

IV. PRINCIPALES DESAFÍOS EN LA DECISIÓN EN ESTUDIO

4.1. Ausencia de estándares claros relacionados con la protección de los derechos de las personas con discapacidad

En primer lugar, el principal desafío al que se enfrentó la Corte Interamericana en relación con esta decisión, fue el hecho de que al momento de la emisión de la sentencia, no se contaba

con estándares que consagraran el cambio de paradigma con el que actualmente se trata a las personas con discapacidad, y en virtud del cual, las personas con discapacidad dejan de verse como “objetos” de caridad, tratamiento médico y protección social, para ser vistas como personas poseedoras de los mismos derechos que las demás, y capaces de reclamarlos por sí mismos.¹⁵⁵ Lo anterior, debido a que fue en diciembre de 2006—seis meses después de la publicación de la sentencia en referencia cuando se adoptó la CDPD—que es el tratado internacional más avanzado en la temática y que precisamente consagra en nuevo paradigma con el que actualmente se aborda a las personas con que viven con esta condición. Por ello, considerando el enfoque de derechos con el que son vistas las personas que viven con esta condición a partir de la adopción de la CDPD, y que la emisión de *Ximenes Lopes* fue anterior a su adopción, en el presente capítulo se realizará un análisis respecto de los principales desafíos enfrentados por la Corte, y que derivaban precisamente de la ausencia de estándares que contemplaran, de manera clara, a las personas con discapacidad como *sujetos de derechos y obligaciones*.

A. El modelo social de la discapacidad en contraposición al enfoque asistencialista

En primer lugar, el principal instrumento utilizado por la Corte para darle luz y contenido a los derechos a la vida y la integridad personal, fue la CIADDIS, instrumento que, como ya se estableció anteriormente, entiende a la discapacidad como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.¹⁵⁶ Al respecto, es de resaltar que la definición de la CIADDIS no establece con clari-

¹⁵⁵ Para mayor información sobre la CDPD y el cambio de paradigma, véase Sofía Galván, *La implementación progresiva del derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y ser incluidas en la sociedad*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

¹⁵⁶ CIADDIS, *supra* nota 9, artículo I.

dad la concepción social de discapacidad; muestra de lo anterior es que de acuerdo con su propia definición, la discapacidad puede ser causada por el entorno social, mientras que en términos de la CDPD, la discapacidad *en todo momento* es causada cuando la barrera social, acompañada de la deficiencia de la persona, impide la integración social de la misma.¹⁵⁷ Así, de conformidad con lo establecido por la CDPD, la discapacidad “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”.¹⁵⁸

Si con base en la definición de la CIADDIS, que no determina con claridad la concepción social de la discapacidad ni su cambio de paradigma, la Corte decidió el presente caso desde una perspectiva de discapacidad, es de esperarse que —como se verá más adelante— el Tribunal haya resuelto con un enfoque asistencialista el tema de la capacidad jurídica y el consentimiento informado. Asimismo, la falta de una concepción social de la discapacidad, es evidenciada con las distintas referencias de la Corte respecto de que las personas “sufren” o “padecen” discapacidad; cuando en realidad, actualmente —con base en la CDPD— se entiende a la discapacidad como una condición de vida que se tiene y con la que se vive, y ya no, como una enfermedad que se sufre o padece.

B. Compatibilidad e incompatibilidad con estándares más avanzados en la materia

Es de resaltar que a pesar de que al momento de la emisión de la sentencia, aún no se tenían estándares claros respecto de varias temáticas con las que se aborda la discapacidad el día de hoy, la Corte Interamericana estableció claros estándares en favor de este grupo de población, y que actualmente resultan acordes con los estándares más avanzados en la materia.

¹⁵⁷ CDPD, *supra* nota 52, artículo 1.

¹⁵⁸ *Ibid.*, preámbulo e).

Muestra de lo anterior se encuentra en la consideración de la Corte en relación con el deber de los Estados de adoptar medidas dirigidas a la integración social de las personas con discapacidad.¹⁵⁹ Al respecto, es precisamente, “el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás” —incluido de manera expresa en el artículo 19 de la CDPD—¹⁶⁰ uno de los preceptos más innovadores y relevantes que definen el cambio de paradigma con el que actualmente deben ser tratadas las personas con discapacidad.

Asimismo, un estándar innovador señalado por la Corte, se encuentra contenido en el *deber de regular*. En este sentido, el Tribunal, de manera expresa, determinó que los Estados tienen el deber de regular y supervisar que en las instituciones de salud se proteja a las personas con discapacidad “contra la explotación, el abuso y la degradación”.¹⁶¹ Al respecto, esta protección resulta acorde con lo contemplado por el artículo 16 de la CDPD, que reconoce la protección de las personas con discapacidad contra la explotación, la violencia y el abuso, y que su párrafo tercero, precisamente, impone a los Estados la obligación de supervisar de manera efectiva y por autoridades independientes “todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad”.¹⁶²

Por otro lado, del análisis de la presente sentencia, también se encuentran consideraciones que actualmente están rebasadas por estándares más protectores en la materia. Éste es el caso, de lo que fue abordado por la Corte en relación con el consentimiento informado de personas con discapacidad, y con el uso del régimen de sujeción.

En primer lugar, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el consentimiento informado, fueron abordados por el Tribunal desde un enfoque asistencialista. Al respecto, es

¹⁵⁹ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra* nota 43, párrs. 104 y 105.

¹⁶⁰ Este derecho se encuentra contemplado en el artículo 19 de la CDPD. Para mayor información sobre el mismo, ver Sofía Galván, *La implementación progresiva del derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y ser incluidas en la sociedad*, *supra* nota 155, p. 156.

¹⁶¹ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra* nota 43, párrs. 99 y 108.

¹⁶² CDPD, *supra* nota 52, artículo 16.

de destacar que el principio de respeto a la autonomía de las personas como principio orientador del tratamiento psiquiátrico garante de la dignidad de las personas con discapacidad, es a la fecha el único estándar desarrollado por los órganos del sistema interamericano en el tema de consentimiento informado de personas con discapacidad. Este derecho se relaciona estrechamente con el tema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, último que constituye el principio rector que marca el cambio de paradigma de las personas con discapacidad. En este sentido, derivado de la interpretación de la Corte, se infiere que los Estados deben aplicar la presunción de que todas las personas con discapacidad son capaces; cuando, con la entrada en vigor de la CDPD, el ejercicio de la capacidad jurídica no está basado en presunciones, y la protección del mismo es absoluta. Al respeto, el artículo 12.2 de la CDPD refiere que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.¹⁶³ Por otra parte, la Corte señaló que corresponde a los familiares o representantes legales emitir el consentimiento en relación con el tratamiento médico, en caso de que se compruebe “la imposibilidad del enfermo para consentir”;¹⁶⁴ sin embargo, el Tribunal realizó tal consideración, sin prever en algún momento, la adopción de apoyos necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercer efectivamente su derecho de decisión —tal como se encuentra ahora previsto por la CDPD, en el párrafo tercero del artículo 12.¹⁶⁵

Sobre el tema de la utilización del régimen de sujeción, cabe destacar que a partir de la publicación de la sentencia Ximenes Lopes, se han dado importantes avances al respecto, y en relación con las personas con discapacidad mental e intelectual —quienes generalmente son a las que más se priva del disfrute del derecho a vivir en la comunidad. Así, mientras la Corte estableció los criterios que la utilización del régimen de sujeciones debe de cumplir a fin de que su uso resulte compatible con

¹⁶³ *Ibid.*, artículo 12.

¹⁶⁴ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra* nota 43, párr. 130.

¹⁶⁵ CDPD, *supra* nota 52, artículo 12.

el artículo 5 de la Convención, el Relator contra la Tortura ha señalado que “no puede haber justificación terapéutica para este tipo de inmovilización”¹⁶⁶ y que de hecho, “toda inmovilización de estas personas, incluso durante un breve periodo de tiempo, puede constituir tortura y malos tratos”.¹⁶⁷ Por ello, el Relator contra la Tortura ha llamado a la prohibición *absoluta* de este tipo de medidas, al señalar:

Es esencial que se aplique una prohibición absoluta de todas las medidas coercitivas y no consentidas, incluida la inmovilización y el régimen de aislamiento de las personas con discapacidad intelectual o psicológica, en todos los lugares de privación de libertad, incluidas las instituciones de atención psiquiátrica y social. Las circunstancias de impotencia en que se halla el paciente y el trato abusivo de las personas con discapacidad, en el que se recurre a la inmovilización y la reclusión, pueden dar lugar a otros tratamientos no consentidos, como la medicación forzosa y los procedimientos de electrochoque.¹⁶⁸

4.2. Ausencia de un enfoque de derechos económicos, sociales y culturales

En primer lugar, resulta necesario establecer la competencia de la Corte Interamericana para pronunciarse sobre la violación de los derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto, de acuerdo con el artículo 62.3 de la Convención Americana, la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a

¹⁶⁶ *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 63. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53_sp.pdf.

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ *Idem.*, ver también *Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Manfred Nowak, A/63/175), 28 de julio de 2008, párrs. 55 y 56. Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/UNStudiesAndReports.aspx>. Esta postura también fue sostenida por el Relator Especial contra la Tortura, en Audiencia Temática sobre Derechos Humanos y Aislamiento Solitario en las Américas, Presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Torture/IAC12March2013.pdf> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2014).

la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido; y precisamente esta Convención en su artículo 26, reconoce que “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la [OEA]”. Tomando en consideración esta disposición, puede concluirse que la Corte tiene competencia sobre los autónomos derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el derecho a la salud, mismo que se encuentra establecido en el artículo 45 de la Carta de la OEA.¹⁶⁹

A pesar de la competencia de la Corte respecto de determinar la violación estatal derivada del derecho a la salud, el enfoque que hasta ahora ha sido adoptado a lo largo de su jurisprudencia, es el de analizar los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de los derechos civiles y políticos, y por lo tanto, la Corte no ha invocado directamente el artículo 26 de la Convención Americana. Al respecto, este enfoque fue el adoptado por el Tribunal en el *Caso Ximenes Lopes*, lo que implica que el Tribunal no se pronunció sobre el derecho a la salud, y enmarcó a este derecho dentro del análisis relativo a los artículos a la vida y a la integridad personal. Lo anterior, a pesar de que acuerdo con los hechos del caso podría configurarse una violación al derecho a la salud, y de que el mismo Tribunal, en reiteradas ocasiones, se refirió a la afectación de la salud de Ximenes Lopes como consecuencia de un tratamiento médico que no reunía los cuidados mínimos para preservar su dignidad.

De igual manera, en el *Caso Furlan y familiares*, segundo caso sometido a la Corte relacionado con discapacidad, y del

¹⁶⁹De acuerdo con el artículo 45 de la Carta de la OEA: “Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia [...]”. Carta de la OEA, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.pdf

cual también se desprenden claros elementos relacionados con la violación al derecho a la salud por parte del Estado argentino, el Tribunal tampoco se pronunció al respecto, y encuadró la violación al derecho a la salud a la vulneración de los derechos a la integridad personal y del acceso a la justicia. Al respecto, la única referencia sobre el derecho a la salud, es la referente al impacto que tuvo la prolongación en la decisión sobre el proceso de daños y perjuicios en la posibilidad de que Sebastián accedería a una adecuada rehabilitación y atención a su salud. Sin embargo, la Jueza May Macaulay en su Voto Concurrente, hizo referencias respecto de la violación de este derecho en perjuicio de Sebastián Furlan, al señalar que las omisiones y deficiencias en la atención médica provista así como la falta de orientación adicional por distintas instituciones, obstaculizaron el acceso de Sebastián Furlan a un tratamiento y rehabilitación oportuna, mismo que hubiera prevenido o disminuido el deterioro de la salud física y mental de Sebastián Furlan.¹⁷⁰ Por otra parte, la Jueza Macaulay, establece que “algunos de los planes de bienestar en los cuales el Estado basó su defensa fueron brindados en instituciones a distancias sustanciales de la residencia de la familia Furlan, lo cual demostró los serios problemas de accesibilidad y de disponibilidad en los tratamientos considerados necesarios en su situación”.¹⁷¹

En particular, respecto del enfoque con el que la Corte abordó —o mejor dicho, no abordó— el derecho a la salud, la Jueza Margarette May Macaulay emitió su voto con objeto de contribuir al tema de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social, a través de la posibilidad que hubiera tenido la Corte “de resolver parte del conflicto desde una perspectiva que contempla la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales bajo el alcance del artículo 26 de la Convención Americana”.¹⁷²

¹⁷⁰ Voto Concurrente de la Jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, *supra* nota 44, párr. 12

¹⁷¹ *Ibid.*, párr. 13.

¹⁷² Voto Concurrente de la Jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, *supra* nota 44, párr. 1.

En este sentido, además de referirse a la competencia que tendría el Tribunal para pronunciarse sobre la violación al derecho a la salud, derivada del mismo texto del artículo 26 —y descrita en el párrafo anterior— la Jueza concluyó que “la obligación establecida en artículo 26 funciona como una norma especial en relación a la norma general contemplada en el artículo 2 sobre la adopción de disposiciones de derecho interno”.¹⁷³ Lo anterior, soportándose en lo indicado por la propia Corte en el *Caso Acevedo Buendía y otros*, en el que señaló que el artículo 26, al ubicarse también en la Parte I de la Convención Americana *Deberes de los Estados y Derechos Protegidos*, “está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2”.¹⁷⁴

Sin bien es cierto que en recientes decisiones del sistema interamericano —tales como en la del *Caso Acevedo Buendía y otros*— y en pronunciamientos de los Jueces de la Corte Interamericana, se empieza a vislumbrar la posibilidad de que en un momento posterior, los órganos del Sistema Interamericano se pronuncien sobre la violación directa a los derechos económicos, sociales y culturales; hasta el momento sólo queda claro que el enfoque analizado por la Jueza Macaulay en el Voto Concurrente de *Furlan y familiares*, responde más a una efectiva protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, que la brindada por la Corte en sus dos sentencias vinculadas con el derecho a la salud de las personas con discapacidad, para quienes la existencia de estándares claros sobre la justiciabilidad y progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta crucial para defender y ejercer sus propios derechos.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 5.

¹⁷⁴ Corte I.D.H., *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, No. 144, párr. 100.