

5

LA INCORPORACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. PRINCIPALES REGULACIONES Y ESTÁNDARES POST-CONVENCIÓN¹

Renata Bregaglio Lazarte
Pontificia Universidad Católica de Lima

Resumen

El objetivo del presente capítulo es analizar el derrotero de la problemática de la discapacidad en el sistema interamericano y su contraste con el modelo social. En ese sentido se analizarán los diversos instrumentos en la materia, así como la estructura orgánica encargada de la promoción de los derechos de este colectivo, y la práctica desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

1. INTRODUCCIÓN

El cambio de paradigma de la discapacidad ha generado una multiplicidad de cambios sociales, políticos y jurídicos. La idea del modelo social, es decir, que la discapacidad no surge solamente de la persona sino de la interacción entre la deficiencia de la persona y la sociedad² ha alterado las percepciones que, erróneamente, mantenían excluidas a un significativo porcentaje de la población mundial. Como es evidente, el Derecho no podía verse ajeno a esta dinámica. Es así que, a través de diversas estrategias, la problemática de la discapacidad ha ingresado a la dimensión jurídica. En el caso de los derechos humanos, podemos mencionar, como punto de quiebre, a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPCD), aprobada en el año 2006 y en vigor desde mayo del 2008. Dicho tratado es el instrumento

¹ Agradezco a Renato Constantino Caycho en su labor como asistente de investigación para la elaboración de este documento.

² Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, Preámbulo.

jurídico que consagra el modelo social y especifica los derechos de las personas con discapacidad.³

Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos han ido acogiendo esta idea tanto a través de su práctica como a través de la inclusión de nuevos instrumentos jurídicos que sustenten dicha idea. En ese sentido, el objetivo del presente artículo es analizar el derrotero de la problemática de la discapacidad en el sistema interamericano. En ese sentido se analizarán los diversos instrumentos en la materia, así como la estructura orgánica encargada de la promoción de los derechos de este colectivo, y la práctica desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

2. EL CONJUNTO DE NORMAS ORIENTADAS A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El principal instrumento del sistema interamericano, es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴, no contiene una disposición explícita sobre los derechos de las personas con discapacidad. El Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador),⁵ por su parte, establece (aunque con una terminología poco apropiada) la protección específica a las personas con discapacidad en su artículo 18.

³ Respecto al debate acerca de si la CDPCD establece nuevos derechos o solo reafirma los derechos humanos ya reconocidos en otros instrumentos internacionales, ASTORGA señala que el debate no está zanjado, y que en su opinión existe por lo menos un derecho que emerge como nuevo en este tratado: el derecho a la habilitación (del cual son beneficiarias las personas que al nacer tienen una deficiencia), y el derecho a la rehabilitación (del cual son beneficiarias todas las personas con deficiencias físicas, sensoriales, intelectuales o psicosociales). Ver ASTORGA, Luis Fernando. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo.* En: *Revista CEJIL*, año III, N° 4, diciembre de 2008, p. 139.

⁴ Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. En vigor desde el 18 de julio de 1978.

⁵ Adoptado el 17 de noviembre de 1988. En vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

Artículo 18

Protección de los Minusválidos

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

- a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;
- b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;
- c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;
- d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

Asimismo, el Protocolo de San Salvador recoge disposiciones específicas sobre el disfrute de las personas con discapacidad en los derechos a la educación⁶ y al trabajo.⁷

En materia de instrumentos específicos, a diferencia del sistema universal, el sistema interamericano no ha tendido a establecer tratados tomando en cuenta a poblaciones vulnerables⁸

⁶ Protocolo de San Salvador. Artículo 13.3.e

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

⁷ Protocolo de San Salvador. Artículo 6.2

Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

⁸ En el caso del sistema universal podemos mencionar, además del caso de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención sobre los derechos del Niño, la Convención sobre los derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias, la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, y la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer.

sino, más bien, considerando diferentes problemáticas.⁹ A pesar de ello, la discapacidad no ha sido un tema ignorado en el sistema interamericano. Podemos anotar en primer lugar a la Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer - "Convención de Belém Do Pará".¹⁰ Esta constituye el primer y único tratado internacional que aborda específicamente el tema de la violencia contra la mujer, y en su artículo 9 establece que:

Para la adopción de las medidas a las que se refiere este capítulo, los Estados partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras cuestiones, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer como objeto de violencia cuando esté embarazada, sea discapacitada, menor de edad, anciana, o esté en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

De manera más reciente, se han adoptado en el sistema interamericano la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.¹¹ Esta última es particularmente importante puesto que reconoce a la discapacidad como un supuesto de discriminación. Aspectos interesantes de ambas convenciones es el señalamiento de prohibición de discriminación en los ámbitos público y privado. Ello confirma también una tendencia que ha venido desarrollándose y que fue plasmada por CorteIDH en la Opinión Consultiva N° 18, en la cual señaló que los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea

⁹ Se puede mencionar: el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará"; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

¹⁰ Adoptado el 9 de junio de 1994. En vigor desde el 5 de marzo de 1995.

¹¹ Ambas adoptadas el 5 de junio de 2013.

obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.¹²

Resulta interesante también la definición de discriminación indirecta, aquella que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro, es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

De igual manera, ambas convenciones establecen el concepto de “discriminación múltiple”, entendida como cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos y que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales

Por otro lado, el sistema interamericano cuenta con un tratado específico en materia de discapacidad: la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPCD).¹³ No obstante, es importante tener presente que en tanto es un instrumento adoptado de manera previa a la CDPCD, muchas de sus normas o estándares no se adecúan completamente al modelo social. Ejemplo de ello es la definición de discapacidad establecida en el artículo I.1, que establece que

El término «discapacidad» significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (el resaltado es nuestro).

Si bien no puede decirse que la CIPCD plantea una definición completamente compatible con el modelo médico (en tanto

¹² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, párr. 110.

¹³ Adoptada el 7 de junio de 1999. En vigor desde el 14 de setiembre de 2001.

reconoce al entorno como posible factor causante), a diferencia del modelo planteado por la CDPCD (donde la discapacidad surge de la interacción entre la deficiencia y la barrera), la CIPCD posiciona la discapacidad en el individuo, a partir de su deficiencia.

De igual manera, puede mencionarse el artículo I.2.c), en donde se establece que “en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”. Si bien la CIPCD no postula la figura de la interdicción como un modelo necesario, a diferencia del paradigma de la CDPCD, sí plantea la posibilidad de que exista una interdicción “necesaria”.¹⁴

No obstante lo anterior, en una lógica de uniformizar estándares, la CorteIDH ha señalado que, al igual que la CDPCD, la CIPCD tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.¹⁵

De esta manera, pese a no existir ningún instrumento específico en discapacidad que se alinee plenamente al modelo social recogido en la CDPCD, ello no obsta a que se pueda aplicar tal instrumento a los derechos de las personas con discapacidad puesto que es importante tener en cuenta que los sistemas de protección de derechos humanos plantean una interpretación hermenéutica, donde los estándares de uno u otro se interrelacionan a efectos de lograr la interpretación más adecuada para el ser humano. Esto está íntimamente relacionado con el estándar del *corpus iuris* desarrollado por la CorteIDH, y entendido

¹⁴ Sobre la necesidad de eliminar el régimen de interdicción y sustitución de la voluntad ver Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012), parágrafos 19 y 20; Observaciones finales sobre el informe inicial de Hungría, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012), parágrafos 25 y 26; y Observaciones finales sobre el informe inicial de El Salvador, aprobadas por el Comité su décimo período de sesiones (2 a 13 de septiembre de 2013), parágrafos 27 y 28; entre otros.

¹⁵ Corte IDH. *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012, párr. 133.

como el conjunto de instrumentos internacionales referidos a la protección de un derecho o grupo social en situación de vulnerabilidad específico. Desde esta perspectiva, sería posible afirmar la existencia de un *corpus iuris* en discapacidad, mediante el cual sería posible hacer una interpretación conjunta (a la luz del modelo social) de la CADH, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador, el artículo 9 de la Convención de *Belem do Pará*, la CIPCD, y la CDPCD. Ello está directamente relacionado con lo establecido en los artículos 29.b) de la CADH que establece que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. De igual manera, el artículo VII de la CIPCD dispone que ella no puede interpretarse de forma tal que restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado parte está obligado

No obstante los cuestionamientos que puedan hacerse a la CIPCD, existen algunos aspectos que merecen ser resaltados. Tal vez el principal sea la conceptualización de la discriminación. A diferencia de la CDPCD, que establece la prohibición de discriminación por “motivo” de discapacidad;¹⁶ la CIPCD establece la prohibición de discriminación

Basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada (...)¹⁷

Si bien el término “motivo” planteado por la CDPCD permite incorporar todos los aspectos planteados por la CIPCD, resulta positivo en esta última, el señalamiento expreso de esas diferentes posibilidades, a efectos de advertir a los Estados las implicancias y posibles supuestos de discriminación.

¹⁶ Artículo 2.

¹⁷ Artículo I.2.a)

Finalmente, un instrumento que vale la pena resaltar, y que ha sido adoptado luego de la entrada en vigor de la CDPCD, son los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.¹⁸ Si bien la naturaleza de dichos principios es de *soft law*, estos revisten utilidad desde el punto de vista interpretativo, por lo que en materia de discapacidad resulta un instrumento interesante para analizar la situación de las personas con discapacidad psicosocial que se encuentran institucionalizadas en un centro de salud mental. En esa línea, el instrumento prescribe en su artículo 3 lo siguiente:

3. Medidas especiales para las personas con discapacidades mentales

Los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad.

3. LA LABOR DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La CIPCD establece al Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) como órgano supervisor de su cumplimiento.¹⁹ De acuerdo con el numeral 2) del mencionado artículo, el CEDDIS celebrará su primera sesión a los 90 días después de la décimo primera ratificación. En esos términos, la primera reunión se celebró el 28 de febrero de 2007.

¹⁸ Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008

¹⁹ Artículo VI.

De acuerdo con su reglamento,²⁰ el CEDDIS está integrado por un representante y dos suplentes designados por cada Estado Parte de la CIPCD, por un período de cuatro años sin posibilidad de reelección. Los miembros del CIPCD son independientes en el ejercicio de sus funciones.²¹

La utilidad práctica del CEDDIS para poner en conocimiento un caso es limitada, y más bien cumpliría funciones similares a las de la ex Relatoría sobre Discapacidad en Naciones Unidas, es decir, solicitar información a organizaciones en diferentes temas vinculados a los derechos de las personas con discapacidad. De esta manera, el CEDDIS tiene como principal función examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención e intercambiar experiencias entre los Estados partes.²² Para ello los Estados parte deben presentar informes periódicos (cada cuatro años) señalando las medidas que hayan adoptado en la aplicación de la CIPCD y cualquier progreso que hayan realizado en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.²³ Luego de recibidos y estudiados los informes de los Estados, El CEDDIS elaborará un informe que recogerá las conclusiones, observaciones y sugerencias generales para el cumplimiento progresivo de la CIPCD.²⁴

Por otro lado, en tanto órgano de control de la CIPCD, el CEDDIS mantiene, al igual que los órganos de los tratados del sistema universal, la facultad de interpretar el tratado que tutela. En la única observación general emitida hasta el momento,²⁵ el

²⁰ Aprobado por Resolución del 8 marzo 2007. OEA/Ser.L/XXIV.2.1. CEDDIS/doc.4/07 rev.3 corr. 1.

²¹ Artículo 2 del Reglamento del CEDDIS.

²² Artículo VI.5 de la CIPCD.

²³ Mecanismo de control establecido en el artículo VI.3 de la CIPCD y en los artículos 16 a 22 del Reglamento.

²⁴ Artículo 20 del Reglamento. Al 2013 solo no han presentado informes periódicos Haití y Honduras. Puede revisarse el contenido de los informes presentados por los Estados en el siguiente enlace http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-4_informes.asp (revisado el 1 de octubre de 2013).

²⁵ CEDDIS. Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 28 de abril de 2011.

CEDDIS ha apuntado una reinterpretación del artículo I.2 de la CIPCD a la luz del artículo 12 de la CDPCD, estableciendo que:

El artículo I.2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la O.E.A necesita ser reinterpretado a la luz del nuevo paradigma del artículo 12 citado.

No se trata solo de analizar la perspectiva de evaluar la legislación interna de cada Estado Parte en lo que respecta a la interdicción y curatela, sino también analizar, más allá de cuestiones jurídicas, las implicaciones prácticas de estas medidas estatales.

No debe confundirse el régimen de capacidad/incapacidad de ejercicio de los derechos en determinadas circunstancias, con la búsqueda de un modo de representación distinto de las personas con discapacidad que sostenga la autonomía de las mismas, reconozca su plena capacidad jurídica y personalidad jurídica, y proponga un modo de apoyos y salvaguardias, solo en los casos donde ello sea necesario. Es decir, partir de las capacidades de las personas, de aquello que pueden hacer por sí mismas, para luego determinar aquellas circunstancias que requieren de apoyos con salvaguardias.

4. LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

Tanto la CIDH como la CorteIDH han tenido la oportunidad de conocer casos y peticiones vinculados a la violación de derechos de las personas con discapacidad. En esta dinámica es importante advertir dos etapas: los casos resueltos antes la entrada en vigencia de la CDPCD (adscripción plenamente al modelo social) y los casos resueltos luego de la vigencia de dicho tratado.

4.1. La práctica jurisprudencial pre convencional

Un primer acercamiento a la discapacidad ha sido la asistencia en salud mental. De esta manera, en varias ocasiones, la CorteIDH ha establecido la obligación de los Estados de reparar con medidas de salud mental a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Estas medidas se traducen concretamente en el deber de brindar atención médica y psicológica gratuita, inmediata, adecuada y efectiva, incluyendo el suministro de medicamentos, a las víctimas y a sus familiares en los casos en que han sido declarados víctimas. Esto además guarda correspondencia con la calificación amplia que hace la Corte de las víctimas, considerando que los familiares de las víctimas de ciertas violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez,

víctimas de una violación del derecho a la integridad personal, en particular en aquellos casos referidos a desaparición forzada.²⁶ Así en los casos *Gonzales Medina y otros Vs. República Dominicana* se ordenó brindar, de forma inmediata, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas que así lo soliciten. Este tratamiento, según había precisado la CorteIDH en su parte considerativa, estaría referido solo a aquellos padecimientos psicológicos y físicos sufridos por las víctimas derivados de las violaciones establecidas en dicha sentencia.²⁷

De manera específica, tanto la CIDH como la CorteIDH han abordado también aspectos de violaciones de derechos a personas con discapacidad. En primer lugar se puede mencionar el caso *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*,²⁸ en el cual la CIDH determinó la responsabilidad del Estado por la muerte de una persona con discapacidad mental en un centro de reclusión. Asimismo, se estableció que el Ecuador no tomó las medidas pertinentes para la protección de la integridad de esta persona, tomando en cuenta su situación de discapacidad, al señalar que:

La violación al derecho a la integridad física es aún más grave en el contexto del caso particular donde la víctima, en situación de prisión preventiva y padeciendo una enfermedad mental, se encontraba bajo la custodia del Estado en una situación de particular vulnerabilidad.²⁹

Asimismo, en dicho caso la CIDH determinó que el sistema penitenciario ecuatoriano no estaba a la altura de los estándares internacionales sobre la asistencia médico psiquiátrica, de conformidad con los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, que establecen que las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de

²⁶ Corte IDH. *Blake Vs. Guatemala*, párr. 114; *Familia Barrios Vs. Venezuela*, de 24 de noviembre de 2011, párr. 301; y *González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, de 27 de febrero de 2012, párr. 270.

²⁷ CorteIDH *González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Op. Cit, párr. 293; *Contreras y otros Vs. El Salvador*, de 31 de agosto de 2011, párr. 198 y 199.

²⁸ CIDH. Informe N° 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo v. Ecuador. 13 de abril de 1999.

²⁹ CIDH. Informe N° 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo v. Ecuador. 13 de abril de 1999, pár. 72.

procedimientos penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental deben recibir la mejor atención disponible de salud mental;³⁰ así como con la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,³¹ que disponen que "[l]os alienados [sic] no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales y en el caso de que deban permanecer en prisión, deben permanecer bajo la vigilancia especial de un médico."³²

Es importante contextualizar esta decisión y tener en cuenta que ni la CIPCD, ni la CDPCD habían sido adoptadas, por lo que la lógica y el lenguaje del modelo social no formaban parte del marco conceptual de la discapacidad. Es por ello que se apela a la regulación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que apuestan por una remisión del recluso con discapacidad a un centro de salud mental. Dicha disposición hoy en día no sería compatible con el modelo social, y en particular, con el artículo 12 de la CDPCD (referido al reconocimiento de la capacidad jurídica), ya que reconocer la capacidad jurídica implica reconocer deberes y responsabilidad por su incumplimiento. En ese sentido si una persona con discapacidad mental comete un delito y debe ser detenido, no correspondería ordenar que cumpla condena en un centro de salud mental. Por el contrario, correspondería que el centro penitenciario tenga los recursos humanos y logísticos para brindar adecuado soporte a dicha persona.

No obstante lo anterior, resulta positiva la noción de doble vulnerabilidad o "particular vulnerabilidad" que plantea la CIDH, y que será posteriormente retomada en el caso *Ximenes López Vs. Brasil*, donde la CorteIDH señala que:

³⁰ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, A.G. res. 46/119, 46 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 189, ONU Doc. A/46/49 (1991); principios 20.1 y 20.2. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/spanish/st2pppmif.html>

³¹ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977,

³² CIDH. Informe N° 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo v. Ecuador. 13 de abril de 1999, párr. 77.

Las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo y, por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos.³³

Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.³⁴

Otra de las decisiones de la CIDH relevante para esta materia, es la medida cautelar adoptada en el 2003 y reafirmada en el 2008 con respecto a los pacientes del Hospital Psiquiátrico de Paraguay.³⁵ En dicha medida, la CIDH estableció protecciones para las personas con discapacidad mental internadas en dicho nosocomio. Si bien no se cuestiona propiamente el internamiento (como sí lo haría el modelo social recogido en la CDPCD hoy en día), se busca acabar con los maltratos a los que eran sometidas estas personas, en especial con referencia al aislamiento celular. De esta manera, la CIDH solicitó a Paraguay que adopte todas las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad personal de los y las pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, en especial para prevenir la ocurrencia de nuevos actos de violencia física y sexual al interior del Hospital, y requirió que informe sobre las medidas adoptadas para investigar los presuntos abusos sexuales y hechos de violencia que habrían resultado en la muertes de varias personas, con el fin de prevenir la repetición de tales hechos.³⁶

³³ Corte IDH. *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006, párr. 127.

³⁴ Corte IDH. *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Óp. Cit, párr. 129.

³⁵ CIDH, MC 277-07 - Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, Paraguay. 17 de diciembre de 2003 y 29 de julio de 2008.

³⁶ Llama la atención que el 20 de noviembre de 2012, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de 334 pacientes del Hospital Federico Mora, en Guatemala. De acuerdo a la solicitud, los 334 pacientes allí internados, que incluiría niños y niñas, comparten el mismo espacio con personas con discapacidad mental que han sido procesados y sentenciados por diversos crímenes. En ese contexto la CIDH solicitó al Gobierno de Guatemala que adopte

La CorteIDH también ha tenido oportunidad de conocer situaciones relativas a la violación de los derechos de las personas con discapacidad. Como primer acercamiento podemos mencionar la Opinión Consultiva N°17³⁷ que señala que:

El concepto de vida digna, desarrollado por este Tribunal, se relaciona con la norma contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 23.1, relativo a los niños que presentan algún tipo de discapacidad, establece lo siguiente:

*1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.*³⁸

Asimismo, como ya hemos adelantado, en el 2006 la CorteIDH resolvió el caso *Ximenes Lopes v. Brasil*, donde se discutió las condiciones indignas en las que vivía una persona con discapacidad mental en un centro de salud mental en Brasil. Es interesante señalar que en dicho caso el Estado de Brasil reconoció su responsabilidad internacional respecto de gran parte de la demanda. No obstante la CorteIDH estableció que

Dada la naturaleza del caso, dictar una sentencia en la cual se determine la verdad de los hechos y los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de reparación.³⁹ En razón de ello la sentencia abarcó más aspectos que solamente los puntos controvertidos.

El caso *Ximenes Lopes* es emblemático por ser el único caso tramitado ante la CorteIDH referido de manera específica a la vulneración de los derechos de una persona con discapacidad. Sin embargo, es importante resaltar que (tal vez por ser un caso previo a la entrada en vigor de la CDPCD), en dicho caso la CorteIDH no cuestiona el internamiento involuntario de Damiao

las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de las personas internadas en el Hospital. Sin embargo en ningún momento cuestiona la situación de posible internamiento voluntario (ya la consecuente afectación de los derechos a la integridad, libertad y capacidad jurídica) de dichas personas con discapacidad.

³⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002.

³⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Op. Cit, párr. 80.

³⁹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Op. Cit, párr.81.

Ximenes Lopes en un centro de salud mental, cuestión proscrita por la CDPCD en el marco del derecho a la libertad y reconocimiento de la capacidad jurídica.

No obstante, la CorteIDH establece que las personas con discapacidad mental tienen derecho a una atención de salud mental que “debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas”,⁴⁰ y en una transición hacia el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad se establece que

La discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado.⁴¹

Finalmente, la CorteIDH se pronunció sobre las condiciones de internamiento mismas, y sobre ciertas formas de control de los pacientes. Así, en relación con la sujeción⁴² señaló que:

(...) posee un alto riesgo de ocasionar daños o la muerte del paciente, y que las caídas y lesiones son comunes durante dicho procedimiento.

El Tribunal considera que la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes.⁴³

⁴⁰ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Op. Cit., párr. 130.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Definida por la CorteIDH como cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento.

⁴³ Corte IDH. Ximenes Lopes Vs. Brasil. Op. Cit., párr. 133 y 134.

Además siguiendo los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, la CorteIDH estableció que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y en respeto de su autonomía. Por ello, el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud.⁴⁴

4.2 Hacia la ¿plena? Incorporación del modelo social en la práctica interamericana

De manera posterior a la entrada en vigor de la CDPCD, tanto la CIDH como la CorteIDH han conocido casos sobre violación de derechos de personas con discapacidad. No obstante, una lectura crítica de las resoluciones de dichos casos nos llevaría a pensar que los órganos del sistema interamericano no comprenden de manera plena las implicancias del modelo social.

El primer caso resuelto, tanto por la CIDH como por la CorteIDH es el caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, referido a la demora excesiva del Poder Judicial argentino en el proceso civil de indemnización contra el Estado, seguido por los familiares de Sebastián Furlan, quien adquirió una discapacidad mental producto de una accidente en unas instalaciones abandonadas del Ejército argentino, que eran frecuentadas por niños y niñas como parque de recreación. Lamentablemente, dado que la sentencia se focaliza en la determinación de la violación del derecho de acceso a la justicia y debido proceso, por las demoras injustificadas en la tramitación del proceso (iniciado cuando Sebastián Furlan era menor de edad), las posibilidades de que la CorteIDH haga un análisis desde el modelo social son escasas. No obstante, como hemos adelantado, la CorteIDH aprovechó el espacio para dejar sentado que, al igual que la CDPCD, la CIPCD recoge el modelo social para abordar la discapacidad.⁴⁵

⁴⁴ Corte IDH. Ximenes Lopes Vs. Brasil. Op. Cit., párr. 135.

⁴⁵ Corte IDH. Furlan y Familiares Vs. Argentina. Op. Cit., párr. 133.

Un caso posterior y bastante polémico por la conceptualización de discapacidad manejada por la CorteIDH es el caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, referido a la violación del derecho a la vida privada y familiar por la decisión de Costa Rica de prohibir el sistema de fertilización *in vitro*. En su sentencia, la CorteIDH concluye que se ha producido una discriminación indirecta por discapacidad, en la medida que la esterilidad de una mujer es una condición asimilable a la discapacidad. De acuerdo con la CorteIDH, la condición de mujer estéril es una deficiencia que al interactuar con una barrera (la decisión del Poder Judicial no permitir el acceso a servicios de fecundación asistida) genera una discapacidad. Así, señaló:

(...) teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (...), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.⁴⁶

Si bien resulta positivo que la CorteIDH haga todo un análisis en torno a la definición de la discapacidad a la luz del modelo social y de la CDPCD (y de la CIPCD), desde nuestra posición la equiparación de la infertilidad a la discapacidad no resulta adecuada. En primer lugar por la apelación que hace la CorteIDH a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y a la situación de "enfermedad". El modelo social justamente busca apartarse de la consideración médica de la discapacidad, al enfatizar que la discapacidad no es una condición que radique en el individuo, sino en la barrera impuesta por la sociedad. Pese a los esfuerzos de la CorteIDH, esta construcción teórica no refleja de manera clara esta interacción entre deficiencia y discapacidad. Es decir, si bien hay enfermedades que pueden presentar discapacidades asociadas, no es correcto equiparar ambos conceptos.

⁴⁶ Corte IDH. Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, de 28 noviembre de 2012, párr. 293.

Por otro lado, la discapacidad no se debe entender únicamente como la interacción entre la deficiencia y la barrera, sino que dicha barrera debe llevar a evitar la “participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.⁴⁷ En ese sentido, si bien consideramos que la decisión del Estado de Costa Rica puede afectar la vida privada y familiar, y en una construcción más específica, los derechos reproductivos de la mujer, no consideramos que se traduzca en la configuración de una discapacidad, en la medida que no hay un impedimento del desarrollo de una vida autónoma, ni una situación de exclusión social.

La CIDH por su parte ha resuelto de manera reciente el caso *Clarence Allen Lackey y otros, Miguel Ángel Flores y otros y James Wilson Chambers (acumulados) contra Estados Unidos*, referido a la aplicación de la pena de muerte de personas con discapacidad mental.⁴⁸ Si bien la CIDH se ha pronunciado con anterioridad acerca de la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, como es el caso de niños;⁴⁹ somos de la opinión que el razonamiento esgrimido por la CIDH en este último caso no resulta plenamente compatible con el modelo social, y en determinados aspectos carece de fundamento teórico.

Así, la CIDH señala que

Es un principio de derecho internacional que las personas con discapacidad mental, ya sea al momento de cometer el delito o durante el juicio, no pueden ser condenadas a la pena de muerte. Asimismo, es también contrario al derecho internacional ejecutar a una persona condenada a la pena de muerte cuando ésta tiene una discapacidad mental al momento de la ejecución.⁵⁰

No obstante, la CIDH no hace referencia a ningún precedente jurisprudencial ni a ninguna disposición de la CDPCD para postular

⁴⁷ Preámbulo de la CDPCD.

⁴⁸ CIDH. Informe N° 52/13. Casos 11.575, 12.333 y 12.341. *Clarence Allen Lackey y otros, Miguel Ángel Flores y otros y James Wilson Chambers*. Estados Unidos. 15 de julio de 2013.

⁴⁹ CIDH. Informe N° 3/87. Caso 9647. *James Terry Roach y Jay Pinkerton*. Estados Unidos.

⁵⁰ *Ibid*, párr. 213.

dicho principio. Es más, en párrafos posteriores la CIDH señala que las personas con discapacidad mental no pueden ser sometidas a la pena capital debido a que “estas personas no tienen la capacidad de comprender la razón o consecuencia de la ejecución”. En el mismo sentido, el 21 de diciembre de 2011 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de Virgilio Maldonado Rodríguez, de nacionalidad Mexicana condenado a pena de muerte en el estado de Texas en los Estados Unidos,⁵¹ quien alega que los tribunales estadounidenses no tomaron en cuenta su discapacidad mental, por lo cual la imposición de la pena capital constituiría un trato cruel en los términos de la Declaración Americana.⁵²

Desde nuestra perspectiva, aunque podamos discutir la procedencia de la pena capital, y la necesidad de generar supuestos de excepción, el razonamiento de la CIDH contraviene el reconocimiento de la capacidad jurídica prevista en el artículo 12 de la CDPCD y el reconocimiento como pleno sujeto de derechos (y por tanto de deberes) de las personas con discapacidad. Dado que el caso es contra Estados Unidos, no será posible que la CorteIDH tome conocimiento del mismo.

De esta manera, podemos concluir que si bien la CIDH y la CorteIDH han tenido la oportunidad de aplicar las consideraciones y protecciones del modelo social previstas principalmente en la CDPCD, a la fecha el desarrollo que han hecho en torno a dicho modelo no ha resultado el más feliz. Se espera que en los próximos casos que serán conocidos en fondo por ambos órganos los principios rectores de la CDPCD prevalezcan por encima de otras consideraciones.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ASTORGA, Luis Fernando. “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo.” En: *Revista CEJIL*, año III, N° 4, diciembre de 2008, p. 139.

⁵¹ Petición registrada bajo el número P-1762-11.

⁵² CIDH. MC 465/11, 21 de diciembre de 2011.

6. FUENTES COMPLEMENTARIAS Y RECURSOS ELECTRÓNICOS

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPCD), adoptada el 7 de junio de 1999.

Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, A.G. res. 46/119, 46 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 189, ONU Doc. A/46/49 (1991); principios 20.1 y 20.2. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/spanish/st2pppmif.html>

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Reglamento del CEDDIS, aprobado por Resolución del 8 marzo 2007. OEA/Ser.L/XXIV.2.1. CEDDIS/doc.4/07 rev. 3 corr.

7. JURISPRUDENCIA BÁSICA

7.1. Organismo o Tribunales internacional de garantía

CIDH. Informe N° 52/13. Casos 11.575, 12.333 y 12.341. Clearence Allen Lackey y otros, Miguel Ángel Flores y otros y James Wilson Chambers. Estados Unidos. 15 de julio de 2013.

CIDH. Informe N° 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo v. Ecuador. 13 de abril de 1999.

CIDH. Informe N° 3/87. Caso 9647. James Terry Roach y Jay Pinkerton. Estados Unidos.

CIDH, MC 277-07 - Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, Paraguay. 17 de diciembre de 2003 y 29 de julio de 2008.

CIDH. MC 465/11, 21 de diciembre de 2011.

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012).

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Hungría,

- aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012).
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de El Salvador, aprobadas por el Comité su décimo periodo de sesiones (2 a 13 de septiembre de 2013).
- Corte IDH. *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, de 28 noviembre de 2012.
- Corte IDH. *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012.
- Corte IDH. *González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, de 27 de febrero de 2012.
- Corte IDH. *Familia Barrios Vs. Venezuela*, de 24 de noviembre de 2011.
- Corte IDH. *Contreras y otros Vs. El Salvador*, de 31 de agosto de 2011
- Corte IDH. *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002.
- Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*, de 24 de enero de 1998.
- Portal del CEDDIS - http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index_informes.asp (revisado el 1 de octubre de 2013).
- CEDDIS. Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". 28 de abril de 2011.