

Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global

Challenges and improvements in the rights of persons with disabilities: A global perspective

María Soledad Cisternas Reyes

Presidenta del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas

Abogada. Licenciada en Derecho con distinción máxima, y Magíster en Ciencia Política. Profesora de Derecho e investigadora. Directora de distintos proyectos, entre los que se incluye capacitación a diversos actores estatales y grupos de la sociedad civil, y autora de diversas publicaciones. Entre los roles que ha desempeñado para las Naciones Unidas se destacan: Presidencia de un órgano de tratado, Relatora para denuncias individuales / Protocolo Facultativo CDPD, experta ante el Comité Ad hoc que elaboró la CDPD, integrante de diversos grupos de trabajo, invitada por UNICEF, UNESCO y OMS en distintas actividades, discurso ante la Asamblea General del High Level Meeting on Disability and Development año 2013, variadas presentaciones públicas, conferencias de prensa, organización de side event, entre otras. Entre los premios recibidos se encuentran: Premio Nacional de Derechos Humanos 2014, Estrella La Esperanza Latinoamericana, Premio por la Igualdad y No Discriminación de México, distinciones de la Cámara de Diputados y del Senado de Chile, y Elena Caffarena en el Día Internacional de la Mujer. soledad.cisternas@gmail.com

RESUMEN

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, consagrando el modelo de derechos humanos para este sector de la población. La Convención se estructura sobre dos columnas principales: la igualdad y no discriminación, y los derechos diversificados para este colectivo. Este instrumento plantea diversas innovaciones jurídicas, entre las que podemos destacar la accesibilidad, la rehabilitación, el derecho a la vida independiente, y a ser incluido en la comunidad, aspectos que mueven a la exploración de su naturaleza. Además de estos principios, se analizará la labor del órgano de tratado, el Comité de Expertos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el que monitorea mediante el examen de denuncias individuales, además el Comité ha adoptado Observaciones Generales en álgidas temáticas como el igual reconocimiento como persona ante la ley y la accesibilidad. Finalmente, esta monografía efectúa el nexo entre los derechos humanos de las personas con discapacidad y los Objetivos de Desarrollo Sostenible para la Agenda Post 2015, lo que ha movido el debate contemporáneo en el ámbito de Naciones Unidas.

Palabras clave: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – discapacidad, derechos humanos – órganos de tratados – desafíos.

ABSTRACT

The United Nations Convention on the Rights of the Persons with Disabilities is the first human rights treaty of the 21st century, which established the human rights model for this part of the population. The Convention is structured around two main pillars: equality and non discrimination, and diversified rights for this group. This Convention raises a number of legal innovations among which we highlight the accessibility, rehabilitation, the right to independent living, and the right to inclusion in the community, aspects that invite to explore its nature. In addition to these principles, the work of the treaty body, the Committee of Experts of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, will be analyzed. The Committee has competence to examine individual complaints, and has adopted General Comments on critical issues such as equal recognition before the law and accessibility. Finally, this paper studies the link between the human rights of people with disabilities and the Sustainable Development Goals for the Post-2015 Development Agenda, which has predominated the contemporary debate within the United Nations.

Key words: Convention on the Rights of Persons with Disabilities – disability – human rights – treaty bodies – challenges.

Presentación

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD), primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, consagra el modelo de derechos humanos para este sector de la población, conceptualizando al sujeto de derecho desde una perspectiva amplia basada en elementos aportados por el modelo social que se desarrolló a partir de la década de los 80. De este modo, la discapacidad será el resultado de la interacción con barreras que experimenta una persona que presenta deficiencias físicas, sensoriales, intelectuales o mentales (psicosociales), produciendo un impacto específico en su participación plena y efectiva en la sociedad.

La Convención se estructura sobre dos columnas principales: la igualdad y no discriminación y los derechos diversificados para este colectivo.

Cabe hacer notar que la infraprotección experimentada por las personas con discapacidad, aun con la vigencia de otros tratados de derechos humanos anteriores, hizo necesaria la expresión diversificada de los derechos reconocidos en estos instrumentos desde el nuevo paradigma de derechos humanos para las personas con discapacidad. No obstante, la Convención plantea diversas innovaciones jurídicas, entre las que podemos destacar la accesibilidad, la rehabilitación y el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad, aspectos que mueven a la exploración de su naturaleza.

Por su parte, el Comité de Expertos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un órgano de tratado que tiene como función principal la revisión de los informes de los Estados Partes, mediante un proceso amplio y regulado que concluye en Observaciones Finales que contienen recomendaciones de implementación.

Del mismo modo, este órgano de tratado monitorea por medio del examen de denuncias individuales y el análisis de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, que conozca de conformidad al Protocolo Facultativo de la Convención.

El Comité realiza otras funciones complementarias de monitoreo, como es la interpretación que realiza mediante Observaciones Generales, que se basan en la detección de temáticas altamente relevantes de acuerdo con el diagnóstico inicial extraído desde la jurisprudencia del mismo órgano. Es así como el Comité ha adoptado Observaciones Generales en álgidas temáticas como el igual reconocimiento como persona ante la ley y accesibilidad, que son analizadas intensamente en los distintos Estados Partes, por la sociedad civil y otros interesados.

Finalmente, esta monografía efectúa el nexo entre los derechos humanos de las personas con discapacidad y los Objetivos de Desarrollo Sostenible para la Agenda Post 2015, lo que ha movido el debate contemporáneo en el ámbito de Naciones Unidas.

1. Introducción

Según estimaciones de la Organización Mundial de la Salud, alrededor de 15% de la población en el mundo presenta una o más formas de discapacidad, equivalentes a más de mil millones de personas en el orbe¹. En América Latina y el Caribe se ha señalado que 66 millones de personas forman parte de este colectivo².

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Informe Mundial sobre la Discapacidad. Año 2011. [en línea] <http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/accessible_es.pdf>, p.4. [consulta: 08 de diciembre 2014].

² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de prensa, de fecha 2 de diciembre de 2014 [en línea] OEA 2014. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2014/145.asp>> [consulta: 7 de diciembre de 2014].

En la década de los 80 se aprecia un decidido impulso para considerar a las personas con discapacidad desde una perspectiva de carácter social, dejando atrás el modelo de beneficencia o caridad y el modelo médico.

El modelo social releva el carácter multidimensional de las personas con discapacidad, como cualquier otro individuo, siendo titulares de participación en la sociedad. El empoderamiento de este sector de la población es fundamental para el progreso de su condición jurídica y lograr el disfrute de una vida plena.

En otras palabras, la discapacidad será el resultado de la interacción con barreras que experimenta una persona que presenta deficiencia, lo que produce un impacto específico en su participación plena y efectiva en la sociedad.

La deficiencia puede ser de carácter físico, sensorial³, intelectual o mental⁴.

La interacción con barreras coloca al Estado y a la sociedad en la necesidad de remover obstáculos y de crear condiciones que faciliten la participación plena y efectiva en la sociedad. Esta última se traducirá en el goce y ejercicio de derechos humanos y libertades fundamentales.

Desde esta mirada sociológica, en 1993 se proclamaron las “Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas”⁵. Desde allí se dieron decididos pasos para la consagración de un modelo de derechos humanos de las personas con discapacidad. De este modo, un impulso decisivo se produjo en la Conferencia contra el racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación⁶, que impulsó la creación de un Comité *ad hoc* de Naciones Unidas para elaborar una Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷. La elaboración de este tratado en derechos humanos marcó un antes y un después en la negociación de pactos internacionales, por la significativa participación que tuvo la sociedad civil en todos los momentos de la elaboración normativa. Esto se tradujo en la incidencia decisiva de las organizaciones de la sociedad civil de personas con discapacidad, en las delegaciones de los Estados Partes y en el Caucus sobre discapacidad, desde el cual se consolidó una alianza internacional que ha crecido cada día más y que funciona hasta la fecha⁸.

La negociación interdisciplinaria e intersectorial definió como ejes del tratado la igualdad y no discriminación como también la mirada diversificada de los derechos. En este contexto se aprobó

³ Sensorial: ceguera, baja visión, sordera, baja audición, sordo-ceguera y baja visión-baja audición.

⁴ La Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría, organización a nivel mundial que se ocupa de la discapacidad mental desde la perspectiva de quienes presentan este tipo de deficiencia, prefiere hablar de “discapacidad psicosocial”. Link: <<http://www.wnusp.net/>> [consulta: 11 de febrero de 2015].

⁵ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Resolución aprobada por la Asamblea General 48/96 [en línea] <<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498>> [consulta: 7 de diciembre de 2014].

⁶ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Durban, Sudáfrica, año 2001 [en línea] <http://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf> [consulta: 7 de diciembre de 2014].

⁷ El trabajo se realizó entre 2002 y 2006 en Naciones Unidas, NY.

⁸ Integrantes del International Disability Alliance IDA: Arab Organization of Disabled People, Down Syndrome International, European Disability Forum, Inclusion International, International Federation of Hard of Hearing People, Latin American Network of Non-Governmental Organizations of Persons with Disabilities and their Families, Pacific Disability Forum, World Blind Union, World Federation of the Deaf, World Federation of the Deaf-Blind and World Network of Users and Survivors of Psychiatry.

la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹, que presenta al mundo el modelo de derechos humanos de las personas con discapacidad, siendo el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI.

Su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad inherente¹⁰.

La Convención no define a la persona con discapacidad, pero entrega una conceptualización, desde una perspectiva amplia, basándose en los elementos aportados por el modelo social¹¹. De este modo, se aprecia la discapacidad como un concepto en evolución, fluido, dinámico y no restrictivo sobre la base de enfoques que subrayan solamente la deficiencia que puede experimentar la persona. A la luz de la Convención, el entorno, constituido por factores contextuales de carácter personal y factores ambientales, se subraya como aspecto indispensable a considerar para cualificar la participación de la persona en la sociedad. Esto significa que factores contextuales negativos pueden aumentar la discapacidad de una persona que presenta deficiencia, por ejemplo, espacios físicos y transporte inaccesible, dificultades de acceso a la información, a las comunicaciones, a la tecnología, barreras actitudinales, discriminación, legislación y políticas públicas insuficientes en la transversalización de la perspectiva de la discapacidad, entre otros.

En contraste, factores contextuales positivos disminuirán la discapacidad de la persona que presenta deficiencia, por ejemplo, espacios accesibles, información y comunicación en medios, modos y formatos accesibles, legislación y políticas públicas adecuadamente transversales, entre otras.

El citado modelo de derechos humanos establece obligaciones concretas a los Estados Partes para cumplir su propósito de implementación y responsabilidades respecto del proceso de evaluación y monitoreo de dicha implementación. Al mismo tiempo, entrega diversos elementos para la función de la sociedad civil en este cometido.

2. Principios de la Convención

La Convención se desarrolla basándose en ocho principios rectores. Solo dos de ellos mencionan expresamente la situación de discapacidad: El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad¹².

El resto de los principios son de carácter universal, pero que en el caso de personas con discapacidad no se han aplicado a cabalidad e incluso muchas veces no han sido visualizados ni invocados. Por esta razón se los destaca específicamente en la esfera de las personas con discapacidad.

⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, diciembre del 2006 [en línea] <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>> [consulta: 7 de diciembre de 2014].

¹⁰ *Ibidem*, artículo 1, inciso 1.

¹¹ *Ibidem*, artículo 1, inciso 2: "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".

¹² *Ibidem*, artículo 3, letras: d y g.

El primer principio es el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas¹³. Esta mención es relevante, ya que inspira distintos artículos de la Convención, principalmente sobre igual reconocimiento como persona ante la ley y capacidad jurídica. La explicitación y su interconexión con diversos artículos del Tratado tiene el objetivo claro de eliminar conculcaciones de derechos que han experimentado personas con discapacidad al no permitirse la autonomía de ellas para decidir sobre su persona y bienes.

Desde este referente central podemos encontrar los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, participación e inclusión plena e igualdad entre el hombre y la mujer¹⁴. La construcción de la Convención llevó a la consagración de la accesibilidad como un principio que se interconecta con un artículo específico sobre esta materia y otras disposiciones vinculadas. Es preciso hacer notar que es el primer tratado de derechos humanos que aborda jurídicamente este contenido.

3. Ejes: igualdad y no discriminación/diversificación de los derechos

La Convención se estructuró basándose en dos columnas principales: igualdad y no discriminación, y diversificación de los derechos.

Como se ha dicho, la igualdad y la no discriminación están en el rango de los principios y por ello cruzan toda la mirada normativa del tratado.

Para subrayar este aspecto la norma específica enfatizó el aseguramiento que deben brindar los Estados Partes para la igualdad ante la ley y para la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. A su vez, los Estados deben prohibir toda forma de discriminación por motivo de discapacidad, garantizando protección legal contra este ilícito¹⁵.

La definición de discriminación consiste en toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables¹⁶.

Esta definición sanciona la discriminación directa e indirecta, por causa real o aparente. Incluso, puede perpetrarse en contra de personas sin discapacidad, cuando la acción u omisión discriminatoria sea “por motivo de discapacidad”. Un ejemplo de ello puede ser la vulneración de derechos que experimenta el padre o la madre de un niño o niña con discapacidad, cuando no es permitido su acceso, permanencia o progreso en un plantel educativo.

En general, la tipificación de una figura ilícita lleva asociados el propósito y el efecto discriminatorio. Sin embargo, la Convención se ha colocado en la posibilidad que exista un propósito sin que se produzca en la práctica un efecto discriminatorio. Ejemplo de esto es el caso de una persona que al postular a un trabajo no tuvo pruebas adaptadas a su deficiencia, situación que no fue acogida por quienes aplicaban las evaluaciones de selección. Como consecuencia, la persona no pudo

¹³ *Ibíd*em, artículo 3, letra a.

¹⁴ *Ibíd*em, artículo 3, letra g.

¹⁵ *Ibíd*em, artículo 9.

¹⁶ *Ibíd*em, artículo 9, inciso 1.

rendir en ese momento por la negativa del encargado. Por ello, presentó una reclamación a los superiores jerárquicos de la entidad empleadora, quienes ordenaron la aplicación de pruebas accesibles que el aspirante pudo rendir. Como se aprecia, en la práctica no se produjo el efecto discriminatorio, pero claramente existió un propósito de impedir el ejercicio de un derecho por parte del encargado de la selección.

Por otro lado, se puede producir un efecto discriminatorio, sin que exista el propósito de discriminar. Ejemplo de esto, será la falta de accesibilidad al espacio físico, al transporte, a la información o a las comunicaciones, que, sin duda, configuran maltratos estructurales, aunque no haya existido el propósito de discriminar.

La construcción jurídica de la discriminación en la CDPD incorpora un importante elemento que son los ajustes razonables, vale decir, 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 fundamentales¹⁷.

De este modo, la Convención establece como obligación de los Estados Partes la adopción de medidas pertinentes para asegurar la aplicación de ajustes razonables, factor clave para promover la igualdad y eliminar la discriminación. Por ejemplo, para un estudiante con discapacidad auditiva, podrá ser un ajuste razonable la interpretación en lengua de señas, de manera de no estar excluido del proceso educativo en el aula común.

Desde luego no se considerarán discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

La Convención, consciente de que otras variables combinadas con la discapacidad producen discriminaciones interseccionales que agravan la desigualdad, ha consignado una norma específica sobre mujeres con discapacidad, reconociendo la discriminación múltiple que les afecta, obligando a los Estados Partes a la adopción de medidas para el desarrollo, adelanto y potenciación de este sector de la población en el pleno disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

De igual modo estableció una norma específica sobre niños y niñas con discapacidad¹⁸, a fin de que los Estados Partes adopten medidas para el pleno disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, considerando primordialmente el interés superior del niño¹⁹. Además, se establece que 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.

En consonancia a lo expresado, es preciso señalar que los Estados Partes han adoptado obligaciones generales en cuanto a tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan

¹⁷ *Ibidem*, artículo 2.

¹⁸ *Ibidem*, artículo 7.

¹⁹ Reitera lo establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989.

discriminación contra las personas con discapacidad, tomando todos los resguardos para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad²⁰.

Por otro lado, el sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos cuenta con una significativa gama de tratados, desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹. No obstante, la infraprotección experimentada por las personas con discapacidad a lo largo de la historia hizo necesaria la expresión diversificada de estos derechos desde el nuevo paradigma de derechos humanos para las personas con discapacidad.

Las disposiciones del tratado particularizan el modelo de derechos humanos en derechos con directrices específicas de implementación para su pleno disfrute por las personas con discapacidad. No obstante, existen a lo menos tres aspectos cuyo análisis plantea interesantes desafíos jurídicos para determinar su naturaleza: accesibilidad, rehabilitación y vida independiente y a ser incluido en la comunidad.

Evidentemente el artículo 9 de la CDPD consagra cabalmente la accesibilidad de manera vinculante en consideración al legítimo interés de las personas con discapacidad. Si adicionamos el elemento del fin que persigue este “interés jurídicamente protegido”, será sin duda la dignidad personal, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia de las personas, la igualdad, la no discriminación y el ser incluido en la comunidad.

A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales²².

Desde un punto de vista práctico, la accesibilidad es exigible ante la autoridad e incluso justiciable²³.

Por su parte, la rehabilitación a la luz de la Convención tiene como objetivos: lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida de la persona que presenta deficiencia. Las acciones estatales deberán direccionarse a servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales.

Como se aprecia, la rehabilitación deja de estar circunscrita solo al ámbito de la salud y se direcciona hacia diversas áreas vinculadas a los derechos económicos, sociales y culturales. Pero

²⁰ CDPD, artículo 4.

²¹ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

²² CDPD, artículo 9.

²³ Corte Suprema. Sentencia de 24 de diciembre de 2010. “Rosselot Abu-Gosch Catalina contra Escuela de Foto Arte de Chile”. Causa Rol N° 9147-2010; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de diciembre de 2011. “Valenzuela Montalván Iris contra Ernst Rendel Aguant, SEREMI de Obras Públicas de la Región de La Araucanía”. Causa Rol N° 277-2011; Recurso de Protección contra los canales de televisión abierta por la falta de interpretación en lengua de señas de las emisiones noticiosas, Corte de Apelaciones de Santiago, año 2001; Acción judicial contra el Metro por la falta de verbalización en todas sus estaciones, Procedimiento de la Ley 19284, año 2001.

también se dirige al ejercicio de derechos civiles y políticos. Por ejemplo, en algunos casos para desarrollar la libertad de desplazamiento, para ejercer la libertad de expresión y el voto, entre otras.

Los servicios y programas deberán comenzar en la etapa más temprana posible, con una evaluación multidisciplinaria basada en las necesidades y capacidades de la persona, respetando su voluntad, estando a disposición de ella lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales. Para estos efectos, se promoverá la capacitación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación, promoviendo además la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad.

Cabe hacer notar que en la CDPD, la ubicación del artículo sobre rehabilitación está entre los derechos a la educación²⁴, de la salud²⁵, al trabajo y empleo²⁶ y nivel de vida adecuado y protección social²⁷.

Incluso hay legislación vigente que reconoce en la rehabilitación su carácter de derecho específico. Se trata de la Ley que establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad en Chile, que explicita que la rehabilitación es un derecho y un deber de las personas con discapacidad, de su familia y de la sociedad en su conjunto, a la vez de constituir una obligación para el Estado²⁸.

Por lo tanto, la accesibilidad y la rehabilitación tienen una naturaleza jurídica específica, distinta a la de otros derechos humanos y libertades fundamentales. Si hacemos una revisión de otros tratados internacionales de derechos humanos, debemos convenir que accesibilidad y rehabilitación no se consagran en ninguno de ellos. Su consagración se encuentra solo en artículos específicos de la CDPD.

La exigibilidad de la accesibilidad y de la rehabilitación cruza transversalmente las obligaciones de los Estados Partes, para la cabal implementación de la Convención, de acuerdo con lo prescrito como obligaciones para dichos Estados²⁹.

La CDPD consignó específicamente el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad con opciones iguales a los demás. Esto obliga a los Estados a adoptar medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad. La norma entrega pautas que otorgan especificidad a este derecho y orientaciones para su implementación, a saber: la oportunidad de las personas con discapacidad a elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, sin obligación a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; y el acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal como también el acceso a instalaciones y servicios comunitarios a disposición de las personas con discapacidad, que tengan en cuenta sus necesidades.

²⁴ CDPD, artículo 24.

²⁵ *Ibidem*, artículo 25.

²⁶ *Ibidem*, artículo 27.

²⁷ *Ibidem*, artículo 28.

²⁸ Ley N° 20.422. CHILE. Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad, del año 2010, artículo 18.

²⁹ CDPD, artículo 4, letra a: Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, eliminando toda forma de discriminación.

Como se aprecia, mediante el establecimiento de este derecho, la Convención marca, *a contrario sensu* que la institucionalización no es el paradigma aplicable a las personas con discapacidad como forma de vida.

Lo anteriormente expresado, en cuanto a accesibilidad, rehabilitación y derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, demuestra como un tratado internacional tiene vida propia al desarrollar nuevas figuras jurídicas que nos proyectan hacia el debate sobre su naturaleza. Es así como la vida independiente y a ser incluido en la comunidad está explícitamente señalado como derecho en la Convención. Tratándose de accesibilidad y rehabilitación, debemos considerar que sus elementos configurativos nos colocan en el análisis sobre “nuevos derechos”.

4. Mecanismo de monitoreo

El Comité CDPD, como órgano de vigilancia en la implementación de la Convención, tiene como función principal la consideración de Informes de los Estados Partes³⁰.

El proceso se inicia con la presentación del Informe del Estado. A continuación se recibe toda la información escrita y también información en audiencias orales con las organizaciones de personas con discapacidad, instituciones nacionales de derechos humanos y otras partes interesadas. Con estos insumos, el Comité elabora una lista de preguntas que se envía al Estado Parte, otorgando un plazo para las respuestas. Recibidas estas respuestas, las organizaciones de personas con discapacidad, el INDH y otras partes interesadas pueden hacer comentarios y adjuntar más información. A continuación, se fija fecha para el diálogo constructivo entre el Comité y la delegación del Estado Parte. En esta ocasión se realiza el diálogo interactivo que comprende una jornada completa de trabajo, siendo una audiencia abierta. Concluida esta actividad, el Comité, en sesión cerrada, adopta las “Observaciones Finales” para el Estado Parte. Tratándose del informe inicial, las Observaciones Finales hacen una referencia a diversos artículos del Tratado, destacando los aspectos de preocupación y las recomendaciones. Los informes ulteriores deben presentarse cada cuatro años.

El monitoreo del Comité se realiza también mediante el examen de denuncias individuales y el análisis de violaciones graves y sistemáticas de los derechos de las personas con discapacidad, de acuerdo con el Protocolo Facultativo. Tratándose de comunicaciones individuales, estas deberán ser en relación a Estados Partes del Protocolo Opcional y cumplir los requisitos que señala dicho instrumento³¹.

El Comité examina la admisibilidad de la comunicación y si esta es declarada admisible, se procede al examen sobre el “mérito” de la denuncia. Este procedimiento termina con un dictamen del Comité. Si el dictamen es favorable al autor, contendrá recomendaciones particulares al

³⁰ CDPD, artículos 34 al 39.

³¹ Protocolo Facultativo de la CDPD, artículo 2: El Comité considerará inadmisibles una comunicación cuando: a) Sea anónima; b) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación o sea incompatible con las disposiciones de la Convención; c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o ya haya sido o esté siendo examinada de conformidad con otro procedimiento de investigación o arreglo internacionales; d) No se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o sea improbable que con ellos se logre un remedio efectivo; e) Sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustentada; o f) Los hechos objeto de la comunicación hubieran sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continuasen produciéndose después de esa fecha.

Estado Parte en relación con el caso presentado y recomendaciones generales sobre la materia que servirán de base a políticas públicas, legislación y otras medidas.

Además el Comité ejecuta labores complementarias al mencionado monitoreo, por medio de otras acciones, como la realización de días de Debate General y la elaboración de Observaciones Generales, debiendo examinar cabalmente el estado de situación sobre el derecho que se está examinando, en distintas partes del mundo.

Es preciso hacer notar que el Comité, al orientar a los Estados Partes en la implementación de la Convención, mediante Observaciones Generales, Declaraciones, transversalización de la temática de discapacidad en otros órganos de tratados, procedimientos especiales y en instrumentos de desarrollo económico y social, está contribuyendo, indirectamente, a mejorar los niveles de implementación de la Convención, lo que finalmente tendrá impacto en los Estados Partes y por ende, en el posterior monitoreo que realizará el Comité. En otras palabras, estamos hablando de un circuito que tiene aspectos preventivos y de orientación (*ex-ante*) y aspectos de revisión posterior a la buena, mediana o nula implementación (*ex-post*).

Por lo tanto, cuando hablamos del monitoreo del Comité CDPD, debemos entender esta visión global de trabajo del órgano de tratado.

5. Desafío de implementación

La jurisprudencia del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, mediante Observaciones Finales³² y Dictámenes³³, entrega significativos elementos de análisis y directrices para la implementación de la Convención.

Esta praxis, que implica información proporcionada por los Estados, por la sociedad civil y otras partes interesadas, plantea múltiples desafíos en relación con toda la gama de derechos consagrados en la Convención. Para efectos de esta monografía se recogen aquellas temáticas que, por su alta necesidad de interpretación y orientación hacia los Estados Partes y la sociedad civil en su conjunto, han ameritado la producción de Observaciones Generales (GC por su sigla en inglés)³⁴. Estos son los casos de GC1 sobre igual reconocimiento como persona ante la ley y GC2 sobre accesibilidad. Por la importancia de estas materias, es indispensable efectuar un examen analítico de las precisiones del Comité.

5.1 Igual reconocimiento como persona ante la ley³⁵

El artículo 12 describe los elementos específicos que los Estados Partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley.

³² A la fecha de este paper se han producido 19 Observaciones Finales. Disponible en: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5> [consulta: 29 de mayo de 2015].

³³ A la fecha de este paper se han producido 10 Dictámenes. link: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Jurisprudence.aspx>> [consulta: 29 de mayo de 2015].

³⁴ Las Observaciones Generales son instrumentos interpretativos que elaboran los Comités de derechos humanos de Naciones Unidas, en relación con disposiciones específicas de los tratados de derechos humanos.

³⁵ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner for Human Rights. Human Rights Bodies. CDPD. Observación General N°1 (GC1): Igual reconocimiento como persona ante la ley. [en línea]<http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en>, versión español. [consulta: 8 de diciembre de 2014].

Se ha dicho que el artículo 12 es el “corazón de la Convención”, ya que brinda una clara especificación del modelo de derechos humanos de las personas con discapacidad. Es así como generó un progreso jurídico significativo en términos de entregar el “modelo de voluntad con apoyos”, en lugar de la aplicación de la voluntad sustitutiva (por medio de representante), para el ejercicio de la capacidad jurídica.

El GC1 señala que no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento ante la ley, o que faculte limitar ese derecho. En general, todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones.

El Comité afirma que todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. Por lo tanto, cuando se afirma que no deben existir restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica, se desdibuja la clasificación entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. En otras palabras, todas las personas tienen capacidad jurídica, lo que implica el goce y el ejercicio, ya que estas dos facetas no pueden separarse.

El órgano de tratado ha señalado que la capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una real participación en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para un individuo determinado en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales.

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.

El Comité subraya que el artículo 12, en cambio, deja en claro que el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica.

El Comité ha constatado que en la mayoría de los informes de los Estados Partes que ha examinado, se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad intelectual o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional es incorrecto, porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad, ya que presupone que se puede evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana. Cuando la persona no supera la evaluación, se niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley.

El nuevo paradigma, que consagra el modelo de “voluntad con apoyo”, para la capacidad jurídica, implica respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y no debe consistir en decidir por ellas.

El artículo 12, párrafo 3, no especifica cómo debe ser el apoyo. Por ende, el Comité desarrolla lineamientos, haciendo presente que “apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el soporte entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el respaldo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias, de acuerdo con lo explicitado por el Comité.

Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás.

El Comité enfatiza que el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variarán notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Sin duda, este aspecto constituye un desafío crucial de implementación para los Estados Partes, particularmente en la esfera del derecho civil y otra legislación relacionada.

No obstante, el Comité hace notar que algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3. Ejemplo de esto son los casos de personas con ceguera o con sordera a quienes se ha limitado sus posibilidades de celebrar ciertos actos jurídicos, como abrir una cuenta bancaria, una cuenta en casa comercial o ser testigo³⁶.

El Comité ha declarado que “Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del ‘interés superior’ debe ser sustituida por la ‘mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias’. El principio del ‘interés superior’ no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos”³⁷.

Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos deben incluir la protección contra la influencia indebida. El respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona incluye el derecho a asumir riesgos y a cometer errores, según expresa el Comité.

Los Estados Partes deben adoptar medidas para impedir que agentes no estatales y particulares interfieran en la facultad de las personas con discapacidad de hacer efectivos sus derechos humanos, incluido el derecho a la capacidad jurídica, y de disfrutarlos. Los Estados Partes tienen la obligación de impartir capacitación a las personas que reciben apoyo para que puedan decidir cuándo necesitan menos apoyo o cuándo ya no lo necesitan en el ejercicio de su capacidad jurídica³⁸.

En sus observaciones finales sobre los informes iniciales de los Estados Partes, en relación con el artículo 12, el Comité ha declarado en repetidas ocasiones que los Estados Partes deben “examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las

³⁶ *Ibidem*, párr. 19.

³⁷ *Ibidem*, párr. 21.

³⁸ *Ibidem*, párr. 24.

que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona³⁹.

La obligación de los Estados Partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo para la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención⁴⁰.

El Comité ha elaborado las siguientes directrices para orientar la implementación del sistema de apoyos, que no es excluyente de otros lineamientos que se puedan adoptar:

- a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos. El grado de apoyo que necesite una persona, especialmente cuando es elevado, no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones.
- b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.
- c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas.
- d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida.
- e) A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención de que los Estados Partes deben adoptar medidas para “proporcionar acceso” al apoyo necesario, los Estados Partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente. La falta de recursos financieros no debe ser un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.
- f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas, el tratamiento médico y el derecho a la libertad.
- g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.

³⁹ *Ibidem*, párr. 26.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 28.

- h) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona.
- i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo.

El derecho a la igualdad ante la ley se reconoce como un derecho civil y político, con raíces en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los derechos civiles y políticos nacen en el momento de la ratificación, y los Estados Partes deben adoptar medidas para hacerlos efectivos de inmediato. Como tales, los derechos establecidos en el artículo 12 se aplican desde el momento de la ratificación y deben hacerse efectivos inmediatamente. La obligación del Estado, establecida en el artículo 12, párrafo 3, de proporcionar acceso al apoyo necesario en el ejercicio de la capacidad jurídica es una obligación para dar efectividad al derecho civil y político, de tener igual reconocimiento como persona ante la ley. Esas medidas deben ser deliberadas, estar bien planificadas e incluir la consulta y la participación real de las personas con discapacidad y de sus organizaciones, de acuerdo con lo expresado categóricamente por el Comité.

Como se comprenderá, el reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención, entre ellos los siguientes: el derecho al acceso a la justicia⁴¹; el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental⁴²; el derecho al respeto de la integridad física y mental⁴³; el derecho a la libertad de desplazamiento y a la nacionalidad⁴⁴; el derecho a elegir dónde y con quién vivir⁴⁵; el derecho a la libertad de expresión⁴⁶; el derecho a casarse y fundar una familia⁴⁷; el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico⁴⁸; y el derecho a votar y a presentarse como candidato en las elecciones⁴⁹.

La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente, ya que constituiría discriminación.

El Comité expresa que el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas⁵⁰ son incompatibles con una concesión de la capacidad jurídica basada en la asimilación.

El derecho a obtener ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica es independiente, y complementario, del derecho a recibir apoyo en el ejercicio de esta capacidad.

⁴¹ CDPD, artículo 13.

⁴² *Ibidem*, artículo 14.

⁴³ *Ibidem*, artículo 17.

⁴⁴ *Ibidem*, artículo 18.

⁴⁵ *Ibidem*, artículo 19.

⁴⁶ *Ibidem*, artículo 21.

⁴⁷ *Ibidem*, artículo 23.

⁴⁸ *Ibidem*, artículo 25.

⁴⁹ *Ibidem*, artículo 29.

⁵⁰ *Ibidem*, artículo 3 letra d.

El respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás incluye el respeto de su derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos sobre igual reconocimiento como persona ante la ley, libertad y seguridad de la persona⁵¹. El Comité enfatiza que los Estados Partes deben eliminar esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso⁵².

Por otro lado, los Estados Partes deben respetar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad de adoptar decisiones en todo momento, también en situaciones de crisis, velar por que se proporcione información exacta y accesible sobre las opciones de servicios disponibles y por que se ofrezcan alternativas no médicas, brindando acceso a apoyo independiente. Los Estados Partes deben eliminar las políticas y las disposiciones legislativas que permiten o perpetran el tratamiento forzoso, ya que este constituye una violación continua que se observa en la legislación sobre salud mental en todo el mundo, a pesar de los datos empíricos que indican que no es eficaz y de las opiniones de los usuarios de los sistemas de salud mental que han experimentado sufrimientos y traumas profundos como consecuencia de esto⁵³.

La interpretación del artículo 12⁵⁴, a la luz del derecho a vivir en la comunidad⁵⁵ supone que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe proporcionarse mediante un enfoque basado en la comunidad. Los Estados Partes deben reconocer que las comunidades y las redes sociales son un recurso y un aliado en el proceso de comprender los tipos de apoyo necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, incluida la información sobre las diversas opciones de apoyo.

El Comité explicita que los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva, además de ser incompatibles con el artículo 12 de la Convención, pueden también violar el derecho a la privacidad de las personas con discapacidad, ya que los sustitutos en la adopción de decisiones suelen tener acceso a una amplia gama de información personal y de otra índole sobre la persona⁵⁶.

La Observación General concluye alentando a los Estados Partes a que elaboren mecanismos eficaces para combatir la adopción de decisiones sustitutivas tanto formal como informal. A tal fin, el Comité insta a los Estados Partes a que velen por que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de hacer elecciones reales en sus vidas y de desarrollar su personalidad, apoyando el ejercicio de su capacidad jurídica. Esto incluye, entre otras cosas, oportunidades de crear redes sociales, oportunidades de trabajar y ganarse la vida en condiciones de igualdad con los demás, la posibilidad de elegir entre distintos lugares de residencia en la comunidad, y la inclusión en la educación en todos los niveles.

El instrumento interpretativo hace una valoración del cambio de modelo para la expresión de la voluntad que implica a la persona y los bienes de quien presenta alguna deficiencia. Es así

⁵¹ *Ibidem*, artículos 12 y 14.

⁵² GC1, párr. 40.

⁵³ *Ibidem*, párr. 42.

⁵⁴ CDPD, artículo 12 inciso 3.

⁵⁵ *Ibidem*, art. 19

⁵⁶ GC1, párr. 47.

como el diagnóstico y las pautas entregadas por el Comité son un desafío jurídico y práctico en la realidad actual.

5.2 Accesibilidad

El Informe Mundial sobre la Discapacidad 2011 ha destacado que el entorno construido, los sistemas de transporte, la información y la comunicación son a menudo inaccesibles para las personas con discapacidad⁵⁷. Estas personas se ven privadas de ejercer algunos de sus derechos básicos, como educación, trabajo o su atención en salud, debido a la falta de transporte accesible. El grado de aplicación de las normativas sobre accesibilidad sigue siendo reducido en muchos países y las personas con discapacidad a menudo ven denegado su derecho a la libertad de expresión debido a la inaccesibilidad de la información y la comunicación. Incluso en los países en que existen servicios de interpretación en la lengua de señas para las personas sordas, el número de intérpretes cualificados suele ser escaso para satisfacer la creciente demanda de esos servicios, y el hecho de que los intérpretes tengan que desplazarse para llegar a los usuarios hace que esta prestación sea excesivamente cara. Las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, así como las personas sordociegas, se enfrentan con barreras cuando intentan acceder a la información y la comunicación debido a la falta de formatos fáciles de leer y de modos de comunicación aumentativos y alternativos. También encuentran barreras al tratar de acceder a los servicios, debido a los prejuicios y a la falta de capacitación adecuada del personal⁵⁸.

En la medida en que los bienes, productos y servicios estén abiertos al público o sean de uso público, deben ser accesibles a todas las personas, independientemente de que la entidad que los posea u ofrezca sea una autoridad pública o una empresa privada, enfatiza el Comité. La denegación de acceso debe considerarse un acto discriminatorio, independientemente de que quien lo cometa sea una entidad pública o privada. La accesibilidad debe tener en cuenta las perspectivas del género y la edad de las personas con discapacidad⁵⁹.

El GC2 constata que el entorno construido siempre se relaciona con el desarrollo social, cultural y con las costumbres. Por lo tanto, ese entorno está bajo el pleno control de la sociedad. Estas barreras artificiales a menudo se deben a la falta de información y de conocimientos técnicos, más que a una voluntad consciente de impedir a las personas con discapacidad el acceso a lugares o servicios destinados al uso público.

A objeto de introducir políticas que mejoren la accesibilidad para las personas con discapacidad, es necesario modificar las actitudes hacia esas personas a fin de combatir el estigma y la discriminación, mediante iniciativas de educación permanente, actividades de toma de conciencia, campañas culturales y comunicación, según recomienda el Comité⁶⁰.

El artículo 9 de la Convención consagra claramente la accesibilidad como la condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente, participar plenamente y en pie de igualdad en la sociedad y disfrutar de manera irrestricta de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás. La Convención sobre los

⁵⁷ OMS. Informe Mundial... op. cit.

⁵⁸ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner for Human Rights. Human Rights Bodies. CRPD. Observación General N° 2 (GC2): accesibilidad. [en línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en>, versión español, párrafo 7. [consulta: 8 de diciembre de 2014].

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 13.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 3.

Derechos de las Personas con Discapacidad es el primer tratado de derechos humanos que se ocupa del acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). Además, el concepto de igualdad en el derecho internacional también ha cambiado en los últimos decenios, y el cambio conceptual de la igualdad formal a la igualdad sustantiva ha tenido un impacto en los deberes de los Estados Partes, lo que se extiende al ámbito de la accesibilidad en sus variadas formas.

Las barreras que impiden el acceso a las instalaciones, bienes y servicios existentes que están destinados o abiertos al público se eliminarán gradualmente de forma sistemática y, lo que es más importante, con una supervisión continua, con el objeto de alcanzar la plena accesibilidad, de acuerdo a la directriz que otorga el Comité⁶¹.

El diseño inicial contribuye a que la construcción sea mucho menos costosa: hacer que un edificio sea accesible desde el principio puede no aumentar el costo de construcción total, en muchos casos, o aumentarlo solo mínimamente, en algunos. Sin duda la adecuación posterior puede resultar más onerosa.

La aplicación del diseño universal hace que la sociedad sea accesible para todos los seres humanos, no solo para las personas con discapacidad⁶².

Las normas de accesibilidad deben cumplirse en diversas instalaciones y espacios, tanto exteriores como interiores, por ejemplo en: los tribunales, las prisiones, las instituciones sociales, las áreas de interacción comunitaria, de recreación, actividades culturales, religiosas, políticas, deportivas, establecimientos comerciales, servicios postales, bancarios, de telecomunicaciones y de información, expresa el Comité⁶³.

El GC2 explicita las responsabilidades que tienen en materia de accesibilidad: las autoridades que expiden los permisos de construcción, las juntas directivas de las empresas de radiotelevisión, las entidades que conceden las licencias de TIC, los ingenieros, los diseñadores, los arquitectos, los planificadores urbanos, las autoridades de transporte, los proveedores de servicios y los miembros de la comunidad académica. Un factor clave será el fortalecimiento de la participación directa de las personas con discapacidad en el desarrollo de productos, lo que mejorará la comprensión de las necesidades existentes y la eficacia de las pruebas de accesibilidad. Es importante establecer sistemas de formación y supervisión para todos estos grupos a fin de garantizar la aplicación práctica de las normas de accesibilidad⁶⁴.

El uso de sistemas que mejoran la audición, incluidos los sistemas de asistencia ambiental que ayudan a los usuarios de audífonos, bucles de inducción, y los ascensores equipados para que puedan ser utilizados por las personas con discapacidad durante las evacuaciones de emergencia de los edificios son solo algunos de los ejemplos de adelantos tecnológicos al servicio de la accesibilidad, que son citados por el GC2⁶⁵.

El Comité hace una clara distinción entre la obligación de garantizar el acceso a todas las nuevas infraestructuras, bienes, productos y servicios que se diseñen, construyan o produzcan, y la

⁶¹ *Ibidem*, párr. 14.

⁶² *Ibidem*, párr. 16.

⁶³ *Ibidem*, párr. 17.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 19.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 22.

obligación de eliminar las barreras, asegurando el acceso al entorno físico y el transporte, a la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público que ya existan.

Otra de las obligaciones generales de los Estados Partes es emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promoviendo su disponibilidad, uso y el diseño universal en la elaboración de normas y directrices⁶⁶.

Los Estados Partes cumplirán sus obligaciones en el campo de la accesibilidad, fijando plazos y asignando recursos adecuados para la eliminación de las barreras existentes. Además deberán prescribir claramente los deberes que las diferentes autoridades (incluidas las regionales y locales) y entidades (incluidas las privadas) deben cumplir para asegurar la accesibilidad. También deberán establecer mecanismos de supervisión efectivos que garanticen la accesibilidad, incluyendo la aplicación de sanciones por incumplimiento⁶⁷.

El Comité aclara 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*. Dicha obligación es incondicional, por lo que no admite excepción, aun cuando la autoridad alegue que se trata de una “carga desproporcionada” de implementación⁶⁸.

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. Los ajustes razonables pueden utilizarse como medio para garantizar la accesibilidad a una persona con una discapacidad en una situación concreta. Con la introducción de ajustes razonables se pretende hacer justicia individual, garantizando la no discriminación, teniendo en cuenta la dignidad, la autonomía y las elecciones de la persona⁶⁹.

La garantía de la accesibilidad en sus diversas formas a menudo es una condición previa para que las personas con discapacidad disfruten de forma efectiva de diversos derechos civiles y políticos. Las barreras deben eliminarse de modo continuo y sistemático, en forma gradual pero constante.

Los Estados Partes deben armonizar su legislación de acuerdo con el estándar internacional de accesibilidad establecido en la Convención. Esto implica la consideración de las normas de accesibilidad en las contrataciones públicas, para asegurar la igualdad de facto para las personas con discapacidad.

La cooperación internacional⁷⁰ debe ser una importante herramienta para la promoción de la accesibilidad y el diseño universal. El Comité recomienda que los organismos de desarrollo internacional reconozcan la importancia de apoyar los proyectos encaminados a mejorar la accesibilidad a las TIC y a las infraestructuras.

⁶⁶ CDPD, artículo 2 y artículo 4, inciso 1, letra f.

⁶⁷ GC2, párr. 24.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 25.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 26.

⁷⁰ CDPD, artículo 32.

Por otro lado, los procesos de supervisión nacional e internacional de la aplicación de la Convención deben llevarse a cabo de una forma accesible que promueva y garantice la participación efectiva de las personas con discapacidad y de sus organizaciones representativas.

Finalmente, el GC2 hace notar que la Convención exige que su texto se difunda en formatos accesibles⁷¹. Esta es una novedad en un tratado internacional de derechos humanos, por lo que debe considerarse que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece a ese respecto un precedente para todos los futuros tratados⁷².

Reflexión final y conclusiones

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas ha efectuado una evolución trascendente en el ámbito de los derechos humanos, tanto por el cambio de paradigma de las personas con discapacidad basándose en el modelo de derechos humanos, como también en la introducción de conceptos jurídicos nuevos: el sujeto de derecho, la denegación de ajustes razonables como forma de discriminación, la accesibilidad, la rehabilitación, el derecho a vivir de manera independiente y a ser incluido en la comunidad, entre otros.

Sin lugar a dudas, la especificidad del igual reconocimiento como persona ante la ley y el ejercicio de la capacidad jurídica desde el paradigma de la expresión de voluntad con apoyo y salvaguardias, es un núcleo vital del Tratado. Desde otro ángulo, la accesibilidad es una verdadera columna vertebral de este pacto.

La profundización en la diversificación de los derechos, en el caso de personas con discapacidad, representa múltiples desafíos de índole civil, político, económico, social y cultural. La clave de esta transformación está en la transversalización de la temática de discapacidad en las distintas esferas del derecho. En otras palabras, en la actualidad los derechos de las personas con discapacidad no son una isla en el ámbito de los derechos humanos, sino un estándar integrado al sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Estos desafíos imperan a una armonización legal y de políticas públicas en sentido amplio en los distintos ordenamientos jurídicos a escala internacional y nacional. Pero el proceso global no solo se radica en los textos normativos, ya que en la actualidad los derechos humanos están totalmente interconectados con el desarrollo social.

Durante la historia de la humanidad las personas con discapacidad han sido un sector infraprotectido de la población, y se suele decir que son “los más pobres entre los pobres”. Un 80% de esta población vive en países en desarrollo y se ha estimado que entre las personas más pobres en el mundo, un 20% son personas con discapacidad, siendo percibidas en este entorno como los más desfavorecidos⁷³.

⁷¹ *Ibíd*em, artículo 29.

⁷² Por otro lado, el órgano de tratado también se ha ocupado de efectuar una declaración compilatoria de sus recomendaciones, en materia de seguridad y libertad de la persona, como también en la temática de reducción de riesgos de desastres, visibilizando la perspectiva de discapacidad. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner for Human Rights. Human Rights Bodies. Statement on Disability Inclusion in the Third World Conference on Disaster Risk Reduction and Beyond. [en línea] <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15184&LangID=E>> [consulta: 8 de diciembre de 2014].

⁷³ CISTERNAS REYES, María Soledad. Presidenta del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. Presentación en el acto de apertura en el High Level Meeting on Disability and Development, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, septiembre 2013. [en línea] <<http://webtv.un.org/watch/>

La universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos proveen de un sustrato medular inalienable, imprescriptible, inderogable e irrenunciable para el desarrollo social, que en este milenio debe ser un desarrollo social plenamente sostenible, inclusivo y accesible. Dicho desarrollo estará guiado por los principios de la Convención⁷⁴.

En consecuencia la CDPD y los Objetivos de Desarrollo Sostenible ODS, en la agenda post 2015 con la correlación directa entre ambos, deben producir una simbiosis y el efecto catalizador para el cumplimiento e implementación de ambos instrumentos, en pro de la igualdad de las personas con discapacidad en el disfrute de sus derechos y su plena inclusión en el desarrollo social. En el mundo contemporáneo es indispensable reconocer la fluida interacción entre estos poderosos instrumentos: hoy no es posible concebir su implementación por caminos separados e independientes⁷⁵.

En este contexto, la Resolución, "Al darse cuenta de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad hacia 2015 y más allá"⁷⁶, reconoce la continua necesidad de prestar la debida atención a los derechos de las personas con discapacidad en relación con la agenda de desarrollo posterior a 2015.

Por esto, se insta a los Estados Miembros, a los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales y regionales, las organizaciones de integración regional y las instituciones financieras a hacer un esfuerzo concertado para incluir a las personas con discapacidad y los principios de accesibilidad e inclusión en el seguimiento y evaluación de los objetivos de desarrollo. Esto también incorpora la temática de reducción de riesgos de desastres y la respuesta efectiva en situaciones de emergencia humanitaria.

La mencionada Resolución reitera la importancia de la asistencia técnica, especialmente para la construcción de capacidades y para la recopilación de datos y estadísticas, particularmente en países en desarrollo. De igual modo, se subraya la importancia de la cooperación internacional para complementar los esfuerzos nacionales.

Se insta a los Estados Miembros que aún no lo hayan hecho, a que adopten una estrategia nacional de discapacidad, con metas e indicadores medibles, contando con la plena participación de las personas con discapacidad y sus organizaciones representativas.

En consecuencia, el siglo XXI plantea los siguientes desafíos:

- a) Desarrollar todos los esfuerzos de implementación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, teniendo como base el modelo de derechos humanos, sus prescripciones, la jurisprudencia del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sus Observaciones Generales y declaraciones, como también las buenas prácticas de implementación desarrolladas en distintas partes del mundo.

maria-soledad-cisternas-reyes-high-level-meeting-on-disability-and-development-general-assembly-3rd-plenary-meeting/2686046737001/> [consulta: 8 de diciembre de 2014].

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS. Realizing the Millennium Development Goals and other internationally agreed development goals for persons with disabilities towards 2015 and beyond. Resolución 69 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Noviembre 2014.

- b) Reconocer y aplicar la transversalidad de los derechos de las personas con discapacidad en la amplia esfera del sistema de promoción y protección de los derechos humanos, en diversas escalas.
- c) Diseñar y ejecutar las estrategias que vinculan los derechos humanos de las personas con discapacidad con el desarrollo social, inclusivo, accesible y sostenible, lo que involucra metas e indicadores medibles en ambos campos. Estas estrategias deberán ser interdisciplinarias e intersectoriales contando con la plena y efectiva participación de las personas con discapacidad y sus organizaciones representativas. Este proceso incluye a todos los actores sociales y otras partes interesadas como las Universidades, cuyas funciones de predictibilidad basada en la investigación, la internacionalización y la vinculación con el medio serán un catalizador fundamental.