la sala de la SCJN caracteriza y desarrolla la naturaleza de los ajustes de procedimiento, la cual se motiva en buena medida por la nomenclatura utilizada por el derecho interno. El artículo 13 de la CDPD no condiciona la procedencia de estos ajustes a su razonabilidad, se trata de una obligación instrumental para garantizar la participación efectiva de las personas con discapacidad en el procedimiento y no supone una ponderación de cómo ello podría afectar los derechos de terceros. Los ajustes de procedimiento, como hemos tenido ocasión de señalar previamente, no suponen un análisis de razonabilidad y la única consideración que debe ser tomada en cuenta es que sea el mecanismo más apto para garantizar la participación de la persona en el procedimiento que es justo el valor que la CDPD incorpora por cuanto hace a la salvaguarda del derecho a la justicia. Pero además de este criterio sustantivo, la Sala también establece que los ajustes de procedimiento proceden a petición de parte o por disposición oficiosa del juzgador, el cual tiene incluso la potestad de ordenar la diligencia de pruebas específicas para fundar la determinación de los ajustes. Ya sea que los ajustes se desprendan de una solicitud expresa de parte interesada o se estime su necesidad de manera oficiosa, la Sala de la SCJN estableció una serie de directivas para la determinación de los ajustes, a saber:

[...] que: i) existan elementos en el acervo probatorio que permitan establecer que la persona tiene una condición o diversidad funcional que pueda calificarse como una discapacidad y que ésta se traduce en una desventaja procesal que impida su acceso a la justicia en condiciones de igualdad; ii) la desventaja procesal no ha sido corregida a través de algún ajuste razonable previsto en la ley; iii) la facultad cuyo ejercicio es solicitado forma parte de su ámbito competencial; y, iv) su ejercicio es

¹⁹ Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a. CCXVII/2018 (10a.), Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre 2018, registro digital: 2018630.

idóneo para eliminar o aminorar la desventaja procesal y no lesiona desproporcionadamente derechos de terceros.²⁰

La Primera Sala de la SCJN estimó también que los juzgadores tienen la obligación de hacer un análisis de aquellas normas que, aunque en un principio no parezcan restrictivas respecto a la participación de personas con discapacidad, de manera indirecta puedan llegar a tener un efecto con esos alcances. Indicó que

[...] es especialmente importante la realización de ajustes razonables necesarios y la práctica de las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas. Por ello, la Primera Sala advierte enfáticamente que la condición de discapacidad de ninguna manera releva a las autoridades de la obligación de cumplir con las formalidades del procedimiento y, en particular, de soslayar el derecho de audiencia. Admitir lo contrario supone una transgresión al principio de igualdad y no discriminación en relación con el debido proceso y el derecho de audiencia. Asimismo, entraña también un quebrantamiento del derecho de acceso a la justicia reconocido en el artículo 13 de la Convención en relación con el artículo 17 constitucional, pues, entre otros aspectos, impide que puedan defender sus derechos ante los tribunales.²¹

1. Derechos procesales del imputado

En principio, todas las personas con discapacidad tienen acceso a los mismos derechos y no tendría por qué hacerse una distinción por tipos de discapacidad.

En el marco del derecho internacional de derechos humanos son diversos los instrumentos que resultan aplicables por cuanto hace a los derechos de las personas imputadas por un delito. A nivel del sistema de Naciones Unidas se debe aludir al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP—,²² cuyo

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a. CXLV/2018 (10a.)*, viernes 7 de diciembre de 2018, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, página 294, registro digital: 2018615.

²² *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en «<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>», [Consultado el 7 de mayo de 2021]. 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. Ratificado por México en marzo de 1981.

artículo 14 establece las denominadas garantías judiciales. También dentro del Sistema Universal existen disposiciones específicas por cuanto hace a la protección de niñas, niños y adolescentes, específicamente lo previsto por la Convención sobre los Derechos del Niño —CDN—,²³ en sus artículos 37 y 40, respecto de la responsabilidad penal especial y que también establece garantías de carácter procesal y orgánico para la protección de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley. Otros instrumentos internacionales como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁴ prevé salvaguardas para evitar que la prueba pueda ser usada en contra de una persona cuando directa o indirectamente derive de prácticas de tortura.

Igualmente debe hacerse referencia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que prevé distintos componentes, sobre los cuales hay que leer las garantías específicas que son aplicables, —especialmente por cuanto hace no necesariamente a elementos nuevos, sino a garantías que ya estaban ahí—, pero ahora con un enfoque particular en atención a la condición de discapacidad que tiene la persona.

Daremos cuenta de lo que específicamente prevé el Pacto en su artículo 14 por cuanto hace a las garantías procesales, pues en buena medida se corresponden con lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en sus artículos 14, 16, 17, 19 y en los tres apartados respectivos del artículo 20 constitucional. Similares garantías están previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—.²⁵ Intentaré hacer

²³ *Convención sobre los Derechos del Niño*. Disponible en «<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>», [Consultado el 7 de mayo 2021]. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por México en septiembre de 1990.

²⁴ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Disponible en «<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>», [Consultada el 7 de mayo de 2021]. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Ratificada por México en febrero de 1986.

²⁵ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Disponible en «https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm», [Consultada el 7 de mayo de 2021]. Adoptada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por México en marzo de 1981.

una interpretación de los alcances que tienen dichos artículos a la luz de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito penal.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos se pueden trazar puntos de convergencia entre los distintos instrumentos internacionales que establecen diversas garantías y salvaguardas en el marco del proceso penal. En lo que sigue, daré cuenta de cuáles son estos aspectos específicamente procesales relacionándolos con las obligaciones que se desprenden de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Tanto el artículo 14 del PIDCP, como el 8 de la CADH y otros instrumentos específicos como la CDN en su artículo 37 aluden a la necesidad de informar con precisión las razones que motivaron la privación de la libertad a toda persona que se encuentre en ese supuesto. Esta obligación no se limita a la esfera penal y puede incluir también situaciones en las que una persona es privada de la libertad por otros motivos, por ejemplo, por razones migratorias. No se cumple con esta obligación, de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, proporcionando información genérica o abstracta. Se tiene que establecer cuáles son los pormenores y detalles que motivaron la privación de libertad de la persona.²⁶

En la CPEUM este derecho está previsto en el artículo 20, apartado B, fracción III, el cual establece el derecho del imputado a que se “le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.” La CPEUM, no obstante, establece que se podrá ocultar el nombre del acusador cuando se trate de delincuencia organizada.

Por lo que hace a esta obligación desde la perspectiva de los derechos de las personas con discapacidad, cabe aludir a las obligaciones específicas que se desprenden de los principios generales de la CDPD —previstos en su artículo 3 que incluye el principio de accesibilidad—. Asimismo, habría que aludir también al

²⁶ Corte IDH, Uruguay. *Caso Drescher Caldas v. Uruguay*, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 80, párrafo. 13.2.

derecho a la accesibilidad establecido en el artículo 9 y por supuesto al artículo 12 sobre capacidad jurídica y al artículo 13 que específicamente se refiere a las obligaciones que en el contexto del acceso a la justicia son aplicables a las personas con discapacidad, como hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad, así como la prohibición absoluta de privar de la libertad a una persona por motivos de discapacidad.

Las personas con discapacidad tienen derecho a participar en iguales condiciones que las demás del derecho a comparecer en cualquier tipo de procedimientos y a que se adopten medidas específicas para el caso de que se requieran ajustes para que lo hagan de forma efectiva. La obligación comprende proveer información directamente a la persona imputada sobre los cargos que pesan en su contra. Se trata de una obligación personalísima que no puede ser cumplida dando información a la representación jurídica de la persona en cuestión, la información debe proveerse directamente asegurando los mecanismos idóneos para que pueda ser adecuadamente comprendida.

Aunado a este derecho también existe el derecho de no incomunicación. Este derecho es importante para las garantías de defensa de la persona acusada, no solamente para la defensa específicamente legal sino para otros requerimientos y gestiones que puedan tener que realizarse al estar la persona sustraída al ambiente que hasta ese momento constituía su entorno en aquellos casos en los que se encuentra detenida. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia que el hecho de estar detenido sin contacto alguno con el exterior puede ser fuente de sufrimiento, y en tal sentido recomendó que los estados partes dispongan que no se pueda mantener detenida en situación de incomunicación a una persona.²⁷ Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “el detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle de que se

²⁷ Argelia. *Caso Louisa Bousroual c.*, No. 992/2001, 30 de marzo 2006, párr. 9.8.

halla bajo custodia del Estado”.²⁸ Estas obligaciones son igualmente aplicables a las autoridades por lo que respecta a las personas con discapacidad.

En la CPEUM este derecho está previsto en el artículo 20, apartado B, fracción II, que a la letra establece la prohibición de “toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.” Cabe señalar que toda la información y asistencia de abogado defensor tendrá que realizarse de conformidad con los estándares de accesibilidad y ajustes de procedimiento indicados en la CDPD como requisito para su validez procesal. La disponibilidad en abstracto de estas formas de asistencia no cumpliría con las condiciones establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Esta obligación reclama que el Estado busque activamente las condiciones de accesibilidad pertinentes a efecto de que el imputado pueda tener asistencia letrada previa a su potencial declaración. Respecto al derecho a la información esta obligación está prevista en el artículo 20, apartado B, fracción III de la CPEUM en los siguientes términos:

A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

Entre los derechos que se le tienen que dar a conocer al imputado es la posibilidad de solicitar ajustes de procedimiento para entender la información y acceso a apoyos para participar en las audiencias de una forma efectiva.

Otro de los derechos procesales que establece tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la CPEUM es el derecho a ofrecer pruebas y a interrogar a los testigos que deponen en contra del imputado, previsto en el artículo numeral 20, fracción IV. Esto implica contar con los poderes de defensa material que son comunes a todo imputado, así como la posibilidad de contar con un abogado para el examen de los testigos que deponen en contra de la persona.

²⁸ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, párrafo 112.

El PIDCP y la CADH, en sus artículos 14 y 8, respectivamente, prevén igualmente esta garantía de salvaguarda para todo imputado, el derecho a interrogar y hacer que se interroge a los testigos.

El derecho al debido proceso implica también la publicidad del mismo. La CPEUM prevé tanto en el rubro del artículo 20, como en la fracción V, del apartado B que las audiencias del juicio oral deben ser públicas, con las excepciones establecidas por la ley que versen sobre seguridad nacional, seguridad pública, protección de víctimas, testigos y personas menores de 18 años o cuando se pone en riesgo la revelación secretos o por alguna razón análoga. En estos casos debe entenderse que también sería posible limitar la publicidad de un juicio como un ajuste de procedimiento, sin que ello, por supuesto sea una regla general y siempre que sea conveniente para lograr una mejor participación de la persona que está rindiendo testimonio o del propio imputado.

Por cuanto hace a las garantías del debido proceso cabe señalar que a partir de las reformas para introducir el proceso penal acusatorio en México se privilegia una metodología de audiencias en las que las partes tengan la oportunidad de interrogar directamente a las fuentes de prueba como una forma de asegurar la mayor calidad de la información. La idea es que la fuente de prueba comparezca directamente frente al juez, con aplicación de los principios de inmediación, continuidad, concentración, contradicción, igualdad entre las partes, libertad probatoria y valoración libre de la prueba, para efecto de fundar la sentencia únicamente en los contenidos vertidos en presencia judicial y durante la audiencia —artículo 20, apartados A y B—. Directivas y principios similares están previstos en el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en los instrumentos ya referidos.

Como se mencionó en el apartado anterior, el desarrollo del proceso general y de las audiencias en particular por cuanto hace al imputado también tendrán que realizarse a la luz del principio que confiere capacidad procesal al imputado y su derecho a participar directamente en el proceso. La legislación procesal nacional única que concreta estas garantías establece dichas directivas, aunque con algunos problemas que es preciso indicar pero que pueden ser abordados mediante

interpretaciones judiciales que privilegien el marco de mayor protección dirigido a las personas.

Específicamente, los problemas que es posible apreciar para el acceso de las personas con discapacidad a un mecanismo de protección del debido proceso son las ambigüedades que introduce el CNPP en el título relacionado con personas inimputables. Como ya tuvimos ocasión de argumentar, las declaraciones de imputabilidad son contrarias al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pero sobre todo por cuanto hace a los obstáculos procesales que es posible apreciar a partir de que se lleva a cabo la declaración. No tendría por qué existir un capítulo específico para personas inimputables en el CNPP. Se trata de un remanente de los anteriores procedimientos especiales para personas inimputables.

Si se hace un análisis de los contenidos de los artículos que integran el capítulo sobre personas inimputables en el CNPP se puede llegar a la conclusión de que en realidad no se trata de un procedimiento especial, sino de la aplicación de reglas para la incorporación de ajustes y apoyos durante el trámite de las diligencias procesales. Este tema está específicamente regulado en el título IX sobre personas inimputables. Los artículos 414 al 419 inclusive prevén una serie de normas que merecen un comentario.

El artículo 414 del CNPP alude a la necesidad de aplicar ajustes razonables en la audiencia inicial. Lo que brevemente señala este artículo es que si en el curso de la audiencia inicial del proceso penal, —en el que se formula la imputación de los cargos, se discute la imposición de medidas cautelares y se dispone la vinculación o no del imputado a proceso— aparecen indicios de que el imputado tiene alguna condición que se encuadra dentro de los supuestos para las declaraciones de imputabilidad —reguladas en los ordenamientos penales sustantivos federal y de las entidades federativas—, las partes o el juez que preside la audiencia puede solicitar al juez de control peritajes a efecto de determinar la condición de la persona. Esto es, aplicando las mismas reglas que para el caso del proceso ordinario. Se alude únicamente a que el juzgador deberá determinar aquellos ajustes para garantizar el acceso a la justicia de la persona. Como puede apreciarse, la

introducción de estas reglas no entraña una divergencia respecto a lo que ocurre en el proceso ordinario, salvo la obligación de determinar ajustes que equívocamente el código llama razonables.

No existe todavía algún criterio judicial que permita esclarecer lo que debe entenderse por ajustes razonables del procedimiento. El propio texto de la norma alude a que las partes tienen la potestad de solicitar que se examine si la persona es o no imputable. Sin embargo, de la declaración no se desprende una consecuencia procesal que afecte los derechos del imputado al debido proceso. Se encuentran activas todas las garantías previstas para el proceso, de conformidad con el texto constitucional y con la ley. Tampoco es claro si el imputado está obligado a aceptar el ajuste que determina la autoridad judicial, debemos entender que la directriz para aplicar los ajustes atiende al mayor acceso a la justicia de la persona imputada, y sería contraintuitivo pensar que la autoridad judicial puede imponer un ajuste que a la persona le parece inadecuado o que no le permite entender a cabalidad lo que ocurre en el desarrollo del proceso.

Existen algunos precedentes sobre las condiciones que se requiere cumplir cuando una persona con discapacidad intelectual participa en el nuevo proceso acusatorio, aunque todavía no constituyen tesis de jurisprudencia. Entre las medidas que tienen que ser adoptadas figura:

1. Para las notificaciones: cerciorarse de que el servidor público al que le corresponda realizarlas, solo las efectúe personalmente —y no por otro medio (como podría ser, por lista, estrado o Boletín Judicial)—, utilizando un lenguaje sencillo, accesible y evitando el uso de tecnicismos.
2. Para el desahogo de diligencias judiciales: A) Permitirle nombrar o designarle un asesor jurídico (en caso de que sea víctima u ofendido) o defensor público (si se trata de imputado), que tenga experiencia y conocimiento en la comunicación con personas con discapacidad, debiendo tomar las medidas necesarias para que realice una entrevista previa a la diligencia en la que deba intervenir, se imponga de autos y la represente debidamente; B) Autorizar la presencia de alguna persona que le pueda apoyar en el proceso de comunicación y/o comprensión, ya sea un profesional en discapacidad o un familiar; C) Utilizar un lenguaje sencillo (oral o por escrito) y sin tecnicismos,

en todas las actuaciones judiciales; y, D) Brindarle un sistema de apoyos (legales y sociales) que la auxilien en la toma de decisiones cuando así lo requiera.²⁹

En la tesis aislada recién citada —aún no de jurisprudencia— el juzgador se tiene que ocupar de los referidos ajustes oficiosamente; se entiende de todas formas que las partes pueden solicitar dichos ajustes para estar en consonancia con el espíritu y letra de la CDPD, es decir, tendría que privilegiarse la voluntad procesal de la persona y no imponer los ajustes o limitar la potestad de la persona para designar: al defensor, en caso de ser el imputado, o el asesor jurídico de víctimas, cuando la persona tenga esa cualidad.

El artículo 415 del CNPP se refiere a las reglas que debe aplicar la parte acusadora cuando la persona está detenida bajo su responsabilidad, es decir, en los supuestos en los que tanto la constitución como el ordenamiento procesal autorizan la retención del imputado. De acuerdo con el derecho procesal penal mexicano si una persona es detenida en flagrancia o en caso urgente, el órgano acusador, Ministerio Público o fiscalía, tiene la facultad de retener a la persona hasta por 48 horas —o 96 horas si se trata de delincuencia organizada— para luego hacerla comparecer ante la autoridad judicial o decretar su libertad. Cuando se trate de una persona que se estima es inimputable, el Ministerio Público tendrá que, nuevamente, aplicar ajustes razonables para evitar un mayor grado de vulnerabilidad y el respeto a la integridad personal del imputado. Nuevamente dado que los ajustes son instrumentales para el mayor acceso a la justicia de la persona, va de suyo que no pueden ser impuestos en contra de su voluntad.

El artículo 416 regula el supuesto sobre el cual si durante el procedimiento ordinario aparece alguna condición de inimputabilidad, el procedimiento ordinario seguirá su curso pero que se aplicarán los ajustes de procedimiento pertinentes a efecto de garantizar el acceso a la justicia de la persona. La variación con respecto a cómo se regulaba este tema en los ordenamientos procesales estatales es que a pesar de que se menciona directamente que se trata de un proceso para inimputables,

²⁹ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis: I.6o.P158 P (10a.)*, Décima Época, Libro 75, Tomo III, febrero 2020, página 2368, registro digital: 2021581.

el único cambio consiste en la posibilidad de aplicar ajustes de procedimiento y se constriñe el proceso a la aplicación o no de medidas de seguridad. Sin embargo, no hay ningún elemento en este artículo que permita concluir que la persona declarada inimputable pierde alguna garantía procesal, de hecho, expresamente se indica que la materia del proceso versará sobre la participación de la persona en el hecho atribuido —se entiende que con las mismas garantías que para el resto de las personas—. La limitación versa sobre la discusión en el sentido sustantivo, es decir, las restricciones al análisis de la culpabilidad de la persona imputada que es un tema de derecho penal sustantivo y no procesal que tuvimos ocasión de comentar en el apartado correspondiente.

El artículo 417 versa sobre la aplicación de medidas cautelares a personas declaradas inimputables. Básicamente lo que plantea la norma es que se pueden imponer medidas cautelares a las personas declaradas inimputables de conformidad con las reglas generales del proceso ordinario con aplicación de los ajustes de procedimiento que puedan resultar procedentes. Pero el artículo 417 introduce un dispositivo que, si no es interpretado de acuerdo con las reglas generales del proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos, sí puede traducirse en la afectación de las garantías procesales de la persona declarada inimputable. La parte final del artículo 417 señala que el “solo hecho de ser imputable [sic] no será razón suficiente para imponer medidas cautelares”. No existe todavía un pronunciamiento judicial sobre este tema, pero lo que esta norma quiere decir es que no es suficiente la declaración de imputabilidad para prejuzgar sobre la procedencia de alguna medida cautelar, que puede incluir la prisión preventiva, sino que será necesario analizar el resto de los supuestos sobre necesidad de cautela que establece la Constitución y la ley para realizar esa determinación. Esta norma debería ser leída a la luz de la prohibición absoluta que establece el artículo 14 de la CDPD para privar a una persona de la libertad por motivos de discapacidad. En atención a esa norma se puede decir que no puede proceder ninguna medida cautelar, máxime la de privación provisional de la libertad, por motivos relacionados con el hecho de tener alguna discapacidad. La norma alude a que no será razón suficiente, es decir, se requiere una necesidad de cautela, sin embargo, se autoriza por lo menos en principio a utilizar como razón de la argumentación para la imposición de medidas cautelares la condición de

inimputabilidad, que por lo general deriva de una condición de discapacidad cuando se trata de personas mayores de edad.

Sobre el particular, cabe recordar lo que el Comité CDPD dijo con respecto a este punto. En las ya citadas Directrices el Comité recordó que durante las negociaciones del Comité especial encargado de preparar la CDPD se debatió sobre la utilización de expresiones como “únicamente” o “exclusivamente” respecto de la prohibición de privación de libertad debido a una deficiencia real o percibida. El Comité recordó que los Estados se opusieron a la inclusión de una expresión de este tipo alegando que podía prestarse a una interpretación errónea y permitir la privación de la libertad por motivos de discapacidad real o percibida junto con otros criterios.

Así pues, sería contrario al espíritu y letra del artículo 14 de la CDPD que se permitiera la privación de la libertad de forma cautelar por motivos diferentes a los que ya expresamente prevé el orden jurídico nacional. Esto quiere decir, como regla general, que exista necesidad de cautela —riesgo de sustracción a la acción de la justicia, riesgo de afectación a la integridad o la vida de la víctima o de otras personas, antecedentes procesales previos, entre otros— y que se acredite la probable participación de la persona en el hecho atribuido. Así pues, a pesar de que en apariencia el texto autoriza la privación de la libertad por motivos de discapacidad, aunque no exclusivamente, tiene que operarse una interpretación conforme para que la prohibición sea en efecto absoluta. Lo anterior sería consistente con un criterio de aplicación *pro persona* que es el que se establece para la interpretación de normas que versen sobre derechos humanos, siempre se tiene que preferir la que mayores alcances de protección tenga.³⁰ En este apartado se incluye también la prohibición para aplicar a personas declaradas inimputables el procedimiento abreviado. Como tendremos oportunidad de discutir, dicha prohibición es contraria al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Finalmente, el artículo 419 establece criterios para la resolución de los casos en cuanto al fondo. Es necesario insistir en que el nuevo ordenamiento procesal

³⁰ Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, *Op. Cit.*, Parágrafo 7.

establece el mismo proceso penal hacia este colectivo de personas. Expresamente se plantea que se tiene que acreditar la intervención de la persona declarada inimputable en el hecho para efecto de determinar si actuó como autor o como partícipe y siempre que no existan a favor de la persona otras causas de justificación que determinen su inocencia. En caso de que se estime que la persona sí participó en el hecho, el juzgador deberá individualizar la medida de seguridad que resulte procedente de acuerdo con las “necesidades de prevención especial positiva” lo cual puede involucrar un tratamiento en internación, es decir, con privación de la libertad. El artículo acota que para aplicar medidas de seguridad se tendrá que establecer un criterio de mínima intervención y de proporcionalidad con respecto al hecho cometido y establece el tope máximo de duración de la medida de seguridad, señalando que no puede ser mayor en duración que la que pudiera corresponder en caso de que la persona fuera imputable.

En síntesis, por cuanto hace a los derechos procesales que se establecen a favor de las personas con discapacidad en el CNPP, se puede decir que son iguales a los de cualquier persona siempre que exista una interpretación con mayores alcances de protección que impida privar de la libertad a una persona por causa de su imputabilidad. No hay restricción de derechos procesales por la declaración de imputabilidad en principio, sin embargo, resulta muy importante revisar los derechos sustantivos para eliminar de plano el régimen de inimputabilidad que hoy por hoy todavía está vigente.

2. Derechos procesales de las víctimas

Por cuanto hace a la normativa constitucional general vigente en México, la víctima tiene derecho a la asesoría jurídica, a la información sobre el curso de la investigación y trámite del proceso en general, así como sobre las posibilidades de intervención directa en el proceso. El proceso penal acusatorio, a diferencia del modelo tradicional de enjuiciamiento, da a las víctimas el papel de partes y tienen la posibilidad de intervenir directamente en el proceso para solicitar que se desahoguen pruebas y litigar mano a mano con la parte acusadora. Tienen también una importante intervención en tanto que se les faculta para interponer recursos en

contra de las decisiones que tengan por efecto la suspensión, interrupción, o cancelación de la acción penal.

Aunado a estos elementos procesales las víctimas tienen derecho a un acompañamiento psicosocial y a que se salvaguarde su integridad física y psicológica. Cabe también señalar que se establece un derecho a la reparación, en el ámbito específico del proceso penal a la reparación del daño, pero con alcances mucho más amplios en la legislación específica sobre víctimas. Se trata del derecho a la reparación integral.³¹

La dimensión procesal que se abordó con anterioridad alcanza también a las víctimas con discapacidad. Las mismas obligaciones de accesibilidad, diseño universal y adopción de ajustes de procedimiento son aplicables a las víctimas. Sin embargo, existen otras dimensiones que es preciso referir ahora y que también impactan en el grado de participación de las víctimas en el proceso.

La protección de las víctimas es un deber oficioso de las policías y de las fiscalías, pero a nivel normativo las víctimas tienen ahora un papel más proactivo en la protección de sus derechos. Pueden solicitar la realización de diligencias a efecto de que se acredite la existencia del delito o hechos relacionados con este, asimismo pueden solicitar medidas de protección, providencias precautorias y medidas cautelares para la salvaguarda de sus derechos e impugnar cualquier decisión que verse sobre la interrupción de la acción penal o que tenga efectos sobre la reparación del daño.³²

En la legislación ordinaria, específicamente en el Código Nacional de Procedimientos Penales, también se prevén apartados para regular los derechos de las víctimas y, complementariamente, en 2013 se creó un Sistema Nacional de Víctimas en el que se establecen mecanismos de reparación integral y que versan no solamente sobre cuestiones de naturaleza penal sino también relacionadas con violaciones a derechos humanos en general.

³¹ *Ley General de Víctimas*, México.

³² *Idem*, artículo 20, apartado C, I a VII.

La CDPD establece obligaciones de protección de personas con discapacidad contra la explotación, la violencia y el abuso en su artículo 16. A diferencia de otros artículos de la CDPD en los que se establece una regla de equiparación bajo la utilización de la fórmula “en iguales condiciones a las demás personas”, el artículo 16 no utiliza ese lenguaje, lo cual ha conducido a algunas personas expertas en derechos de las personas con discapacidad a concluir que para la implementación específica de este artículo los estados pueden prever mecanismos suplementarios de protección de carácter proactivo.³³

La Ley General de Víctimas incluye reglas importantes sobre reparación y rehabilitación a víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos que en buena medida incorpora al marco legislativo doméstico las obligaciones de diligencia debida y procedimientos de reparación previstos en instrumentos como la CADH, la cual prevé obligaciones para la investigación que conductas que además de ser delictivas constituyan graves violaciones de derechos humanos. A pesar de no ser una obligación que esté expresamente establecida en el texto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que se deriva de la obligación de garantizar contenida en el artículo 1.1 de la CADH que establece que “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos y procurar, además, el establecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos.”³⁴

A través de las resoluciones de la Corte Interamericana se ha desarrollado una doctrina de reparaciones por violaciones a derechos humanos que ha sido recogida en la legislación sobre víctimas de México. Una de las partes integrantes de esta doctrina podemos encontrarla en la serie de medidas provisionales de protección, específicamente las providencias precautorias, medidas de protección y medidas cautelares para prevenir la pérdida irreparable de los derechos que están

³³ Shulze y Barlett, “Urgently awaiting implementation: The right to be free from exploitation, violence and abuse in Article 16 of the *Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*, *International Journal of Law and Psychiatry*, pp. 2-14.

³⁴ Ibañez Rivas, Juana María, “Protección judicial” en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, passim*.

comprometidos. Tanto la legislación sobre víctimas como la legislación procesal prevén ese tipo de medidas y la primera se refiere también al llamado enfoque diferencial. En efecto, el artículo 5 de la Ley General de Víctimas reconoce la existencia de grupos de población con características particulares o con mayor situación de vulnerabilidad en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad y otros, en consecuencia, se reconoce que ciertos daños requieren de una atención especializada.

El enfoque diferencial es especialmente importante cuando se trata de medidas destinadas a proteger de manera inmediata la integridad personal o la vida de la víctima, sin embargo, más allá de la mención explícita que hace la ley sobre este tema, no existen aún dispositivos implementados para conseguir los fines aludidos.³⁵ Lo mismo cabe decir sobre las distintas formas de reparación. Las personas con discapacidad pueden requerir, sobre todo aquellas personas con intensos requerimientos de apoyo, medidas suplementarias para poder acceder a una efectiva protección, por ejemplo, asistencia personal individualizada para acceder a un refugio contra la violencia o permanecer en su propio domicilio si la presencia de los agresores, los cuales muchas veces son los miembros de la propia familia.

IV. Sobre los mecanismos alternativos de resolución de controversias y las formas de terminación anticipada en materia penal

En los últimos 30 años se ha producido un importante impulso entre los países de la región latinoamericana que iniciaron un proceso de reforma sus ordenamientos procesal penales, de los llamados medios alternativos de resolución de controversias y también de las formas de terminación anticipada del proceso, conocida como procedimiento o juicio abreviado. La lógica que subyace a estas figuras es permitir a las fiscalías un manejo voluminoso de casos, de forma que se logre abatir el rezago y los cuellos de botella que supone tratar todos los asuntos de la

³⁵ Human Rights Watch, *Es mejor hacerte invisible. Violencia familiar contra Personas con Discapacidad en México*, junio de 2020, Disponible en «<https://www.hrw.org/es/report/2020/06/04/es-mejor-hacerte-invisible/violencia-familiar-contra-personas-con-discapacidad-en>» [Consultado el 7 de mayo de 2020].

esfera penal mediante un enjuiciamiento con todas las garantías. México no es la excepción a esta tendencia. Cuando se iniciaron las discusiones de la reforma penal hacia un sistema procesal acusatorio, primero en algunas entidades federativas, señaladamente Chihuahua y Oaxaca, se estimó importante introducir estos instrumentos de tratamiento procesal.

En lo atinente a los mecanismos alternativos se incluyeron los denominados acuerdos reparatorios,³⁶ para cierto tipo de supuestos así como la suspensión condicional del proceso a prueba.³⁷ Otro mecanismo diferente es el procedimiento o juicio abreviado.³⁸ Respecto de este último, su procedencia quedó excluida para las personas consideradas inimputables, como tuvimos ocasión de señalar previamente. Resulta cuestionable excluir a personas con discapacidad de mecanismos procesales porque se lesiona el derecho a la igualdad y a la no discriminación. El procedimiento abreviado no puede ser pensado nunca como un derecho del imputado, más bien resulta lo contrario, se trata de la renuncia expresa a ser juzgado en una audiencia pública con aplicación de todas las garantías para una efectiva defensa a cambio de la reducción de la pena, sin embargo, si esta es una posibilidad para cualquier persona también debería serlo para las que tienen discapacidades intelectuales o psicosociales. Al igual que el resto de las personas imputadas, las personas con discapacidad deberían tener la posibilidad de conducirse estratégicamente en ejercicio de su capacidad procesal; la prohibición de que sus casos sean tramitados por el procedimiento abreviado atiende a una lógica asistencialista que estima que dada la existencia de una discapacidad intelectual o la condición de salud mental, la persona no tiene la capacidad mental para decidir que su caso sea tramitado mediante ese procedimiento. Se trata en todo caso de una restricción a una opción procesal por motivos de discapacidad y en ese sentido es contraria al derecho a la capacidad jurídica.

Estas figuras no han estado exentas de controversia desde su primera inclusión, incluso de quienes por primera vez las desarrollaron. Se trata de las nuevas formas

³⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 186.

³⁷ *Idem.*, artículo 191.

³⁸ *Idem.*, artículo 201.

de disponibilidad de la acción penal, lo cual introduce un componente importante de discrecionalidad en los órganos de investigación y procuración de justicia con vistas a la articulación de una política de persecución penal que logre resultados socialmente positivos en términos de abatimiento del rezago de asuntos y solución con justicia de los casos concretos. De ellos, se ha planteado que representan un riesgo importante porque permiten adjudicar casos, a veces mediante la imposición de penas, sin que para ello exista un procedimiento que acredite cabalmente la responsabilidad penal propiamente. La ausencia de dicho procedimiento de carácter cognoscitivo ha levantado las alertas de autores que aprecian un excesivo decisionismo en el proceso sin controles auténticos.³⁹

Por cuanto hace a las personas con discapacidad y a la protección de sus derechos fundamentales en el marco del proceso, debe tenerse muy presente el imaginario actualmente existente de que resulta más beneficiosa la procedencia de este tipo de figuras alternativas, sobre todo respecto de discapacidades intelectuales y psicosociales, que la imposición de penas. El derecho de las personas con discapacidad se protege al igual que para el resto de las demás personas con la salvaguarda del debido proceso y la protección de las garantías fundamentales. Dada la caracterización práctica en la implementación de este tipo de medidas alternativas y de salidas anticipadas es muy pertinente tener conciencia de que implican, de hecho, la renuncia, a veces expresa, a garantías básicas.

Ambas formas implican la imposición de una específica obligación o incluso una respuesta específicamente penal sin la existencia de un juicio.⁴⁰ Ello en principio puede considerarse benéfico porque implica el desahogo rápido de casos en un sistema que por lo general experimenta rezago. Estos resultados benéficos pueden extenderse tanto a la víctima, que obtendría un resultado más o menos oportuno por cuanto hace a la reparación, y también al propio imputado que no tendría que asumir el coste total de la pena dada su voluntad de participar en estos mecanismos.

³⁹ Cf., Pizzi, *Juicios y mentiras: crónica de la crisis del proceso penal estadounidense*.

⁴⁰ Cf., Correa Robles, et al., *El procedimiento abreviado y la justicia criminal negociada. Derecho chileno comparado*.

No obstante, este intercambio de menor flexibilidad para los intervinientes puede redundar, en el debilitamiento de las garantías del debido proceso si no existe un control más estricto en la implementación de las figuras. Se ha sostenido que los esquemas negociales para la imposición de penas suponen un margen irreductible de desbalance entre los intervinientes, toda vez que las penas no siempre descansan en prácticas que estén soportadas en el consentimiento de los intervinientes. Muchas veces, los imputados optan por estos mecanismos por temor a las consecuencias más negativas que experimentarían si siguieran el juicio, incluso si estiman que son inocentes. Antes de aventurarse a un proceso con todas las garantías y a un resultado incierto, muchas personas prefieren optar por salidas alternas que pueden resultar en sí mismas coercitivas.

Así, tanto para la procedencia de los acuerdos reparatorios como para la suspensión condicional del proceso a prueba, el juzgador deberá cerciorarse, como lo haría para cualquier persona, de que el imputado conoce a cabalidad cuáles son los alcances de la decisión que va a adoptar, de la posibilidad que tiene para exigir la procedencia de un juicio oral con todas las garantías pertinentes y, suplementariamente, informarle que contará con los apoyos y ajustes procesales necesarios para su participación efectiva como persona con discapacidad. En el momento de la toma de decisión, tanto los jueces como los fiscales deben dar a conocer al imputado que, en virtud de tener una discapacidad, tienen derecho a la toma de decisiones con apoyo, sin que ello se traduzca en la imposición del apoyo. La toma de decisiones con apoyo no puede ser impuesta.

V. Derecho de ejecución de penas

En el plano de ejecución de las penas también sería necesario aludir a algunos estándares previstos en el derecho internacional de los derechos humanos. Debe señalarse que el derecho de ejecución de penas va mucho más allá de la pena de prisión, que es lo más usual frente a la carencia en la implementación de medidas alternativas a la prisión —un escenario que desde hace décadas se ha señalado como recomendable— de forma tal que la pena de prisión sea la que se aplique con menor frecuencia y solo para los casos que ameriten efectivamente una privación de la libertad.

Como señalamos con anterioridad, existen obligaciones de los estados en virtud de los contenidos y estándares del derecho internacional de derechos humanos en general, por cuanto hace a la aplicación de las penas y también respecto de las obligaciones específicas que tiene la persona por el hecho de tener una discapacidad. Aunado a los derechos que ya están reconocidos por otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como el ya citado PIDCP y la CADH, así como los diversos principios que orientan la implementación de la pena de privación de la libertad y que pertenecen al llamado *soft law* —también conocido como derecho emergente, tales como las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁴¹ y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión—,⁴² toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión debe gozar de los más altos estándares de protección de derechos humanos. Lo anterior también es aplicable a personas con cualquier tipo de discapacidad física, sensorial, intelectual o psicosocial.

El artículo 14 de la CDPD prevé igualmente obligaciones de los Estados parte por lo que hace a las personas con discapacidad privadas de libertad. Además de las obligaciones específicas en torno a las condiciones del debido proceso y la prohibición absoluta de privación de la libertad a una persona por motivos de discapacidad, este dispositivo establece obligaciones por cuanto hace a las condiciones de la privación de la libertad cuando se tiene una condición de discapacidad. En efecto, el artículo 14. 2 de la CDPD establece que las personas con discapacidad deben tener “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.”⁴³

⁴¹ Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Disponible en «<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>», [Consultado el 7 de mayo de 2021]. 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. Posteriormente revisadas como Reglas Mandela en 2015, mediante resolución de 17 de diciembre de 2015.

⁴² Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Disponible en «<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>». [Consultado el 7 de mayo de 2021]. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

⁴³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 14.2.

El Comité CDPD ha reiterado que las personas con discapacidad que están privadas de la libertad en virtud de haber cometido una conducta delictiva deben tener acceso a la implementación de ajustes razonables con el objeto de no agravar las condiciones de encarcelamiento por motivos de discapacidad.⁴⁴ Lo anterior entraña la obligación de hacer las modificaciones apropiadas a los procedimientos y a las instalaciones de los centros de detención y de privación de la libertad, para garantizar que las personas con discapacidad puedan gozar de los mismos derechos y libertades fundamentales que las demás personas, cuando tales modificaciones no impongan una carga desproporcionada o indebida. La negativa a realizar ajustes razonables para beneficiar a personas con discapacidad puede llegar a constituir tratos crueles, inhumanos y degradantes o incluso tortura.⁴⁵

El artículo 9 de la CDPD establece la obligación para garantizar que los centros de detención y las prisiones sean accesibles para las personas con discapacidad. De acuerdo con el Comité “la falta de accesibilidad y ajustes razonables coloca a las personas con discapacidad en condiciones de reclusión precarias que son incompatibles con lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención, y puede constituir una violación del artículo 15, párrafo 2.”⁴⁶ De igual manera en una petición individual que involucró al Estado argentino, el Comité señaló que en virtud de las obligaciones previstas en el artículo 14, los estados partes estaban obligados a adoptar medidas pertinentes y ajustes razonables suficientes, cuando estos sean solicitados, para garantizar que las personas con discapacidad privadas de libertad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida del lugar de detención; acceder a las instalaciones físicas del lugar de detención así como a los servicios que en estos se ofrezcan; así como acceso a tratamiento médico y rehabilitación, de manera que puedan gozar

⁴⁴ Declaración sobre el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, septiembre de 2014, Disponible en «<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15183&LangID=E#sthash.La0fXcOB.dpuf>», [Consultado el 7 de mayo de 2021].

⁴⁵ *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Nota del Secretario General de Naciones Unidas, A/63/175, p.13, Disponible en «<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openpdf.pdf?reldoc=y&dodocid=48db9a1c2>» [Consultado el 7 de mayo de 2021]

⁴⁶ Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, *Óp. Cit.*, párrafo 18.

del más alto nivel posible de salud, sin discriminación. Igualmente, el Comité señaló que los Estados tienen la obligación de garantizar que las condiciones de detención para personas con discapacidad no se traduzcan, por falta de accesibilidad y de ajustes razonables, en condiciones más gravosas y de mayor sufrimiento físico y psicológico que puedan convertirse en formas de trato cruel, inhumano o degradante y afectación de la integridad física y psicológica de la persona.⁴⁷

Aunadas a estas obligaciones previstas en el derecho internacional de los derechos humanos, cabe también hacer una reflexión en torno a las reformas que se introdujeron en 2008 con motivo de la modificación que incorporó en el proceso penal acusatorio en la CPEUM. En aquella reforma también se estableció una modificación importante el artículo 18 constitucional que posteriormente dio lugar a la adopción de una nueva Ley Nacional de Ejecución Penal.⁴⁸ Los principios generales que gobiernan esa reforma es que la pena, lejos de lo que se establecía con anterioridad a la reforma, no tiene la finalidad de buscar la readaptación, regeneración, o tratamiento de la persona condenada. Esto tiene una importante consecuencia por cuanto hace a las todavía prevalecientes medidas de seguridad, cuya finalidad expresa es lograr el tratamiento de la persona a la que se le imponen. Estas orientaciones han dejado de tener legitimidad constitucional a la luz de la reforma de 2008. Las penas deben ser consideradas como mecanismos de privación abstracta de derechos, sin tener la pretensión de corregir moral, psicológica, o médicamente a las personas a quienes se imponen estas medidas. En otras palabras, la ideología del tratamiento progresivo técnico que informó por años el derecho de ejecución de penas en México ha quedado sin sustento constitucional.⁴⁹ A pesar del desarrollo de estas orientaciones, tanto los ordenamientos penales sustantivos de las entidades federativas como la Ley Nacional de Ejecución de Penas, continúan regulando provisiones sobre la procedencia de las susodichas medidas que como se ha indicado constituyen un remanente del derecho penal de autor.

⁴⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Óp. Cit.*, Comunicación No. 8/2012 del párrafo 9 b).

⁴⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016.

⁴⁹ *Cf.*, Sarre, Miguel *et al.* *Sistema de Justicia de Ejecución Penal.*

VI. Reflexión final

Como pudo apreciarse de la revisión hecha para dar cuenta de la intersección entre derechos de las personas con discapacidad y el derecho penal mexicano, todavía es necesario un cúmulo de respuestas para la armonización legislativa con el derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo por lo que hace a la comprensión cabal de los ajustes de procedimiento, los cuales deben ser conceptualizados de manera diversa a los ajustes razonables.

Por otra parte, desde el punto de vista del derecho penal sustantivo, es crucial una revisión de las declaraciones de imputabilidad, sobre todo por lo que hace a sus consecuencias procesales. En términos generales, el derecho penal debe ser revisitado en sus categorías básicas, sobre todo por lo que hace a su dimensión sustantiva, a la teoría del delito y a las respuestas frente a la implementación de las penas y otras salidas alternas, teniendo en cuenta un horizonte que se tome en serio el derecho que tienen las personas con discapacidad a la autonomía personal y a ser también sujetos de responsabilidades.

Bibliografía

Libros

Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI Editores, México, 1993.

Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, s/l. s/f.

Correa, Robles, Carlos Fernando *et al.*, *El procedimiento abreviado y la justicia criminal negociada. Derecho chileno comparado*, Editorial Jurídica, Chile, 2012.

Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón". *Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

Ibáñez Rivas, Juana María, “Protección judicial” en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7º edición, B de F, Buenos Aires, 2007.

Pizzi, William T., *Juicios y mentiras: crónica de la crisis del proceso penal estadounidense*, Tecnos, Madrid, 2004.

Roxin, Claus, “El principio de culpabilidad y sus cambios” en *La teoría del delito en la discusión actual*, Editora Jurídica Guilley, Lima, 2007.

Sarre, Miguel et al. *Sistema de Justicia de Ejecución Penal*. Tirant Lo Blanch, México, 2018.

Sotomayor, Juan, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Temis, Bogotá, 1996.

Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Cárdenas Editor, México, 1998.

Revistas

Shulze, Marianne y Barlett, Peter, “Urgently awaiting implementation: The right to be free from exploitation, violence and abuse in Article 16 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)”, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 53, julio-agosto 2017.

Legislación

Argelia. *Caso Louisa Bousroual c.*, No. 992/2001, 30 de marzo 2006

Asamblea General, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. Disponible en «<https://>

www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx. [Consultado el 7 de mayo de 2021], Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Asamblea General, *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Nota del Secretario General de Naciones Unidas. Disponible en «<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48db9a1c2>» [Consultado el 7 de mayo de 2021] A/63/175, julio de 2008.

Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2014.

Código Penal Federal, México.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Disponible en «https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm», [Consultada el 7 de mayo de 2021]. Adoptada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por México en marzo de 1981.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Disponible en «<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>», [Consultada el 7 de mayo de 2021]. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Ratificada por México en febrero de 1986.

Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en «<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>», [Consultado el 7 de mayo 2021]. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por México en septiembre de 1990.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en «<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>» [Con-

sultada el 7 de mayo de 2021]. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y abierta a firma el 30 de marzo de 2007. Ratificada por México en noviembre de 2007.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Comunicación No. 8/2012* del párrafo 9 b), Disponible en «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/11/D/8/2012&Lang=en», [Consultado el 7 de mayo de 2021].

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Arturo Medina Vela versus México*, 32/2015, México, 6 de septiembre de 2019.

Corte IDH. Uruguay. *Caso Drescher Caldas v. Uruguay*, No. 43/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 80, 1990.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004.

Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad. Parágrafo 16. Disponible en «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A/72/55&Lang=en». [Consultado el 7 de mayo de 2021].

Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a. CCXVI/2018 (10a.), Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre 2018.

Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a. CCXVII/2018 (10a.), Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre 2018.

Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: I.6o.P.158 P (10a.). Décima Época, Libro 75, Tomo III, febrero 2020.

Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a. CXLV/2018 (10a.), Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018.

Ley General de Víctimas, México.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en «<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>», [Consultado el 7 de mayo de 2021]. 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. Ratificado por México en marzo de 1981.

Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Disponible en: «<https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>» [Consultado el 7 de mayo de 2021].

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Disponible en «<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>», [Consultado el 7 de mayo de 2021]. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955.

Otros

Human Rights Watch, *Es mejor hacerte invisible. Violencia familiar contra Personas con Discapacidad en México*, junio de 2020, Disponible en «<https://www.hrw.org/es/report/2020/06/04/es-mejor-hacerte-invisible/violencia-familiar-contra-personas-con-discapacidad-en>» [Consultado el 7 de mayo de 2020].

El derecho a la seguridad o protección social de las personas con discapacidad

Pamela Solanch Smith Castro*

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Máster en Derecho (*LLM*) por la Universidad de Syracuse, NY. Directora Ejecutiva de Sociedad y Discapacidad (SODIS). Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y miembro del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional de la PUCP.

El derecho a la seguridad o protección social de las personas con discapacidad.

I. Introducción; II. El derecho a la seguridad o protección social como derecho humano; III. El derecho a la seguridad o protección social desde la óptica de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; IV. Barreras en el Ejercicio y la Provisión de Prestaciones de Seguridad Social; V. Hacia un sistema de protección social inclusiva; VI. Pisos de Protección Social; VII. Conclusiones.

I. Introducción

Desde una visión tradicional, se ha sostenido que los derechos sociales o derechos de segunda generación poseen una *identidad* distinta de los derechos civiles o de primera generación. El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos reconoce esta categorización a través de la adopción de dos tratados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— que regula los derechos individuales como el derecho a la vida, a la libertad, entre otros; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales —PIDESC— que comprende el derecho al trabajo, a la pensión, a la salud y el derecho a la seguridad social. Mientras que los derechos civiles involucran obligaciones de carácter esencialmente negativo o de no interferencia en la esfera privada de los individuos,¹ los derechos sociales se distinguen, esencialmente porque su ejercicio exige acciones positivas por parte del Estado.

La tesis de las generaciones de derechos ha relegado a los derechos sociales a directrices programáticas que incluso, han puesto en duda su exigibilidad en la vía judicial. Teóricamente se ha cuestionado esta división estricta y las caracterís-

¹ Abramovich, “Apuntes Sobre La Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales.” en *La Protección Judicial de Los Derechos Sociales*, p. 4.

ticas particulares que se atribuyen a una u otra generación.² Bajo un análisis más riguroso, ambas categorías implican el despliegue de acciones positivas y negativas para garantizar su cumplimiento; asimismo, requieren indistintamente de la erogación de recursos estatales para su efectiva realización.³ Por estas consideraciones, la posibilidad de activar los mecanismos judiciales para demandar eventuales incumplimientos de los derechos civiles y sociales resulta incontrovertible en un Estado Constitucional de Derecho.

Si bien se puede concluir que este debate ha sido superado teóricamente —dado que la línea argumentativa que sostiene la existencia de esta jerarquía es difusa— se esgrimen algunos desafíos de la judicatura en exigibilidad y protección de los derechos sociales. Tales son: el problema de la escasez y asignación idónea de recursos; la indeterminación del contenido de estos derechos; las garantías y recursos procesales diseñados, etc.⁴ Siguiendo a Campos, podría señalarse, que el principal problema que subsiste al debate de la exigibilidad de los derechos sociales radica en el rol asignado a los jueces como articuladores del proceso político en las democracias constitucionales, que es donde se define la priorización de políticas destinadas a implementar dichos derechos.⁵

Los derechos sociales han sido descritos como derechos prestacionales que están sujetos a la disponibilidad de recursos estatales y que responden a una progresiva implementación.⁶ Adicionalmente, cumplen un rol crucial como vehículos necesarios para garantizar la igualdad de los individuos en la sociedad y permitir su participación. Como refiere Campos, citando a Dworkin: los derechos sociales son precondiciones materiales para garantizar la participación y la deliberación pública.⁷

² Gargarella, “Justicia y derechos sociales: Lo que no dice el argumento democrático”, pp. 973-997.

³ Abramovich, Courtis, *Óp. Cit.*, pp. 973-997.

⁴ *Ibidem.*

⁵ Campos-Bernal, “¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del Derecho”, p. 19.

⁶ Prieto Sanchís, “Los Derechos Sociales y El Principio de Igualdad Sustancial.” en *Igualdad y No Discriminación, El Reto de La Diversidad*, p. 101.

⁷ Campos-Bernal, *Óp. Cit.*, p. 17.

II. El derecho a la seguridad o protección social como derecho humano

El derecho a la seguridad o protección social es un derecho social consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁸ en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales,⁹ así como en otros instrumentos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Pese a no existir una concepción unívoca sobre sus alcances, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —Comité DESC— en su Observación General Núm. 19,¹⁰ sostiene que:

[...] 2. El derecho a la seguridad social 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.

3. La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo —en adelante, OIT— define a la protección social como el conjunto de políticas y programas creados con el objetivo de prevenir y reducir la pobreza, así como la indefensión en el ciclo de vida.¹¹ Tales metas se pueden materializar a través del acceso a la asistencia médica, la seguridad en los ingresos; en particular en casos de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.¹²

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (consultado el 22 de junio del 2021).

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (consultado el 22 de junio del 2021).

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 19, “El derecho a la seguridad social” párr. 2. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc (consultado el 24 de junio del 2021)

¹¹ Organización Internacional del Trabajo, *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019, La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, pp. 2-3.

¹² *Ibidem*.

En suma, el derecho a la seguridad social es un derecho humano, cuya realización involucra un entramado de medidas de índole contributiva y no contributiva; diseñadas con el objetivo de compensar situaciones marcadas por profundas desigualdades o por contingencias de carácter permanente o temporal que impiden la plena participación y desarrollo en sociedad, de diferentes miembros en la comunidad. Dichas medidas se pueden agrupar en tres componentes:¹³

Cuadro Núm. 1

COMPONENTES	DESCRIPCIÓN
1. Asistencia Social	Transferencias públicas en efectivo o en especie, condicionales o incondicionales. Ejemplo: programas de transferencia directa, subsidios, bonos de transporte.
2. Previsión social	Cobertura ante determinados imprevistos que afectan el bienestar o los ingresos de los hogares. Ejemplo: pensiones de incapacidad para el trabajo.
3. Protección del mercado laboral	Fortalecimiento de capacidades e incremento de productividad, empleabilidad de los trabajadores. Ejemplo: subsidios de desempleo.

Elaboración propia en base al informe El Estado Mundial de La Agricultura y La Alimentación, La Protección Social y La Agricultura: Romper El Ciclo de La Pobreza Rural- FAO 2015.

Si bien, el objetivo tradicional de las políticas de seguridad social ha estado concentrado en la protección de niveles mínimos de vida para que todas las personas

¹³ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, *El Estado Mundial de La Agricultura y La Alimentación, La Protección Social y La Agricultura: Romper El Ciclo de La Pobreza Rural*, p. 8. Disponible en: <http://www.fao.org/3/i4910s/i4910s.pdf>. (Consultado el 1 de julio de 2021)

puedan satisfacer sus necesidades básicas, actualmente se considera que la protección social también cumple una función transformadora, a modo de plataforma que permita salir de la pobreza.¹⁴ Esto significa que su objetivo va más allá de ayudar a las personas a subsistir, sino también promover la inversión en activos productivos y capital humano que les permitan el desarrollo de más sólidos y un escape de las trampas de la pobreza a largo plazo.¹⁵

Las prestaciones, propias de los sistemas de seguridad social, se enmarcan dentro de políticas redistributivas; por ello, no deben ser interpretadas únicamente como *beneficios* a los que acceden algunos segmentos de la población sino como políticas de inversión social. La asignación de recursos a través de estas prestaciones repercutirá en favor de los destinatarios directos y de la sociedad en su conjunto,¹⁶ dado que, en el largo plazo, la suma de diversos beneficios individuales contribuirá en la construcción de sociedades más equitativas, al conllevar crecimiento y desarrollo económico.

III. El derecho a la seguridad o protección social de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad forman parte de un colectivo al que se le ha negado de forma sistemática una serie de derechos; no obstante, la creencia instalada de que no podían ser parte de la fuerza laboral hizo posible que fueran merecedoras de ayuda estatal. Estas ayudas se convirtieron en su principal medio de subsistencia; a través de subvenciones y también de la posibilidad de vivir en instituciones especiales donde se recibía asistencia básica.¹⁷ El diseño de esta asistencia encajaba en un esquema de solidaridad proyectado sobre un grupo social que carecía de aptitudes para desarrollarse con autonomía en sociedad.¹⁸

¹⁴ Banks *et al* “Disability and Social Protection Programmes in Low- and Middle-Income Countries: A Systematic Review.” *Oxford Development Studies* 45, no. 3, pp. 223–39.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Organización Internacional del Trabajo, *Seguridad Social para todos: Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico*, p. 1.

¹⁷ Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 86.

¹⁸ *Ibidem*.

Ahora bien, el cambio de paradigma que introduce la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, CDPD— aporta una nueva comprensión del derecho a la seguridad social; desde estas nuevas premisas, se abandona la visión de las ayudas para sujetos incapaces y se encaminan hacia una comprensión de la seguridad social como un marco habilitador de derechos para un colectivo en situación de vulnerabilidad, para nivelar su activa participación social.

1. El derecho a la protección social de las personas con discapacidad: del asistencialismo hacia un paradigma de derechos

La noción de discapacidad no se ha mantenido intacta a través del tiempo; por el contrario, ha sido atravesada por diferentes abordajes teóricos que, además de aportar para la comprensión de este fenómeno, han servido para delimitar la respuesta social y la política pública en la materia. El derecho a la seguridad social de las personas con discapacidad también se ha interpretado conforme a estos modelos teóricos hasta la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, la CDPD—. La CDPD abre un proceso de comprensión de la discapacidad desde una perspectiva de derechos, superando un paradigma médico que promovió vulneraciones masivas de los derechos de este colectivo.

Los instrumentos de *soft law* adoptados en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos previos a la CDPD, muestran la evolución de previsiones concentradas en asegurar protección social con un limitado componente de derechos. Tal es el caso del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad¹⁹ y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.²⁰ Ambos instrumentos ponen un énfasis especial

¹⁹ Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, párr. 116-119. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/programa-de-accion-mundial-para-las-personas-con-discapacidad-4.html> (consultado el 5 de julio del 2021)

²⁰ Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, art. 8. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PersonsWithDisabilities.aspx> (consultado el 05 de julio del 2021)

en la rehabilitación y prevención, invocando la implementación de medidas que aseguren igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Entre estas medidas figuran: ingresos económicos para su manutención, subsidios para aquellos que reciban un ingreso inferior al del mercado laboral, generar incentivos para su reinserción en la actividad económica; de la misma forma, facilitar su acceso y el de sus familias a los seguros de salud.

Como se observa, la principal finalidad de un esquema de protección social estaba concentrado en asegurar *mínimos* que garanticen la subsistencia de las personas con discapacidad. Tal como lo señala el informe de Catalina Devandas —2015—, los postulados propios del modelo médico se sostuvieron sobre la premisa de que las personas con discapacidad eran incapaces de ejercer su autonomía, generar ingresos de forma independiente e incluso participar en sociedad. Los enfoques tradicionales de asistencia social han servido como base para la difusión del modelo médico a escala mundial, el cual se tradujo en múltiples vulneraciones a los derechos humanos y el reforzamiento de prácticas segregadoras.

Con la incorporación del paradigma de derechos humanos en la CDPD, la equiparación automática de la discapacidad con diagnósticos médicos deja de estar vigente teóricamente. A partir del tratado, la discapacidad se define desde el reconocimiento del rol preponderante de las barreras del entorno en interacción con la diversidad funcional o la deficiencia. El modelo de derechos es el eje axiológico de la Convención y sirve como marco interpretativo para dotar de contenido al articulado del tratado, incluyendo las previsiones en materia de protección social y los derechos conexos. Desde esta perspectiva, la seguridad social, se aleja de un instrumento de asistencia para convertirse en una precondition para garantizar la igualdad social.

La CDPD, en su artículo 28 sobre el nivel de vida adecuado y protección social, regula de forma amplia, el acceso a servicios básicos, incluyendo la alimentación, vestimenta y vivienda adecuados. Ello involucra el deber del Estado de lograr la mejora continua en las condiciones de vida de los miembros de este colectivo, incluidas sus familias. Para ello, se debe asegurar:

- a) El acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;
- b) El acceso 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;
- c) El acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;
- d) El acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública;
- e) El acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Del análisis del artículo pertinente se desprenden algunas dimensiones del derecho a la protección social. Por un lado, este implica el aseguramiento de condiciones mínimas que permitan a las personas con discapacidad llevar una vida en condiciones de dignidad; por otro, se consolida el carácter transformador de este derecho puesto que engloba una serie de medidas orientadas a remediar situaciones de pobreza y desigualdad estructural, reconociendo adicionalmente, los gastos relacionados a la discapacidad. Estas obligaciones deben entenderse a la luz del principio de igualdad desarrollado en la Convención y desde un análisis de interseccionalidad.

2. La seguridad social como catalizador de igualdad e inclusión social

Las personas con discapacidad hacen parte de un colectivo en una particular situación de vulnerabilidad dadas las múltiples barreras presentes en la sociedad.

Pese al cambio paradigmático, continúan siendo excluidas del ejercicio de sus derechos en diferentes ámbitos de sus vidas. Las prestaciones de seguridad social resultan cruciales para asegurar tanto la cobertura de sus necesidades básicas como mecanismos efectivos que contribuyan a su realización en diferentes áreas, removiendo las barreras estructurales. Por ello, el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos plenos de derecho, lejos de la asistencia, no es incompatible con un esquema robusto de protección social.

Estas prestaciones deben brindarse en cumplimiento del principio de igualdad; de esta forma, no pueden ser restringidas por motivos de discapacidad y su garantía no debe conducir a perpetuar múltiples y agravadas formas de discriminación. En su implementación, no pueden subsistir algunas formas de denegación fáctica de prestaciones o situaciones de discriminación indirecta. Por ejemplo, condicionar un subsidio familiar a la matrícula de niños o niñas con discapacidad en la escuela puede tener un efecto discriminatorio al omitirse las múltiples barreras que impiden la escolaridad de un estudiante con discapacidad.

Adicionalmente, deberán contemplarse las barreras contextuales que eventualmente impidan a las personas con discapacidad acceder de los beneficios de los programas de seguridad social, garantizando: la accesibilidad de los procedimientos, la accesibilidad en los centros de administración y servicio, dejar de lado actitudes discriminatorias de los funcionarios y evitar la imposición de condiciones o requisitos que resulten desproporcionadas o inaplicables para el colectivo de personas con discapacidad.²¹ Siguiendo esta línea, establecer como requisito de calificación para una pensión de orfandad que la persona con discapacidad beneficiaria atravesase por procesos de incapacitación judicial atenta contra su derecho a la capacidad jurídica.

Por otro lado, en muchas ocasiones, la perspectiva de la discapacidad se encuentra ausente en la formulación de los programas de protección social, pese a constituir un importante porcentaje de la población en una particular situación

²¹ Gooding, Marriot. "Including Persons with Disabilities in Social Cash Transfer Programmes in Developing Countries." *Journal of International Development*, pp. 691-692. Disponible en <https://doi.org/10.1002/jid.1597>

de vulnerabilidad. Las estadísticas contenidas en múltiples reportes informan que más del 15% de la población vive con una discapacidad.²² De la misma forma, la existencia de la discapacidad potencia situaciones de pobreza y exclusión social; es precisamente este colectivo el que experimenta privaciones elevadas y niveles de ingresos más bajos que los de la población en general.²³ La pobreza afecta de manera desproporcionada al colectivo de personas con discapacidad quienes están sobrerrepresentadas entre las más pobres del mundo.²⁴ Existen robustas evidencias sobre la relación entre la discapacidad y la pobreza multidimensional alrededor del mundo.²⁵

Según el último censo del Consejo Nacional de Evaluación de Política de Desarrollo Social, para el año 2020 los casos de pobreza se incrementaron de 8.9 a 9.8 millones a consecuencia del COVID-19.²⁶ Asimismo, el censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía²⁷ reporta que, en el año 2020, el 16,5% de la población mexicana presenta algún tipo de discapacidad, es decir, 20 millones 838 mil 108 personas. En 2018, el 48.6% de las personas con alguna discapacidad se encontraba en situación de pobreza, mientras que el 9.8% en pobreza extrema.²⁸

Considerando este panorama, una visión de igualdad formal o ante la ley podrían ser insuficientes para asegurar igualdad material o sustancial.²⁹ Uno de los fines de la CDPD es garantizar la inclusión social de los miembros de este colec-

²² Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, *Informe Mundial Sobre La Discapacidad*, 2011, p. 7.

²³ Mitra, Posarac, et al, *Disability and Poverty in Developing Countries: A Snapshot from the World Health Survey. Social Protection Discussion Paper*; p. 7. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/27369>

²⁴ Groce et al, *Poverty and disability – A Critical Review of the Literature in Low and Middle-income Countries*, pp. 13-14.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2020, p. 57. Disponible en: https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/Documents/Informes/IEPDS_2020.pdf (consultado el 06 de julio del 2021)

²⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Nota informativa sobre los resultados del Censo de Población y Vivienda 2020, Disponible en: https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicados-prensa/Documents/2019/NOTA_INFORMATIVA_DIA_INTERNACIONAL_PERSONAS_CON_DISCAPACIDAD.pdf (consultado el 06 de julio del 2021)

²⁸ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Óp. Cit.*, p. 25.

²⁹ Eguiguren, "Principio de igualdad y derecho a la no discriminación" en *Ius Et Veritas*, Núm. 15, p. 65.

tivo, para tal fin, la protección social puede constituir una poderosa estrategia para desarrollar la capacidad humana y fomentar la participación plena y efectiva. En este contexto, la CDPD introduce un sistema complejo de igualdad inclusiva que opera a escala multinivel. No solo se reconocen las circunstancias contextuales que deben observarse para promover igualdad, sino también las necesidades particulares de las personas con discapacidad.

Al respecto, la Observación General Núm. 6, indica que la desigualdad sustantiva toma en cuenta las relaciones de poder, como también engloba la discriminación estructural y la indirecta. Acoge el dilema de las diferencias, a la vez que “entraña tanto ignorar las diferencias entre los seres humanos como reconocerlas, a fin de lograr la igualdad” Del mismo modo, brinda una mirada más amplia y precisa de lo que implica el derecho a la igualdad desde diversas dimensiones tales como, la *dimensión redistributiva*, por el cual se busca afrontar los problemas socioeconómicos; la *dimensión del reconocimiento*, que va en contra de aquellos prejuicios, estereotipos y violencia que sufren las personas con discapacidad; la *dimensión participativa*, para reafirmar el espíritu social de las personas como miembros de la sociedad; y una *dimensión de ajustes*, por medio de la cual se reconoce las diferencias de las personas propias de la dignidad humana.³⁰

Finalmente, sobre los Estados recae la tarea de garantizar que estos programas aborden la situación específica de mujeres y niñas con discapacidad, así como la de otras minorías. Los Estados deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos que impiden a estas mujeres y niñas acceder a los programas de protección social y velar por que los sistemas tengan en cuenta los factores relacionados, tanto con la discapacidad, como con el género en el diseño y la aplicación de dichos programas.³¹ Los regímenes no contributivos, en concreto, desempeñan un papel

³⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación, párr. 10.

³¹ Devandas, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre Derechos de las Personas con Discapacidad a la protección social*, A/70/297, 2015.

importante, puesto que las mujeres con discapacidad quedan excluidas a menudo del mercado de trabajo formal.³²

El derecho a la seguridad social desde una perspectiva de derechos y en el contexto de la discapacidad, contribuye a alcanzar el estándar de igualdad que desarrolla la CDPD. Asimismo, las prestaciones que forman parte de estas medidas deben ser interpretadas como mecanismos habilitadores de derechos. Por ejemplo, el artículo 19 de la CDPD regula el derecho a la vida independiente y en comunidad. El acceso a prestaciones sociales, apoyos y vivienda serán indispensables para que se dejen atrás dispositivos institucionales que se erigieron como la única alternativa para garantizar la supervivencia de las personas con discapacidad en sociedad a costa de excluirlas de su participación en igualdad de condiciones en los ámbitos político, social y laboral. Un enfoque de derechos humanos exige un rediseño de las estructuras sociales para acoger la diversidad y la garantía del derecho a la protección social se presenta como una oportunidad en ese sentido.

IV. Barreras en el ejercicio y la provisión de prestaciones de seguridad social

1. Confusión conceptual entre las nociones de incapacidad, invalidez y discapacidad

Existen diferentes categorías propias del derecho laboral y previsional, tales como la incapacidad para el trabajo o la invalidez que han sido equiparadas con la condición de discapacidad, utilizándose de forma indistinta para describir situaciones distintas. La comprensión de la discapacidad desde el déficit ha aportado a la concepción de que las personas con discapacidad se encuentran imposibilitadas de insertarse en el mercado laboral y con ello generar recursos para su propia manutención. En el siguiente esquema se presenta un resumen de cómo se han insertado estas nociones en los diferentes convenios de la Organización Mundial de Trabajo.

³² *Ibidem.*

Cuadro Núm. 2

Convenio 102 de la OIT (1952) ³³	Convenio OIT 128 (1967) ³⁴	Convenio 159 de la OIT(1983) ³⁵
Persona inválida	Incapacidad para ejercer labor lucrativa	Personas inválidas
Artículo 14: “la contingencia cubierta por esta prestación debe comprender la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional”.	Artículo 8: “la contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para ejercer una actividad lucrativa cualquiera, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta incapacidad será permanente o cuando subsista a la terminación de un período prescrito de incapacidad temporal o inicial”	Artículo 1.- Se entiende por <i>persona inválida</i> “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”.
Artículo 32 (b): “las contingencias deberán comprender las siguientes, cuando sean ocasionadas por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional	Artículo 13: Todo Miembro para el cual esté en vigor la presente parte de este Convenio deberá, en las condiciones prescritas:	Artículo 2. A los efectos del presente Convenio, todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la

³³ Organización Internacional del Trabajo (ILO), Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima). Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312247,es (consultado el 05 de julio del 2021).

³⁴ Organización Internacional del Trabajo (ILO), Convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C128 (consultado el 05 de julio del 2021).

³⁵ Organización Internacional del Trabajo (ILO), Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304 (consultado el 05 de julio del 2021).

<p>prescrita: (...) la incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional”</p> <p>Artículo 36 (1) “con respecto a la incapacidad para trabajar o a la pérdida total de capacidad para ganar, cuando es probable que sea permanente, a la disminución correspondiente de las facultades físicas o a la muerte del sostén de familia (...)”</p>	<p>(a) proporcionar servicios de readaptación profesional que, cuando sea posible, preparen a una persona incapacitada para reanudar sus actividades anteriores o, si esto no fuera posible, para ejercer otra actividad lucrativa que se adapte en la mayor medida posible a sus calificaciones y aptitudes; y</p> <p>(b) tomar medidas para facilitar la colocación adecuada de trabajadores incapacitados. (...).</p>	<p>persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.</p>
---	--	---

Elaboración propia con información de los Convenios 102, 128 y 159 de la OIT.

Si bien no se han expuesto concepciones concluyentes sobre cada uno de estos supuestos; de una lectura integral se puede concluir que la OIT describe dos situaciones: la primera referida a la “incapacidad laboral”, que consiste en la pérdida de la capacidad laboral de manera temporal para desempeñarse en una ocupación u oficio; y la segunda, referida a la “invalidez”, que implica la pérdida de la capacidad laboral de la persona de manera permanente.³⁶ La formulación de estos dispositivos aún conserva una mirada propia del enfoque médico donde la “invalidez” estaba asociada a la “discapacidad” en sus formas más severas que incluso impedían la generación de los ingresos propios.

La legislación mexicana adopta dos figuras que van en la misma línea de lo señalado por la OIT, la diferencia más importante se centra en determinar la causa que

³⁶ Bregaglio *et al*, “Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez?” en *Derecho PUCP*, p. 298.

produce la disminución de “facultades o aptitudes” para generar ingresos propios. Mientras que la figura de la incapacidad —ya sea parcial o total— implica que el asegurado sufra un accidente o enfermedad en ejercicio de su trabajo o con motivo de este, que lo imposibilite para desempeñar su trabajo por un periodo determinado o de forma permanente.³⁷ En la invalidez, el asegurado se hallará imposibilitado para procurarse, mediante un trabajo, un salario superior al 50% del recibido por el último año de trabajo, siempre que la imposibilidad derive de una enfermedad o accidente no laboral.³⁸

La obra de Bregaglio y otros resalta la necesidad de que la discapacidad no sea asimilada automáticamente con la “incapacidad” o “invalidez”. En el marco de un paradigma de derechos humanos, es posible afirmar que, la falta de entornos inclusivos y la provisión de ajustes son las razones que impiden a las personas con discapacidad desempeñarse en el ámbito laboral, no su condición en sí misma.³⁹ Las personas con discapacidad tienen el derecho de trabajar y para tal fin, pueden requerir de ajustes razonables y otras medidas que garanticen su permanencia en los entornos laborales.⁴⁰ Si bien, pueden existir casos de personas con discapacidades y con intensas necesidades de apoyo que pese a los ajustes no podrán desempeñar actividades lucrativas en igual medida; deberán diseñarse medidas adicionales que les permitan garantizar su desarrollo y la posibilidad de una vida en condiciones dignas, contemplando los costos asociados a la discapacidad.

A la diferenciación de los conceptos, se suma el reto de que las evaluaciones de calificación de las categorías de incapacidad o invalidez —cuando estas estén asociadas a la condición de discapacidad— tengan en cuenta los factores contextuales y no reproduzcan valoraciones estrictas del modelo médico. Este puede ser el caso de una persona con discapacidad que solicita acogerse a estas categorías; la evaluación de su disminución de facultades o la imposibilidad de generar ingresos, se deberá tener en cuenta su condición específica sin que esto lleve a

³⁷ Ley del Seguro Social, México, art. 119.

³⁸ Ley Federal del Trabajo, México, arts. 477-479.

³⁹ Bregaglio *et al.*, *Óp. Cit.*, p. 308; *Cf.*, OIT y IDA, “Joint Statement Towards Inclusive Social Protection Systems Supporting the Full and Effective Participation of Persons with Disabilities”, p. 6.

⁴⁰ *Ibidem.*

plantear decisiones discriminatorias donde las personas con discapacidad son privadas de acceder a pensiones porque su afectación principal antecedió la relación laboral.⁴¹

Como ejemplo, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima resolvió fundada una demanda de amparo en la que se cuestionó la denegación de una pensión de invalidez a una persona con discapacidad. De acuerdo a la normativa del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones de Perú, es necesario que una persona que pretenda calificar como beneficiaria de una pensión de invalidez, acumule un 66.6% o 2/3 de menoscabo físico en el marco de una relación laboral. Bajo esta premisa, el demandante, Ricardo Galván, una persona usuaria de silla de ruedas que realizó actividad laboral no estaba calificado para recibir esta prestación. Su solicitud estuvo motivada en la pérdida de la movilidad de los miembros superiores porque antes del establecimiento de la relación laboral, ya presentaba un menoscabo físico en razón del 70% lo que la excluía automáticamente de este tipo de prestación.⁴²

El juez que resolvió la causa en primera instancia adoptó la argumentación esgrimida por la entidad demandante —Clínica Jurídica de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú— que expone que la regulación tenía el efecto de descalificar de la pensión de invalidez a prácticamente a toda persona con discapacidad puesto que su discapacidad sería considerada como una preexistencia.⁴³ Por tal razón, el juez distingue entre los conceptos de discapacidad e invalidez y ordena la adopción de un instrumento de calificación de la invalidez adaptado a la situación de discapacidad de las personas.

En resumen, las categorías de invalidez e incapacidad para el trabajo formuladas desde una perspectiva del modelo médico han partido de definiciones que asimilan la incapacidad para generar ingresos con alguna condición de discapacidad. Esto

⁴¹ Espino, “Principio-derecho a la igualdad y la pensión por invalidez en el Sistema Privado de Pensiones: ¿discapacidad es igual a preexistencia?” en *Derecho & Sociedad*, no. 51, pp. 71-87.

⁴² Perú. Ricardo Alberto Galván Gildemeister y Comité Médico de la Superintendencia De Banca y Seguros y otros, sentencia del Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional, 18 de mayo de 2021.

⁴³ *Ibidem*.

responde a la concepción de que las personas con discapacidad no podían ser incluidas en el mercado laboral; se partía de su necesidad de protección en términos económicos y no precisamente en la provisión de apoyos.⁴⁴ La interpretación de estas figuras a la luz del enfoque de derechos debe conducir en primer lugar, a entender que la discapacidad no significa automáticamente “incapacidad” o “invalidez” para generar ingresos. Es necesario reafirmar que las personas con discapacidad, incluyendo a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, pueden ser incluidas laboralmente; el primer paso será asegurar su efectiva inserción es adaptar los entornos laborales y sociales y proveer ajustes para tal fin.⁴⁵

Finalmente, resulta necesaria una evaluación de estas categorías de forma programática, lo que implica apartarse de los enfoques de “incapacidad para trabajar”. La necesidad de acreditarse como “incapaces de trabajar” para acceder a programas contributivos y no contributivos vulnera el derecho al trabajo estipulado en el artículo 27 de la CDPD. Adicionalmente, estas calificaciones y el sistema que se sostiene, se convierten en barreras y desincentivos para acceder a oportunidades de empleo o permanecer en este.⁴⁶ Tal como se afirma en la Declaración Conjunta “Hacia sistemas de protección social inclusivos apoyando la participación plena y efectiva de personas con discapacidad”:

Es necesario avanzar hacia un nuevo enfoque que reconozca las capacidades de todas las personas con discapacidad y aborde las barreras que enfrentan en el mercado laboral. Este enfoque deberá promover una combinación adecuada y flexible de seguridad en el ingreso y apoyo relacionado con la discapacidad para promover el empoderamiento económico.⁴⁷

2. El costo adicional de vivir con discapacidad

A lo largo de su vida, las personas con discapacidad se enfrentan a diversas barreras físicas, comunicacionales, actitudinales, que amplían la brecha en el acceso a

⁴⁴ OIT e IDA, *Óp. Cit.*, p. 6.

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ibidem.*

servicios y el ejercicio de sus derechos. Superar las barreras impuestas por las sociedades construidas y asentadas sobre la base de la homogeneidad, es una tarea que le ha sido trasladada casi de forma exclusiva a las personas con discapacidad, para que las afronten de forma individual. Ello se aprecia en la configuración de los sistemas de protección social que, históricamente han carecido de una perspectiva de discapacidad. Las medidas de protección social, por lo general, han abordado la “imposibilidad de trabajar” mas no la consideración de los gastos que genera sortear barreras sociales.

La ausencia de esta perspectiva se pone de manifiesto, con la utilización de criterios concentrados en la superación de ingresos para medir la pobreza y con ello, la elegibilidad de todos los solicitantes. Estas formas estándares de medición invisibilizan las necesidades reales de las personas con discapacidad; omitiendo los gastos en los que a menudo incurren —por ejemplo, transporte adicional, costos médicos y de rehabilitación, compra de dispositivos de asistencia—, tienden a tener mayores necesidades de gasto que las personas sin discapacidad.⁴⁸

Al respecto, Martínez advierte que las personas con discapacidad experimentan particularmente dos desventajas. La primera versa sobre la obtención de ingresos, las personas con discapacidad encuentran dificultades en la búsqueda de un empleo sostenido en el tiempo que les garantice una remuneración acorde al mercado. La segunda desventaja, denominada desventaja en el intercambio, se refiere a aquellos costos extraordinarios que tienen los miembros de este colectivo como necesidad de su discapacidad.⁴⁹

Por su parte, el Informe de la ex-Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, refiere los diferentes y elevados gastos en los que incurre el colectivo de personas con discapacidad. Estos gastos repercuten no solo en la calidad de vida de las personas con discapacidad, sino también en la vida de su

⁴⁸ Banks, *Óp. Cit.*, p. 3.

⁴⁹ Martínez, “Pobreza, discapacidad y derechos humanos,” en *Revista Española de Discapacidad*, p. 32. Disponible en <http://dx.doi.org/10.5569/2340-5104.01.01.01>

entorno familiar; por ejemplo, la presencia de un miembro con discapacidad puede originar que algún familiar abandone sus actividades labores para asumir un rol de cuidado o asistencia personal.⁵⁰ En esa misma línea, el informe describe que estos gastos están relacionados directamente a la condición de discapacidad y otros gastos corrientes que les resultan más onerosos a las personas con discapacidad:

Por un lado, algunos de estos bienes y servicios están totalmente relacionados con la discapacidad, como las ayudas para la movilidad, los dispositivos y las tecnologías de apoyo adaptados y apropiados (incluidos los sistemas de información y comunicaciones), y diversas formas de asistencia humana o animal e intermedios (por ejemplo, servicios de asistencia personal y animales de asistencia). Sin embargo, los sistemas nacionales de protección social no ofrecen ni cubren muchos de estos bienes y servicios. Por otro lado, las personas con discapacidad a veces pagan precios más elevados por acceder a los mismos bienes y servicios que las demás personas (por ejemplo, seguros médicos y de vida privados, si están disponibles) y consumen mayores cantidades de determinados bienes y servicios no especializados, incurriendo en un gasto adicional considerable, por ejemplo, en alimentos, calefacción, cuidado personal, lavandería, teléfono y servicios de Internet.⁵¹

Los costos adicionales de vivir con discapacidad y de las barreras a las cuales se tienen que enfrentar tanto la persona con discapacidad como su entorno familiar, derivan de la falta de políticas de inclusión social para los miembros de este colectivo. Parte de estos gastos adicionales se encuentran estrechamente vinculados con la falta de accesibilidad y adaptaciones del entorno a la que se encuentran expuestas los miembros de este colectivo, como es el caso del transporte público o la provisión de dispositivos de apoyo. Existen algunos enfoques con el objetivo de calcular estos costos extra que permitan adoptar una política pública más comprensiva, estos se pueden resumir en el siguiente cuadro:⁵²

⁵⁰ Devandas, *Óp. Cit.*, párr. 29.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Mont, Daniel, “Measuring Cost of Disability” *Center for Inclusive Policy*, disponible en <https://inclusive-policy.org/disabilitycosts/measuring-cost-of-disability-2/> (Consultado: 24 de julio de 2021).

Cuadro Núm. 3

ENFOQUES	ALCANCES	RESTRICCIONES
El enfoque de bienes y servicios	Mide directamente el dinero extra gastado debido a una discapacidad a través de entrevistas a profundidad.	Los gastos extra no son fácilmente registrados ni identificados (ejem. el costo de las movilizaciones extra). Solo se considera lo que se gasta, no lo que efectivamente se necesita.
El enfoque de bienes y servicios requeridos	Intenta identificar qué bienes y servicios adicionales necesita una persona con discapacidad para igualar sus oportunidades con las personas sin discapacidad a través de entrevistas a profundidad.	Valorización de bienes o servicios que no están disponibles; por otro lado, determinar los bienes y servicios que son necesarios cuando las personas entrevistadas no son conscientes de estas necesidades.
Enfoque del estándar de vida	Se parte del supuesto de que los hogares con algún miembro con discapacitados que comparten los mismos atributos (región de residencia, nivel de educación, tamaño del hogar, etc.), ahorrarán y acumularán recursos al mismo nivel una vez que se tengan en cuenta sus necesidades. Por lo tanto, si se comparan estadísticamente hogares con y sin miembros con discapacidad, entonces la diferencia de recursos debe estar relacionada a los costos extra en los que incurren debido a la discapacidad.	No se genera evidencia sobre lo que se necesita, únicamente sobre los gastos.

Elaboración propia con los datos obtenidos del blog “Measuring Costs of Disability” de Center for Inclusive Policy, 2021.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de un amparo iniciado por una persona que no calificó para un apoyo alimentario por percibir ingresos mayores al requerido para su calificación ha referido:

Entonces, al establecer el ingreso como el requisito único para ingresar a los mencionados programas sociales, sin la posibilidad siquiera de comparar dicho ingreso con los gastos adicionales en que tienen que incurrir las personas con discapacidad para poder lograr contar con un “nivel de vida” equivalente a las personas sin discapacidad, se concluye que los Programas de Desarrollo Humano Oportunidades y de Apoyo Alimentario, generan un trato desigual para las personas y hogares que tienen que afrontar los costos de la discapacidad, lo cual viola el derecho humano a la igualdad.⁵³

Las personas con discapacidad incurren en una serie de gastos directa e indirectamente relacionados a su condición. Por lo general, la valoración de estos gastos no está presente en los mecanismos tradicionales de medición de la pobreza y tampoco en las prestaciones del sistema de seguridad social. Bajo estos parámetros, una familia con un miembro con discapacidad podría no ser considerada como hogar pobre, se ha omitido totalmente de la valoración clásica el impacto de la discapacidad en su canasta de gastos. De esta forma, se producen afecciones económicas en la calidad de vida y el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; por tal razón, es importante que el diseño de las diferentes prestaciones considere los costos extra en los que incurre el colectivo y la importancia que su cobertura tiene para asegurar efectiva inclusión social.

V. Hacia un sistema de protección social inclusiva

Las personas con discapacidad a menudo son el objetivo explícito o implícito de los programas de protección social. Sin embargo, se tiene poca información sobre la idoneidad de los programas de protección social existentes en cuanto a la inclusión de personas con discapacidad o evidencia específica sobre los impac-

⁵³ SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión, 8314/2019, 23 de septiembre de 2020.

tos financieros y no financieros en las vidas de los beneficiarios con discapacidad.⁵⁴ Es obligación de los Estados, adoptar medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de los mandatos específicos en materia de seguridad social que deben comprender la legislación, políticas públicas y otras estrategias.⁵⁵

En ese sentido, el Informe de la ex-Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad indica que, para lograr la universalización y la inclusión, la protección social deberá tener dos particularidades. Por un lado, deberá ser lo más general posible, puesto que por medio de esta se respalda el acceso de los miembros del colectivo a prestaciones y servicios generales en igualdad de condición; y, por otro lado, deberá ser específica, puesto que les proporcionan formas de asistencia ya sea humana, animal o tecnológica.⁵⁶

Los gobiernos suelen implementar medidas de asistencia directa que se combinan por lo general con un sistema de pensiones. Al respecto, el Informe Mundial sobre la Protección Social menciona que las prestaciones en materia de discapacidad deben contemplar en su diseño, mecanismos que permitan a las personas con discapacidad participar activamente en diferentes áreas de la vida como la educación, el empleo y en sociedad, en general. Para ello, será necesario que tanto las prestaciones monetarias como aquellas en especie aseguren cobertura para los costos relacionados con la discapacidad y propicien la participación de este grupo en el empleo asalariado.⁵⁷

A continuación, se hará referencia a las prestaciones más comunes en el contexto de la discapacidad, con el fin de identificar sus principales alcances y la problemática más recurrente en la administración de estas medidas. Por un lado, los requisitos exigidos, en algunas ocasiones, omiten las situaciones específicas y las barreras que experimentan las personas con discapacidad; en otras oportunidades, el acceso a estas prestaciones puede imposibilitar el acceso al trabajo o la participación de programas específicos, lo que afecta el proceso de inclusión de las personas con discapacidad en sociedad.

⁵⁴ Banks, *Óp. Cit.*, p. 1.

⁵⁵ Comité de derechos económicos, sociales y culturales, Observación General Núm. 19. El derecho a la seguridad social, Art. 9, 2007. párrs. 67-68.

⁵⁶ *Cf.*, Devandas, *Óp. Cit.*

⁵⁷ Departamento de Protección Social de la OIT, *Óp. Cit.*, p. 73.

1. Pensiones no contributivas

Las pensiones no contributivas se han planteado como medidas idóneas para atender a las personas con discapacidad, particularmente a aquellas con necesidades más intensas de apoyo. Si bien estas pensiones se han concebido tradicionalmente como medidas importantes para garantizar la cobertura de necesidades básicas de personas “incapacitadas para el trabajo”; a partir del paradigma de derechos humanos, el objetivo de estas estará orientado a dotar de autonomía económica, promover la participación activa de las personas con discapacidad en el mercado laboral y lograr igualdad en su interrelación con el resto de la sociedad y su inclusión social.⁵⁸

Los regímenes contributivos fueron el modelo por excelencia destinado a cubrir contingencias que se han ido combinando con prestaciones no contributivas sujetas a algunos requisitos como la comprobación de los recursos y de manera menos frecuente la cobertura a través de regímenes universales.⁵⁹ Los regímenes no contributivos tienen una especial importancia por dos razones en particular; la primera es que aborda la situación de exclusión histórica de las personas con discapacidad de la economía formal que les ha impedido ser parte de regímenes contributivos y se constituye en un soporte para algunos grupos del colectivo; por ejemplo, los niños, pueden tener dificultades para cubrir las necesidades específicas relacionadas con la discapacidad.⁶⁰

Por otro lado, estas prestaciones permiten cubrir los costos adicionales asociados a la discapacidad. Como señala Devandas, los Estados no han calculado que los costos extras pueden ascender a casi el 50% de ingresos que percibe una persona.⁶¹ Asimismo, los gastos en una persona de edad con discapacidad son el 65% superior a los ingresos totales que percibe por semana. Por lo que se recomienda una evaluación detallada del diseño de sus sistemas de protección social, tomando en

⁵⁸ *Idem*, pp. 75-79.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Departamento de Protección Social de la OIT, *Óp. Cit.*, p. 75.

⁶¹ *Cf.*, Devandas, *Óp. Cit.*, párr. 31.

cuenta las necesidades y haciendo énfasis en los regímenes contributivos y no contributivos; y el equilibrio que debe de existir entre los programas de carácter general y específico.⁶²

En el caso mexicano, la Secretaría de Bienestar ha implementado el programa Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad, a través de la cual se busca brindar apoyo económico a todas las personas con discapacidad hasta los 29 años; a mayores de 30 años que vivan en municipios integrantes de pueblos indígenas del país y aquellos hasta los que viven en zonas urbanas con altos índices de marginación, pobreza e incidencia delictiva.⁶³ Esta se otorga de forma bimestral en una suma que asciende a \$2,700 pesos mexicanos y se entrega ante la comprobación de la condición y la existencia de otras circunstancias de vulnerabilidad.

Desde la literatura especializada, se recomienda que los programas no contributivos apunten a la universalidad de modo que contribuyan a las personas con discapacidad a sufragar los gastos extra en los que incurren y convertirse en vehículos para abandonar la pobreza e insertarse oportunamente en el mercado laboral. Para lograr tal fin, es necesario que el diseño de estas medidas incorpore adecuadamente la perspectiva de derechos; de esta forma, la percepción de estos beneficios no debe impedir a las personas con discapacidad acceder al trabajo o recibir alguna otra renta; en ese sentido, que contribuyan a cubrir los costos extra asociados a su condición.

2. Pensiones de orfandad

En diferentes países, las pensiones de orfandad se han dispuesto para proteger a la familia de los asegurados ante el deceso del asegurado, en la mayoría de los casos, estas han dispuesto alcanzar a los hijos o hijas con discapacidad bajo el supuesto —propio de una visión médica— que estos estaban incapacitados de participar en el mercado laboral. De acuerdo al artículo 134 de la Ley del Seguro

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Secretaría de Bienestar del Gobierno de México, Pensión para personas con discapacidad. Disponible en: <https://www.gob.mx/pensionpersonascondiscapacidad> (Consultado el 5 de julio de 2021).

Social, tendrán derecho a recibir pensión de orfandad cada uno de los hijos menores de dieciséis años de un asegurado, esta podrá prorrogarse en el caso de huérfanos mayores de dieciséis años que, entre otras circunstancias, no puedan mantenerse por su propio trabajo, debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, en tanto no desaparezca la incapacidad que padece.⁶⁴

Para acceder a esta prestación, los potenciales beneficiarios deberán presentar un dictamen de incapacidad que les permita acreditar una enfermedad crónica o discapacidad por deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que no le permitan mantenerse por su propio trabajo.⁶⁵ Tal como se deduce de la lectura del texto, la calificación para el beneficio de esta pensión está sujeta a la comprobación de una deficiencia asociada a la discapacidad y la imposibilidad de permanecer empleado. Estas prestaciones adquieren una particular importancia porque están vinculadas a prestaciones de salud y se proporcionan de forma permanente.

Es importante mencionar que las evaluaciones no deben responder a una lógica exclusiva del modelo médico; en segundo lugar, el acceso a estas pensiones no debe erigirse como una barrera para que las personas con discapacidad puedan acceder al trabajo. Puede asumirse como una incompatibilidad que una persona con discapacidad calificada como “incapaz para mantenerse en un trabajo” y por tanto beneficiaria de una pensión de orfandad, pueda trabajar. No obstante, una interpretación cerrada de estas categorías condenaría a las personas con discapacidad a percibir un monto de dinero que, si bien ayudaría en su manutención, las privaría de ejercer otros derechos como el trabajo; cuya importancia no radica únicamente en la retribución económica sino también en su rol para promover la inserción social.

3. Aseguramiento de la salud

Las políticas de seguridad social toman como principios rectores sobre los que se fundan la universalidad y la solidaridad; los cuales se pueden ver representados

⁶⁴ Ley de Seguridad Social, art. 134.

⁶⁵ Dictamen de incapacidad para beneficiario(a) hijo(a) en el IMSS, disponible en <http://www.imss.gob.mx/tramites/imss03010> (Consultado el 7 de julio de 2021)

mediante su planteamiento de aseguramiento. En palabras de Sojo, el aseguramiento es “el conjunto de transacciones mediante las cuales el pago de un monto determinado permite recibir otro pago de ocurrir otro evento”.⁶⁶ Por su parte, Mejía y Franco, sostienen que debido a esa peculiaridad del aseguramiento solo cubre ciertos riesgos propios de la vida de las personas, por lo que se limitan a abordar ciertos riesgos económicos y enfermedades, sin garantizar los derechos sociales.⁶⁷

Al respecto, la Observación General Núm. 14 señala como una de las características de accesibilidad del derecho a la salud, la accesibilidad económica, por medio de la cual el Estado tiene la obligación de contar con servicios, bienes, establecimientos y programas de salud de carácter público o privado que se encuentren al alcance de todos, en cumplimiento del principio de equidad⁶⁸ y del derecho de igualdad. Estos se pueden ver expresados en los mecanismos contributivos y los no contributivos, los cuales fueron abordados en los párrafos precedentes.

Las personas con discapacidad enfrentan múltiples barreras en el acceso a servicios de salud e incluso el aseguramiento en salud. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre la admisibilidad del proceso de amparo contra la negativa de una empresa aseguradora de emitir una póliza de seguros de gastos médicos mayores para un menor recién nacido con Síndrome de Down. En este sentido indica:

La Primera Sala advirtió que las compañías aseguradoras actúan en ejercicio de una autorización especial conferida por el Estado, donde uno de los bienes jurídicos protegidos mediante la celebración de los contratos de seguro de gastos médicos mayores es la salud de las personas y, en ese sentido, las actividades que realizan guardan relación con las obligaciones del Estado de garantizar el derecho a la salud sin discriminación por razón de alguna discapacidad [...].⁶⁹

⁶⁶ Cf., Sojo, *Vulnerabilidad social, aseguramiento y diversificación de riesgos en América Latina y el Caribe*.

⁶⁷ Cf., Mejía-Ortega, L y Franco-Giraldo, A. *Protección Social y Modelos de Desarrollo en América Latina*. Revista de Salud Pública. N°. 9.

⁶⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *et al*, *Óp. Cit.*, p. 5.

⁶⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Recurso de Queja 40/2020 del 10 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=272863> (consultado el 05 de julio del 2021)

Para Montesinos, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación marcó un precedente al recordar a las empresas aseguradoras que la discriminación está prohibida en México; y que por el contrario su andamiaje jurídico nacional se encuentra compuesta por normas que favorecen la inclusión, tales como La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.⁷⁰

El acceso a prestaciones de salud, incluida la rehabilitación, pese a su imperante necesidad han estado severamente limitadas para el colectivo de personas con discapacidad. Por un lado, es necesario garantizar su acceso al sistema de salud, removiendo las barreras que restrinjan su efectivo disfrute; para ello será necesario asegurar que no se les deniegue el acceso a seguros privados que suelen dejar fuera a quienes tengan condiciones calificadas como preexistentes o incurrir en el cobro de primas mayores. Por otro lado, los sistemas de salud deben asegurar rehabilitación y dispositivos de asistencia, apuntando, de esta forma, a un sistema de cobertura universal.

VI. Pisos de protección social

Los Pisos de Protección Social —en adelante, PPS— tienen su origen en la crisis económica del año 2008; circunstancia que motivó a la OIT a emitir la Recomendación Núm. 202. Esta tiene como propósito ampliar la seguridad social mediante estrategias que resguarden cada vez la protección de más personas, de conformidad con el andamiaje jurídico nacional propio de cada país.⁷¹ Por PPS se entiende aquel conjunto de garantías que aseguran la protección social o seguridad social, deben ser previamente definidos por un Estado y tendrán un efecto irradiador a nivel nacional. En ese sentido, su objetivo principal será evitar y combatir la exclusión social, la vulnerabilidad y la pobreza.⁷² Asimismo, se busca que estas

⁷⁰ Montesinos, “Discapacidad no significa enfermedad: no es razón para negar un seguro médico”. Disponible en: <https://www.yotambien.mx/actualidad/discapacidad-no-significa-enfermedad-no-es-razon-para-negar-un-seguro-medico/> (consultado el 05 de julio del 2021).

⁷¹ Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Recomendación 202 sobre los Pisos de Protección Social, párr. 13.1. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524 (consultado el 01 de julio del 2021).

⁷² *Ibidem*.

garantías tengan vigencia vitalicia, para que de esta manera las personas que lo necesiten disfruten de acceso universal a la seguridad social, a la atención de salud esencial y a la seguridad de ingreso.⁷³

Los PPS basados en el enfoque de derechos humanos se han convertido en uno de los presupuestos esenciales que dotan de garantías mínimas de seguridad social, como: acceso a los servicios e ingresos esenciales para todos. Por ello, el contribuir a la creación de PPS orientados a concretar los derechos de las personas con discapacidad, en palabras de la OIT, “constituyen una labor de relevancia por medio de la cual se fomenta el bienestar universal de la población, se rompe el ciclo vicioso de la pobreza y desigualdad; y se asegura la consistencia social”.⁷⁴

Combatir la vulnerabilidad, la pobreza y la exclusión social, requiere de una serie de mecanismos que puedan proveer de bienes y servicios para así asegurar la seguridad básica del ingreso para las personas en edad avanzada, seguridad básica del ingreso para los niños y de personas en edad activa que no pueden obtener ingresos suficientes, entre otros. La OIT ha establecido cuatro niveles indispensables:⁷⁵

1. Acceso a la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad;
2. Seguridad básica del ingreso para los niños, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios;
3. seguridad básica del ingreso para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez; y
4. seguridad básica del ingreso para los adultos mayores.

La apuesta de estos organismos por el establecimiento e implementación de pisos de protección social está enfocada en el aseguramiento progresivo de la seguridad

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Oficina Internacional del Trabajo (OIT), “Pisos de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva, p. 109. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_176521.pdf (consultado el 29 de junio del 2021).

⁷⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Óp. Cit.*, p. 11.

social, la promoción de la igualdad y dotar de herramientas a aquellas personas que se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad: las personas con discapacidad, niños, personas adultas, entre otros.

VII. Conclusiones

El derecho a la seguridad social o protección social es un derecho reconocido por diversos instrumentos internacionales y nacionales, posee un carácter redistributivo dado que tiene como objetivo mitigar la pobreza, cerrar las brechas de exclusión social y la discriminación a las personas con discapacidad. Para ello, es obligación del Estado garantizar un conjunto de políticas diseñadas en clave de igualdad y en concordancia con el paradigma de derechos humanos de la CDPD. De esta forma, se permite a los miembros de este colectivo acceder a un conjunto de diferentes seguros o prestaciones sociales que faciliten su inclusión como miembros de la comunidad.

El paradigma de derechos humanos contenido en la CDPD ha cambiado la visión sobre el derecho a la seguridad social, incluyendo lo relacionado con las categorías de incapacidad y la invalidez. En principio, estas nociones que se adhieren a un lenguaje propio de un modelo médico han sido asimiladas erróneamente a condiciones de discapacidad. Ello ha significado que se asuma que las personas con discapacidad eran incapaces de ser insertadas en alguna actividad laboral. A partir del cambio de paradigma de la CDPD, se recupera la visión de las personas con discapacidad pueden desempeñarse en el mercado laboral, para lo cual deberán implementarse ajustes en el entorno laboral.

Entre las barreras que experimentan las personas con discapacidad para hacer efectivo su derecho a la seguridad social, se ubican los costos adicionales de vivir con discapacidad. Las personas con discapacidad incurren de forma permanente en gastos extra asociados a la discapacidad que las pueden posicionar, tanto a ellas como a su familia, en una situación de nivel bajo de vida o de pobreza. Ello se debe en gran parte a la falta de políticas de inclusión social y la existencia de múltiples barreras, cuya superación exige la erogación de recursos propios por parte de este colectivo, limitando el acceso a otros servicios o el ejercicio de otros derechos.

Para atender la situación particular que enfrentan las personas con discapacidad, los gobiernos han diseñado programas de seguridad social con diferentes alcances y sostenidos a través de dos principales formas de financiamiento: los mecanismos contributivos, en los cuales participan aquellas personas que reciben salarios; y los mecanismos no contributivos, por medio de los cuales se atienden los casos de personas que se encuentran en situación de pobreza o vulnerabilidad. Es necesario que los gobiernos incluyan a las personas con discapacidad en los programas generales y a la vez implementen programas específicos que tengan en cuenta los costos asociados a la discapacidad y las múltiples barreras que enfrenta el colectivo para participar en igualdad de condiciones en la sociedad.

Los programas generales y aquellos específicos como las pensiones no contributivas deben implementarse desde un enfoque de la discapacidad desde los derechos humanos; de forma que no reproduzcan el estigma propio del modelo médico y que el acceso a diferentes prestaciones no se convierta en una barrera para este grupo social en el disfrute de otros derechos como el de la participación y el trabajo. Los condicionamientos de un beneficio que obliguen a las personas con discapacidad de perseguir otras oportunidades laborales desdican el objetivo esencial de la protección social como plataforma para abandonar la pobreza y propiciar inclusión social.

Finalmente, los Pisos de Protección Social son un presupuesto esencial que los gobiernos deben implementar para dotar de garantías mínimas de seguridad social a las personas, incluidas aquellas en situación de vulnerabilidad como las personas con discapacidad. Por ello su labor es relevante al fomentar el bienestar universal, mitigar la pobreza y promover la igualdad.

Bibliografía

Libros

Abramovich, Víctor, y Christian Courtis. “Apuntes Sobre La Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales.” en *La Protección Judicial de Los Derechos Sociales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Gargarella, Roberto. *Teoría y crítica del Derecho constitucional*, Abelardo Perrot, 2010.

Palacios Rizzo, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca, 2014.

Prieto Sanchís, Luis. “Los Derechos Sociales y El Principio de Igualdad Sustancial.” In *Igualdad y No Discriminación, El Reto de La Diversidad*. V&M Gráficas, 2010.

Sojo, Ana. *Vulnerabilidad social, aseguramiento y diversificación de riesgos en América Latina y el Caribe*. CEPAL, 2003.

Revistas

Banks, Lena Morgon, Rachel Mearkle, Islay Mactaggart, Matthew Walsham, Hannah Kuper, and Karl Blanchet. “Disability and Social Protection Programmes in Low- and Middle-Income Countries: A Systematic Review.” *Oxford Development Studies* 45, Núm. 3, Julio 3, 2017: pp. 223–39.

Bregaglio-Lazarte, Renata; Constantino-Caycho, Renato; Galicia-Vidal, Saulo y Erick Beyá González. “Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez?” *Derecho PUCP*, no. 77, Noviembre 14, 2016. pp. 291-321.

Gooding, Kate, and Anna Marriot. “Including Persons with Disabilities in Social Cash Transfer Programmes en Developing Countries.” *Journal of International Development* 21, Núm. 5, 2009. pp. 685-98. <https://doi.org/10.1002/jid.1597>.

Espino-Layza, María Alejandra. “Principio-derecho a la igualdad y la pensión por invalidez en el Sistema Privado de Pensiones: ¿discapacidad es igual a preexistencia?” *Derecho & Sociedad*, Núm. 51 pp. 71-87, 2018

Martínez, Beatriz. “Pobreza, discapacidad y derechos humanos,” en Revista Española de Discapacidad, 1, 2013, pp. 9-32. <http://dx.doi.org/10.5569/2340-5104.01.01.01>

Mejía-Ortega, L y Franco-Giraldo, A. *Protección Social y Modelos de Desarrollo en América Latina*. Revista de Salud Pública. Núm. 9, 2007.

Legislación

Comisión Nacional de Derechos Humanos. Derechos Humanos a la Seguridad Social. 1ra. ed. México, Ciudad de México, pp. 5-6.

Comité de derechos económicos, sociales y culturales Observación General Núm. 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9). Suiza, Ginebra, 2007.

Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Observación General Núm. 14, 2000.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Devandas, Catalina, *Informe de la Relatora Especial sobre Derechos de las Personas con Discapacidad a la protección social*, A/70/297, 2015.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. “El Estado Mundial de La Agricultura y La Alimentación, La Protección Social y La Agricultura: Romper El Ciclo de La Pobreza Rural,” 2015.

Organización Internacional del Trabajo. “Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019 – La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible,” 2015, p. 497.

Organización Internacional del Trabajo. “Pisos de Protección Social para una Globalización Equitativa e Inclusiva.”, Informe del Grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet, convocado por la OIT con la colaboración de la OMS. Suiza. Ginebra, 2011.

Organización Internacional del Trabajo & International Disability Alliance “Joint Statement “Towards inclusive social protection systems supporting the full and effective participation of persons with disabilities, 2019. SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión, 8314/2019, 23 de septiembre de 2020.

Otros

Campos-Bernal, Joel. “¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del Derecho,” PUCP - CICAJ, 2013.

Mitra, Sophie; Posarac, Aleksandra; Vick, Brandon. 2011. Disability and Poverty in Developing Countries: A Snapshot from the World Health Survey. Social Protection Discussion Paper; 1109. World Bank, Washington, DC. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/27369>

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Diciembre de 2021.

