

4

ENTRE MANTENIMIENTO Y CAMBIO: UN ANÁLISIS DE LOS PRIMEROS AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

George Rodrigo Bandeira Galindo
Universidad de Brasilia

Resumen

La convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad representa un marco importante en la protección de los derechos humanos no solo porque abarca aquella que, tal vez, es la mayor minoría existente, sino porque abre la posibilidad de reconsiderar la propia categoría de los derechos humanos. A partir de un breve análisis de los derechos establecidos en la Convención, de las observaciones hechas al informe presentado por un Estado y las peticiones individuales decididas hasta ahora por el Comité establecido por la Convención, se busca presentar una visión panorámica sobre la importancia del sistema de las Naciones Unidas en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

1. INTRODUCCIÓN

La elaboración de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD)¹ no fue solo una necesidad para un número aproximado de 600 millones de personas discapacitadas en el mundo. Básicamente fue una consecuencia del desarrollo de una serie de reflexiones, en el ámbito del movimiento internacional de los derechos humanos que: consolidó avances, estimuló caminos, sintetizó visiones y anticipó enormes desafíos. El hecho de ser el primer tratado global de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas del siglo XXI, hace de la CDPD un punto de inflexión en el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el inicio de una nueva visión sobre los grupos vulnerables en el mundo.

¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Disponible en <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

La necesidad de una convención de ese tipo parece indiscutible. Aunque algunas resoluciones de la Asamblea General de la ONU ya habían tratado sobre los derechos de las personas con discapacidad, ningún instrumento internacional obligatorio, hasta entonces, se había dedicado al tema².

La Convención surgió en un contexto en el que muchos afirmaban que el movimiento de creación de nuevos derechos, ya daba claros síntomas de agotamiento. Cuando la Asamblea General de la ONU decidió elaborar el texto, la orientación dada a los redactores fue la de que no se crearan propiamente nuevos derechos, sino que los derechos ya existentes, se adaptaran a las realidades de las personas con discapacidades. Cierto es que la creación descontrolada de derechos puede convertirse en un ejercicio vacío retórico³. Pero, cuando en 1984, Philip Alston clamaba por un “control de calidad” en la creación de nuevos derechos, recordaba que de ellos deberían surgir “expectativas realistas de cumplimiento por los Estados”⁴.

Sin embargo, incluso ante tales reservas, hay razones plausibles para creer que la CDPD no solo creó algunos derechos (aunque un número pequeño), sino que también abrió la posibilidad de reconsiderar la propia categoría de los derechos humanos mediante los derechos de las personas con discapacidad.

Desde el punto de vista de la creación de nuevos derechos, algunos autores mencionan disposiciones como, por ejemplo, el derecho a la investigación y al desarrollo (art. 4, 1, f), la concienciación (art. 8) o la protección social y la reducción de la pobreza (art. 28, 2, b)⁵. Estas serían realmente las creadoras de derechos. Otros autores, como Frédéric Mégret, prefieren hablar del surgimiento de un derecho a la autonomía de las personas con discapacidad. Aunque esa palabra no se encuentre definida en la Convención, se definiría como la “habilidad de personas con

² Ver KAYESS, R. and FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, p. 12.

³ FLYNN, E., *From Rhetoric to Action: Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge University Press: Cambridge, 2011, pp. 18-19.

⁴ ALSTON, P., “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control”, *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, p. 621.

⁵ KAYESS, R. and FRENCH, P., ob. cit., p. 32.

discapacidad para hacer cosas por ellas mismas sin la ayuda de otros". Se puede encontrar una fuerte expresión de ese derecho, por ejemplo, en el art. 12, 2, que establece que el disfrute de la capacidad jurídica deba ser reconocido a las personas con discapacidad⁶.

Y es ese "derecho a la autonomía" uno de los elementos que hace al propio Mégret considerar que la CDPD contiene quizás, la semilla que puede llevar a la propia reconceptualización de la propia categoría de los derechos humanos. Esto sucede porque, tradicionalmente, la idea de derechos humanos presupone la idea de autonomía individual⁷. Reconocer el derecho a la autonomía a alguien, significa afirmar que hay muchos seres humanos que, por diversas circunstancias, no poseen o no pueden ejercer su autonomía.

La autonomía, como presupuesto para el reconocimiento de derechos – y no como derecho en sí mismo – necesita ser reconsiderada y la CDPD ayuda en el esfuerzo.

Si no fuera por eso, la CDPD también desafía los postulados tradicionales sobre la manera de concebir, interpretar y aplicar los derechos humanos en el plano internacional, en la línea de Mégret. En el texto de la convención, por ejemplo, existen derechos que establecen obligaciones positivas y negativas al mismo tiempo, o que se encuadrarían simultáneamente en el grupo de los derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales. La CDPD también identifica potenciales violadores de derechos humanos no solo en el Estado, sino también en los individuos. Además establece derechos que al mismo tiempo exigen un cumplimiento inmediato o progresivo en el tiempo; derechos que tanto merecen ser contemplados desde la perspectiva de la prevención, como de la corrección⁸.

Además de la creación — y quizás, reconceptualización — de los derechos humanos, algunos elementos incorporados al texto de

⁶ MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, 2008, pp. 510-511.

⁷ *Idem*, pp. 513-514.

⁸ Ver MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights", *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, 2008, pp. 261-277.

la CDPD pueden ayudar a mostrar los caminos de la evaluación y del monitoreo de las normas internacionales de los derechos humanos en el futuro, como: la mayor interacción con el derecho interno, las nuevas formas de monitoreo o la necesidad de producción de los indicadores necesarios para tener una mejor perspectiva sobre cómo los derechos afectan a la vida de los individuos.

En este capítulo, haré una sucinta presentación de la estructura de la Convención y de su Protocolo Facultativo. A continuación, tomaré dos elementos para investigar cómo la CDPD viene siendo aplicada en la práctica por su principal órgano de monitoreo: el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (Comité). Incluso sabiendo que la actuación del órgano es reciente, aquí se tomará como referencia para tener una idea de las tendencias del estancamiento o la innovación existentes en el campo de los derechos de las personas con discapacidad. La idea es presentar un amplio cuadro sobre cómo se organiza el tema en el ámbito global y cómo, en la práctica, los derechos de las personas con discapacidad avanzan, mediante la consideración de los informes presentados por los Estados miembros y las decisiones sobre las comunicaciones individuales.

2. ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN Y DEL PROTOCOLO ADICIONAL

La CDPD sigue, en general, la estructura de otros tratados de derechos humanos, en el ámbito de las Naciones Unidas, que velan por la protección de los grupos vulnerables. Aparece, en primer lugar, la presentación de conceptos, seguida de la disposición de los principios y las obligaciones generales. A continuación, el establecimiento de diversos derechos aplicables a las personas con discapacidad, lo que compone la mayor parte del texto. Después, la Convención dispone sobre el mecanismo de evaluación del cumplimiento de sus disposiciones: el Comité, sobre los derechos de las personas con discapacidad. La parte final se compone de artículos sobre la entrada en vigor, reservas, denuncia, textos auténticos etc.

Según los comentaristas de la Convención, es posible identificar cuatro temas sobre los que informa el texto,

especialmente los derechos que en ella se enumeran: igualdad, autonomía, participación y solidaridad⁹.

En el ámbito de la igualdad, se podrían encuadrar derechos como: igualdad y no discriminación (art. 5), libertad y seguridad de las personas (art. 14), protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16). Es importante entender que es en ese ámbito donde operan categorías importantes para el respeto al derecho de las personas con discapacidad, como la necesidad de que el Estado realice ajustes razonables con el fin de evitar discriminaciones contra personas con discapacidad (art. 5, 3) o la apertura para la aplicación, por parte de los Estados, de políticas de acción afirmativa para personas con discapacidad (art. 5, 4).

Las disposiciones sobre la autonomía se observan, por ejemplo, en el igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), en el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19) o en el respeto de la privacidad (art. 22). La autonomía guarda aquí una estrecha relación con la idea de autodeterminación de la que deben gozar las personas con discapacidad. Algunos autores llegan incluso a igualar los conceptos. Es el caso de Gerard Quinn y Theresia Degener, para quienes “el concepto de autonomía o autodeterminación” “demanda que la persona se encuentre en el centro de todas las decisiones que le afectan a él o ella”¹⁰. Frédéric Mégret, a su vez, como ya ha quedado comprobado, le da a la autonomía un sentido mucho más amplio.

El tercer tema sobre el que informa fundamentalmente la Convención, la participación, se puede encontrar en derechos como: la accesibilidad (art. 9), el acceso a la justicia (art. 13), el derecho a la educación y a la salud (art. 24 y 25) o a la participación en la vida política y pública (art. 29). Aquí, entra en escena la manera con la que se le da visibilidad y acceso a las diferentes pretensiones por parte de las personas discapacitadas. Es importante entender que en la propia negociación del texto de

⁹ Ver, v.g., FLYNN, E., ob. cit., p. 13.

¹⁰ QUINN, G., DEGENER, T. et al. *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments*. United Nations: New York and Geneva, 2002, p. 1.

la Convención, se permitió que diversas entidades de la sociedad civil pudiesen participar, aportando temas y cuestiones.

Por último, la solidaridad se puede encontrar en disposiciones como: la toma de conciencia (art. 8) — lo que implica medidas como la sensibilización de la sociedad para el respeto a los derechos de los discapacitados, luchar contra estereotipos etc. — el nivel de vida adecuado y la protección social (art. 28) o la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30). Aquí, es importante percibir que la Convención pretende trascender los propios límites del “jurídico”. Si la definición de solidaridad como “decencia para con los otros” o “respeto al ‘espíritu común’” puede parecer muy fluida, especialmente a los juristas, es porque el reclamo a la moralidad “sugiere la retención de un flanco abierto de moralidad inacabada”¹¹. La Convención pretende que esa indefinición entre legalidad y moralidad quede abierta, en beneficio de las personas con discapacidad.

La CDPD contiene una importante innovación, respecto a la consagración explícita del principio de la aplicación de la norma más favorable (*pro homine*) en casos en los que la legislación interna u otra norma de derecho internacional (*inclusive consuetudinaria*) sea más favorable que lo tratado en garantía de los derechos a personas con discapacidad.

Eso se contempla en el art. 4, 4. Es verdad que el principio *pro homine* ya estaba establecido en otros tratados de derechos humanos (v.g. CEDAW, art. 23) y constituye un principio hermenéutico de derecho internacional de los derechos humanos¹². La redacción del art. 4, 4, no obstante, es bastante amplia, sea porque incorpora posibles antinomias entre la CDPD y cualquiera de las otras normas de derecho internacional, sea porque busca evitar la restricción o la derogación de los derechos en virtud de tal antinomia.

¹¹ DENNINGER, E., “Security, Diversity, Solidarity – Instead of Freedom, Equality, Fraternity –”, *Constellations*, vol. 7, 2000, p. 514.

¹² Ver CANÇADO TRINDADE, A. A. “A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”, en CANÇADO TRINDADE, A. A. (coord.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, 2ª ed, IIDH, CICV, ACNUR, Governo da Suécia: San José, 1996, pp. 232-233.

La Convención establece al ya mencionado Comité para los derechos de las personas con discapacidad, como órgano de monitoreo del tratado. El Comité posee competencias en relación a todos los Estados Miembros, para considerar sus informes periódicos sobre las medidas que han tomado para cumplir las obligaciones establecidas de la CDPD y los progresos hechos en ese sentido. En este punto, no varía del modelo tradicional adoptado para el monitoreo del cumplimiento de otros tratados de derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas. El Protocolo Facultativo, sin embargo, establece más competencias para el Comité, siendo al menos una de ellas, bastante innovadora. En relación a los Estados Miembros en el Protocolo Facultativo, el Comité puede recibir y considerar comunicaciones individuales. La competencia innovadora del Comité dice respecto a aquella establecida en los arts. 6 y 7 del Protocolo Facultativo, que le permitirá solicitar al Estado informaciones sobre denuncias de violaciones graves o sistemáticas a la Convención, lo que puede incluir la visita al territorio del Estado Miembro. Tal competencia, no obstante, puede dejar de ser reconocida inclusive por los Estados que forman parte del Protocolo Facultativo.

Es importante resaltar que durante los debates que secundaron la creación de la CDPD, mucho se habló sobre la necesidad de perfeccionar el sistema de monitoreo del tratado, cuyas deficiencias se van acumulando con el tiempo. En este sentido, al mismo tiempo que se crea un órgano internacional más, la Convención estudia algunas disposiciones con vista a perfeccionar el sistema para alcanzar una mayor interacción entre entidades internacionales e internas, para la protección de los derechos de las personas con discapacidad¹³. Algunos ejemplos merecen ser destacados en ese sentido.

Primero, el art. 33 de la Convención, que contempla la implementación y el monitoreo a nivel nacional, exige que el Estado Miembro establezca uno o más enfoques dentro de su estructura interna, que serán los elementos de conexión entre la Convención y sus órganos de monitoreo y el propio Estado. La

¹³ Ver FLYNN, E., ob. cit., pp. 21-41.

creación de ese enfoque ayuda a racionalizar la interacción entre el ámbito interno y el internacional, al mismo tiempo que desmotiva el derroche de recursos y acciones, para la protección de derechos de personas con discapacidad.

La segunda innovación trata de la obligación, prevista en el art. 31 de la Convención, por parte del Estado, para recopilar datos y estadísticas sobre los derechos de personas con discapacidad.

También son dignas de mención las competencias del Comité para: (a) recibir reclamaciones colectivas (art. 1, 1 del Protocolo Facultativo); (b) interactuar con organizaciones no gubernamentales y órganos internacionales de derechos humanos relacionados con las personas con discapacidad (v.g. art. 4, 3; 33, 34; 35 y 38 de la CDPD); (c) establecer procedimientos para administrar mejor los plazos de entrega de informes por los Estados (art. 36, 2). También se prevé que la Conferencia de los Estados Miembros de la Convención, se reunirá periódicamente (art. 40)¹⁴.

El mecanismo de monitoreo de la CDPD es, de esta forma, una mezcla de las estructuras consolidadas en otros tratados de derechos humanos y la (tímida, pero que merece ser destacada) innovación, surgida de un deseo de mejorar del sistema internacional de derechos humanos, algunas de sus deficiencias¹⁵.

3. LA COMPETENCIA PARA EXAMINAR INFORMES DE LOS ESTADOS: UN BREVE ESTUDIO DE CASO

Según el art. 35 de la CDPD, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidades (Comité), tiene competencia para requerir y examinar informes presentados por los Estados Miembros sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la Convención.

La presentación de informes periódicos es ya una práctica en los tratados más importantes de los derechos humanos

¹⁴ Ver STEIN, M. A. and LORD, J. E. "Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential", *Human Rights Quarterly*, vol. 32, 2010, p. 696.

¹⁵ Para una detallada exposición sobre el surgimiento del mecanismo de monitoreo de la CDPD y de las posibilidades que abrió para todo el sistema de monitoreo de tratados de derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas, ver *Idem*, pp. 689-728.

promovidos por la ONU. En este aspecto, no hay nada propiamente nuevo en la Convención. Una posible novedad reside en la forma en la que el Comité, en los próximos años, examinará los informes y qué medidas tomará cuando compruebe un incumplimiento considerado como una las obligaciones de la CDPD.

Por el hecho de que la CDPD haya entrado en vigor hace un tiempo relativamente reciente, el 3 de mayo de 2008, ha sido en los últimos dos años cuando los informes presentados por los primeros Estados Miembros, se están sometiendo a examen. Vale la pena analizar un poco más detenidamente las consideraciones sobre el informe de Argentina. El hecho de tratarse de un estado latinoamericano política y jurídicamente influyente en la región y su estructura compleja (federal), ayudan a comprender algunos de los desafíos que el Comité encontrará para el monitoreo de las disposiciones de la CDPD.

Las observaciones finales al informe se hicieron en la sesión realizada en septiembre de 2012¹⁶.

Aunque haya resaltado algunos aspectos positivos del Estado Miembro con la CDPD — como la adopción de leyes específicas sobre discapacitados — el Comité se centró en aspectos que generan preocupación y llevan a la formulación de recomendaciones.

La preocupación por las dificultades de la implementación de las obligaciones convencionales en virtud de la estructura federal del Estado argentino, son patentes y recurrentes. Existe, por ejemplo, una divergencia entre las legislaciones de algunas provincias y la Convención. El Comité también entendió que la estructura federal dificulta la afirmación de la accesibilidad de personas con discapacidad.

El Comité encontró dificultades en el acceso de los discapacitados a los recursos judiciales y administrativos para denunciar las discriminaciones que hayan sufrido.

También llamó la atención del Comité la falta de una estrategia de transversalización del enfoque del género y la

¹⁶ NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo periodo de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012) CRPD/C/ARG/CO/1.

discapacidad en la legislación y en los programas específicos para mujeres. Como es sabido, la transversalización es uno de los principales elementos informadores de la CDPD. Al menos en dos artículos específicos (arts. 6 y 7) y en el preámbulo, el tratado enfoca la cuestión de la protección, respectivamente, de mujeres y niños con discapacidad. El reconocimiento de que es necesario un nivel mayor de protección a estos segmentos de la sociedad, surge de la constatación de que la categoría “discapacitados” no es unívoca si se considera en el contexto social. A partir de esa constatación, el Comité recomendó la inclusión de la perspectiva de la discapacidad en todas las políticas de igualdad de género y en el sistema de protección de los derechos de niños y adolescentes, inclusive en la legislación relativa al tema.

El Comité llamó la atención al informe de Argentina en relación a la existencia de leyes vigentes y proyectos de ley basados en el modelo de sustitución de la voluntad de la persona, lo que contraría el derecho al igual reconocimiento ante la ley (art. 12). Además de instar a la revisión de la legislación existente para que el modelo de sustitución de la voluntad de la persona discapacitada no persista, el Comité propone la necesidad de capacitación de los jueces para que ayuden al sistema de apoyo en la toma de decisiones por parte de los propios discapacitados, en lugar de insistir en figuras como la tutela y la curatela.

Respecto al derecho a la educación, fue expresada la enorme preocupación por el gran número de niños atendidos en escuelas especiales, especialmente en virtud de la ausencia de centros que apoyen la inclusión de estudiantes con discapacidad. El Comité insiste en que los estudiantes con discapacidad se incorporen a las escuelas inclusivas y que Argentina ofrezca ajustes razonables a los estudiantes con discapacidad para que se incorporen al sistema educativo general.

Las observaciones recuerdan que, a pesar de las recientes modificaciones inclusivas del Código Electoral Argentino, hay medidas que todavía necesitan ser tomadas como: el voto de personas declaradas incapaces por vía judicial o la mejora de la accesibilidad de personas institucionalizadas a los lugares de votación.

Cabe resaltar que, en cuanto a la obligación del Estado de recopilar datos y estadísticas sobre discapacidad, el Comité urge a Argentina que elabore indicadores que consideren cuestiones de múltiple discriminación e interseccionalidad en relación a personas con discapacidad.

El Comité además observa la necesidad del Estado Miembro de contar con la participación de organizaciones de personas con discapacidad en la preparación del segundo informe que tendrá que presentar.

Tales observaciones en relación al caso argentino, pueden ayudar a identificar las tendencias y las perspectivas del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Si se toman en consideración con el texto de la Convención y los grandes debates actuales sobre el tema de los derechos de las personas con discapacidad, el contenido de las observaciones puede ayudar a comprender algunos presupuestos que probablemente seguirá el órgano en el análisis de informes futuros y en su actuación en general. Enumero aquí algunas conclusiones que, aunque provisionales, se pueden sacar de las observaciones del Comité:

- a. **Cuestiones de protección de los derechos de personas con discapacidad que deben considerarse desde su perspectiva de varios niveles.** La estructura de los Estados asociados muestra claramente que es necesario un diálogo entre las instituciones internacionales y las entidades subestatales, como Estados y provincias. Parece que se ha agotado el modelo de comunicación donde la Unión u otra entidad que represente el Estado internacionalmente, funcione siempre como intermediaria en el diálogo. Las observaciones sobre la divergencia entre la legislación provincial argentina y la Convención demuestran la necesidad de revisar la cuestión, y esa conclusión no parece estar muy lejos de lo que pretende el Comité como órgano de evaluación de la CDPD.
- b. **El cumplimiento de las obligaciones internacionales depende no solo de la reforma legislativa en el ámbito interno, sino que implica también medidas**

de educación y capacitación de los jueces. Esto es especialmente válido para los derechos de las personas con discapacidad donde los estereotipos y los prejuicios vienen disfrazados de diversas formas jurídicas, sea la ley, la doctrina de autores o las decisiones judiciales.

- c. **La transversalización de la protección de las personas con discapacidad parece que será uno de los principales focos de actuación del Comité.** La identificación, por parte de la Convención, de grupos específicos, como mujeres y niños, no acabará con la necesidad de profundización de tal estrategia. Siguiendo ese camino, el Comité tendrá que enfrentarse con más detenimiento a la cuestión, por ejemplo, de grupos LGBTT en su relación con la discapacidad. También la existencia de refugiados con discapacidad será otro ejemplo de transversalización del que el Comité tendrá que, de alguna manera, dar cuenta.
- d. **El Comité asume una posición clara sobre la necesidad de reducción de las escuelas especiales para discapacitados y el aumento de las escuelas inclusivas.** Tal postura, no obstante, puede generar alguna controversia ya que algunos analistas creen que una política más eficiente sería actuar en los dos frentes al mismo tiempo, insistiendo en las escuelas inclusivas y en las escuelas especiales, pues una inclusión completa llevará una gran cantidad de tiempo¹⁷.
- e. **La preocupación por la ampliación del derecho al voto y una mayor accesibilidad a los lugares de votación, necesitará una acción conjunta con otros órganos de monitoreo, debido a la repercusión del tema.** En ese sentido se han tomado medidas, como demuestran varias cuestiones establecidas en el ámbito

¹⁷ Sobre la necesidad de un *“twin track”* en temas relativos a la inclusión, ver MWENDWA, T. N., MURANGIRA, A., LANG, R., *Mainstreaming the Rights of Persons with Disabilities in National Development Frameworks*, en ZIEGLER, D. A (coord.), *Inclusion for All: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, IDEBATE Press: New York, 2010, p. 133.

del Consejo de Derechos Humanos sobre la participación política y en la vida pública de personas con discapacidad¹⁸.

- f. La obligación de recopilación de datos sofisticados que incluya la dimensión transversal de los derechos de las personas con discapacidad, se encuentra con el debate actual sobre la necesidad de mejores indicadores de derechos humanos¹⁹. **Para una actuación más amplia, el Comité necesitará contar con indicadores más precisos, y necesitará que los Estados Miembros proporcionen datos con el fin de que las políticas para las personas con discapacidad puedan producir mejores resultados.**
- g. Una cuestión poco afrontada por el Comité, pero que tendrá que ocupar una posición central en el debate de la CDPD, es la que se refiere a la **relación entre la discapacidad y la pobreza**. El Banco Mundial ya se ha adentrado en esa cuestión²⁰, y una visión más ligada a los fundamentos que informan el movimiento internacional de los derechos humanos -y no sólo a la perspectiva más economicista en las instituciones financieras internacionales- será necesaria.

4. LA JOVEN JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES

Por tratarse de uno de los órganos de evaluación de tratados de derechos humanos en el plano global más recientemente instituidos, permanecen algunas dudas sobre la actuación del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidades.

Hasta mediados de abril de 2012, el Comité examinó solo dos comunicaciones individuales en el ámbito del Protocolo Facultativo

¹⁸ Ver <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13086&LangID=E>

¹⁹ Para una visión lúcida sobre el asunto, con sus diversas consecuencias, ver, v.g., MERRY, S. E. *Measuring the World: Indicators, Human Rights, and Global Governance*, *Current Anthropology*, vol. 52, 2011, pp. 583-595.

²⁰ Ver KAUR, I., *Including Persons with Disabilities in Development: Opportunities and Accessibility*, en ZIEGLER, D. A. (coord.), ob. cit., pp. 119-125.

de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). Incluso así, aunque el número sea pequeño, ya es posible sacar algunas conclusiones, aunque provisionales, sobre la relación entre el Comité y los demás órganos de evaluación de los derechos humanos en el plano global, y la extensión que llevará a la interpretación de los derechos humanos consagrados en la CDPD.

La primera decisión implicó a Suecia y a una ciudadana del mismo Estado (Comunicación No. 3/2011)²¹. La autora de la comunicación sufría el síndrome de Ehlers-Danlos, un trastorno crónico de los tejidos conjuntivos que le causó, entre otras enfermedades, hipermovilidad, luxaciones, músculos débiles y una grave neuralgia crónica. Como consecuencia, la autora alegó que durante ocho años no pudo caminar, ni ponerse de pie, y que tuvo dificultades para sentarse. Además, alegó que no podía tomar medicamentos, ya que padecía hipersensibilidad a ellos. Debido al aumento del riesgo de lesiones, relató que no podía salir de casa ni ser transportada a un hospital o centro de rehabilitación. Un médico le recomendó, con el fin de mejorar la calidad de vida de la mujer, la hidroterapia. De esta forma, ella solicitó el permiso para construir una piscina en un área de su propio terreno donde, por limitaciones del plan urbanístico de la ciudad en la que vivía, no se podía edificar. El permiso fue inicialmente rechazado, lo que posteriormente mantuvo el Tribunal Administrativo Supremo. Entre otras razones, la autora argumentó que la negativa de construcción en el área prohibida, violaba su derecho a la igualdad de oportunidades de rehabilitación y mejoría de la salud.

Tras considerar superados los requisitos de admisibilidad, con el agotamiento de los recursos internos, el Comité decidió que el Estado sueco había violado las disposiciones de la CDPD. Reafirmó, sin embargo, en la línea de posicionamiento habitual de otros órganos de evaluación de derechos humanos, que artículos como el 1 y el 2 de la Convención, dado su carácter general, solo pueden ser susceptibles de reclamación en conjunto con los derechos

²¹ NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Comunicación No. 3/2011, Dictamen aprobado por el Comité en su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 16 a 27 de abril de 2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

sustantivos. En relación a las alegaciones de violación de diversas disposiciones de la Convención que no fueron debidamente fundamentadas, al igual que los otros órganos internacionales, el Comité decidió considerarlas inadmisibles.

En lo referente a las disposiciones consideradas violadas, el Comité indicó que una ley aplicada con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no toma en consideración la situación de las personas con discapacidad. Otra razón resaltada por el Comité fue que la construcción de la piscina era el único medio efectivo disponible para atender las necesidades de la salud de la autora. De ese modo, el desvío del plan urbanístico no impondría una “carga desproporcionada o indebida” al Estado Miembro. Por el contrario, la negativa de construcción de la piscina era, esta sí, desproporcionada, causando un efecto discriminatorio a la autora, una persona con discapacidad. La negativa también privó a la autora de la hidroterapia, única opción para facilitar su existencia e inclusión en la comunidad.

Se consideraron violados los siguientes derechos sustantivos: 5 (1 y 3) (igualdad y no discriminación), 19 (b) (derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), 25 (derecho a la salud) y 26 (derecho a la habilitación y la rehabilitación). Se estableció que se volviera a examinar la solicitud para la construcción de la piscina y que la autora recibiese una indemnización por los costos derivados de preparar la comunicación. También se determinó que el Estado evite que hechos similares se repitan en el futuro.

La segunda decisión (Comunicación No. 6/2011) no llegó a entrar en materia²².

El caso trataba de un ciudadano británico que alegaba que su Estado había violado diversas disposiciones de la CDPD. Más específicamente, sostuvo que, en virtud de tener diabetes de tipo 1, había sido, de manera discriminatoria, despedido de su empleo en la empresa Oracle.

²² NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Comunicación N^o. 3/2011, Dictamen aprobado por el Comité en su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 16 a 27 de abril de 2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

En su respuesta, el Reino Unido mantuvo que los actos declarados violatorios de la Convención habían ocurrido anteriormente a su entrada en vigor, el 6 de septiembre de 2009. Es importante considerar que no hubo ningún tipo de réplica sobre la consideración de la diabetes de tipo 1 como una discapacidad.

Al final, el Comité aceptó el argumento británico de “inadmisibilidad *ratione temporis*”, por no ser posible, según el art. 2º, f, del Protocolo Facultativo, reconocer las comunicaciones individuales relativas a los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención para el Estado Miembro. Reconoció también que, en ese caso, la violación no había prolongado sus efectos hasta después de la referida entrada en vigor, hecho que llevaría a la necesidad del Comité de admitir la comunicación individual.

Ante los dos casos, se pueden sacar algunas conclusiones.

- h. **En cuestiones procedimentales, el Comité sobre derechos de las personas con discapacidad, muy probablemente seguirá la jurisprudencia masiva de los órganos similares en el ámbito de las Naciones Unidas.** Esto queda claro por su posición sobre temas como el agotamiento de recursos internos, la imposibilidad de alegación de violación autónoma de dispositivos dotados de generalidad o la jurisdicción *ratione temporis*.
- i. **En cuestiones de fondo, el Comité probablemente continuará haciendo uso, también como los otros órganos similares en el ámbito de las Naciones Unidas, de nociones como el principio de la proporcionalidad para el análisis de las violaciones a un texto convencional.**
- j. **En cuestiones de fondo, el Comité probablemente usará la idea de discriminación positiva como línea esencial para interpretar las disposiciones de la CDPD.** En ese sentido, todo indica que se le dará un sentido amplio al art. 5, 4 de la Convención, el cual dispone: “No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de

hecho de las personas con discapacidad". Esto sucede porque tal dispositivo, por su redacción de forma negativa, no necesariamente acoge la discriminación positiva.

- k. **En cuestiones de fondo, existen indicaciones de que el Comité estará abierto a ampliar y adaptar el concepto de personas con discapacidad.** Al no contestar que la diabetes de tipo 1 es una forma de discapacidad, el Comité, aunque no se haya pronunciado expresamente sobre el asunto, parece estar dispuesto a insistir en un concepto de discapacidad centrado en el individuo y no en una supuesta "enfermedad", tal y como lo hace el art. 1º de la CDPD que no establece una lista de discapacidades. O sea, un enfoque de derechos humanos, y no propiamente médico, parece que continuará siendo otra línea importante para que el Comité analice casos de violación a la CDPD.

5. CONCLUSIONES

Hacía tiempo que era necesaria una convención exclusivamente centrada en el derecho de las personas con discapacidad, y que al mismo tiempo refuerza el sistema internacional de protección de los derechos humanos, como posiblemente abre nuevos horizontes para pensar en la propia categoría de derechos humanos en el derecho internacional.

Con un conjunto de dispositivos que no solo refuerza los derechos ya existentes, sino también con disposiciones innovadoras, la CDPD completa y densifica el catálogo de derechos humanos. Su mecanismo de evaluación y monitoreo, al mismo tiempo que parte de la experiencia de órganos similares en otros de derechos humanos, incorpora algunas innovaciones que el movimiento internacional de derechos humanos ha debatido en los últimos años. Así, si la Convención, y también su Protocolo Facultativo, no representan una innovación total en el campo, no se pueden dejar de reconocer los diversos caminos que abren.

Aunque todavía sea pronto para evaluar la actuación del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, todo

lleva a creer que no se alejará de sus similares, sea en el análisis de los informes de los Estados, sea en la decisión sobre las peticiones individuales.

En esta mezcla de consolidación de conquistas ya alcanzadas e innovación, la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad comenzó el siglo XXI con la promesa de la inclusión de aquella que es tal vez la mayor minoría existente del género humano. Y tal inclusión, para tener éxito — lo que vehementemente se espera — exigirá un replanteamiento profundo sobre la forma en la cual establecemos y garantizamos internacionalmente los derechos. Que estemos a la altura de esa difícil, aunque recompensadora, tarea.

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- FLYNN, E., *From Rhetoric to Action: Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge University Press: Cambridge, 2011.
- KAYESS, R. and FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, pp. 1-34.
- MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, 2008, pp. 510-511.
- MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights", *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, 2008, pp. 261-277.
- QUINN, G., DEGENER, T. et al. *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments*. United Nations: New York and Geneva, 2002.
- ZIEGLER, D. A (coord.), *Inclusion for All: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, IDEBATE Press: New York, 2010.

7. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

Naciones Unidas - Enable: <http://www.un.org/disabilities/>
Comité sobre los derechos de las personas con discapacidades:
<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/crpdindex.aspx>

8. JURISPRUDENCIA BÁSICA

NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Comunicación N°. 3/2011, Dictamen aprobado por el Comité en su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 16 a 27 de abril de 2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Comunicación N°. 3/2011, Dictamen aprobado por el Comité en su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 16 a 27 de abril de 2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo periodo de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012) CRPD/C/ARG/CO/1.