

EL PRIMER TRATADO DE DERECHOS HUMANOS DEL SIGLO XXI: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Amparo Sanjosé Gil*

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA CONVENCIÓN: EL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. DERECHOS PROTEGIDOS POR LA CONVENCIÓN. IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA CONVENCIÓN. V.- LA EXIGIBILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad fue aprobada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006¹. Como se destacó en el mensaje leído por el vicesecretario general, Mark Malloch Brown, en nombre de Kofi Annan: “Es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet”².

Desde que en la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, celebrada en Durban en 2001³, se invitó a la Asamblea General de Naciones Unidas a “considerar la posibilidad de elaborar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas discapacitadas, que comprenda especialmente

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universitat de Valencia. asanjose@uv.es.

¹ Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006

² Ver nota de prensa en: <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=8393>

³ A/CONF. 189/5

disposiciones para abordar las prácticas y tratos discriminatorios que las afecten”, hasta la adopción de la Convención, han pasado 5 años⁴.

La aprobación de una Convención específica para la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad era necesaria, pues hacía tiempo que se hacía sentir la necesidad de un instrumento jurídico vinculante que permitiera reconocerles el derecho al acceso, a los medios y a todos los instrumentos necesarios para eliminar todo tipo de barreras que, por tener una discapacidad, les impiden ejercer y disfrutar de todos los derechos.

Como ha sido reconocido, “la vida de las personas con discapacidad está notablemente más obstaculizada que la de las personas con capacidades regulares. Los desafíos que enfrentan tienen generalmente un carácter social estructural y por ello difícilmente podrán hallar solución si la voluntad individual, los esfuerzos familiares y las prácticas caritativas y filantrópicas que trabajan para aliviarlos son dejados a sus propias fuerzas. Por ello, la promoción y la protección de los derechos de las personas con discapacidad exige la acción institucional de los Estados, pues no sólo es necesario establecer garantías contra la exclusión social y las prácticas de desprecio que derivan de la estigmatización social de la discapacidad, si no que también lo es garantizar el

⁴ Conforme a la citada invitación y a propuesta de Méjico, la Asamblea General aprobó el 19 de diciembre de 2001 la resolución 56/168. En el primer párrafo de la parte dispositiva, la Asamblea General decidió “establecer una comisión especial abierta a la participación de todos los Estados miembros y observadores de las Naciones Unidas para que examine propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social”.

Así mismo, se invitaba a todos los Estados, los organismos especializados de las Naciones Unidas, a las comisiones regionales, a los órganos pertinentes de derechos humanos creados en virtud de tratados internacionales, al Relator especial sobre discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a que hicieran contribuciones a los trabajos del Comité Especial.

De este modo, el Comité pudo tomar en consideración no sólo las contribuciones presentadas por organismos oficiales, sino también por las organizaciones no gubernamentales formadas por personas con discapacidad. Con ello, el Comité ponía en práctica el lema de estas organizaciones: “nada sobre nosotros sin nosotros”, tomando en consideración las iniciativas y propuestas que dichas organizaciones presentaban. Ello motivó un gran número de documentos elaborados por estas organizaciones que les ha permitido ser partícipes en la elaboración de las políticas que van a marcar el futuro de las personas con discapacidad. Aunque no se ha hecho tanto ruido como en la elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la participación de la “sociedad civil” en las negociaciones de este tratado es, tal vez, mayor. Igualmente, se ha previsto su participación en los mecanismos de control, constituyendo un ejemplo paradigmático de las nuevas funciones de la sociedad civil organizada a través de organizaciones no gubernamentales en la elaboración y aplicación del Derecho internacional contemporáneo.

El Comité *ad hoc* tuvo su primera reunión a finales de julio y principios de agosto de 2002 en Nueva York y se reunió en 8 ocasiones, la última en agosto de 2006, en la que fue consensuado el borrador final de la que, veinte días después de la ratificación de veinte Estados, será la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Sobre los trabajos del Comité Especial ver: Sanjosé Gil, A: “Situación del Proyecto de Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” en *La protección internacional de las personas con discapacidad* (Fernández Liesa, C.), Ed. Tirant lo Blanc. Valencia, 2007, pp. 115 y ss.

acceso real a las oportunidades sociales mediante una reforma sistemática y amplia de los contextos físicos e institucionales que enmarcan su vida”⁵.

Gracias a los esfuerzos de estos años, a partir de la ratificación de veinte Estados prevista en el artículo 45 de la Convención como requisito para su entrada en vigor, las personas con discapacidad dejarán de ser “invisibles” jurídicamente para sus sociedades y para la Comunidad internacional. El viejo paradigma que los reducía a meros sujetos de asistencia social, da paso a un nuevo paradigma que los considera sujetos de derechos, con plena participación en la formulación y ejecución de los planes y políticas que los afectan.

No sólo los 650 millones de personas con discapacidad en el mundo, sino todos los seres humanos, debemos felicitarnos por esta iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas de lucha contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades, ya que este instrumento supone, como ha señalado el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), “importantes consecuencias para las personas con discapacidad y entre las principales se destaca la *visibilidad* de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas”⁶.

Además, esta Convención no es sólo una norma necesaria para facilitar la integración social y laboral de las personas con discapacidad, es también y sobre todo una respuesta internacional a una cuestión de justicia básica y de convivencia democrática. La eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad es una exigencia ética de nuestro tiempo y una manera de responder al imperativo de la igualdad que ha de estar en la base de las relaciones sociales de todos los países que son parte de la Comunidad internacional.

En este trabajo nos proponemos analizar el contenido de esta Convención. Para ello realizaremos previamente una breve descripción de la evolución del Derecho internacional sobre personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas (I); en segundo lugar nos centraremos en el ámbito de aplicación personal de la Convención, es decir, en el concepto de persona con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos (II); en tercer lugar, en los derechos protegidos en la Convención, analizando si los derechos reconocidos son los mismos que se reconocen a todas las personas o si, por el contrario, se les reconocen derechos especiales o específicos (III);

⁵ “En la ruta de construcción de la Convención Amplia e Integral para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas”, Documento presentado por el Gobierno de Méjico en la Reunión de Expertos *Hacia la Convención de Naciones Unidas para personas con discapacidad*, celebrada en Ciudad de Méjico del 11 al 14 de junio de 2002. Accesible en: <http://www.sre.gob.mx/discapacidad/papers-esp.htm>

⁶ “Claves para entender la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, documento elaborado por el CERMI y accesible en: <http://www.cermi.es>

en cuarto lugar, en el ámbito de aplicación material de la Convención, en particular en la cuestión relativa a si en la Convención se ha establecido un equilibrio entre la no discriminación y los derechos especiales (IV); y, finalmente, en la cuestión de la exigibilidad directa de los derechos contenidos en la Convención (V)

I. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS

Las primeras medidas adoptadas en el marco de las Naciones Unidas respondían a la denominada “concepción biológica” de la discapacidad y pueden calificarse de “medidas de beneficencia”⁷.

El primer instrumento de las Naciones Unidas en la esfera de la discapacidad fue la Resolución sobre “Rehabilitación social de los disminuidos físicos”, aprobada por el Consejo Económico y Social en 1950. El origen de esta resolución fueron dos informes relativos a discapacidades físicas⁸ presentados a la Comisión Social. Estos informes supusieron el punto de partida para el cambio de la perspectiva de beneficencia a la perspectiva rehabilitadora. Frente a las acciones “benéficas” y caritativas anteriores a partir de ahora se inician diferentes programas para lograr la “rehabilitación” a fin de “integrar” a las personas con discapacidad.

En cualquier caso, durante los primeros años de las Naciones Unidas no se encuentran tratados internacionales de derechos humanos que hagan referencia a los derechos de las personas con discapacidad. Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni los primeros tratados sobre grupos específicos, recogen ninguna disposición que haga referencia a las personas con discapacidad y su situación de especial desventaja⁹.

⁷ Para un desarrollo amplio de la evolución de la acción normativa de las Naciones Unidas, con un estudio exhaustivo del contenido de diversos textos, véase: Cardona Llorens J.: “La Organización de las Naciones Unidas y las personas con discapacidad” en *La protección internacional de las personas con discapacidad* (Fernández Liesa, C.) Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, pp. 42 y ss.

⁸ “The Social rehabilitation of the handicapped” y “The Social rehabilitation of the blind”

⁹ No obstante, sí se encuentra en esta primera época algún texto no convencional, con valor programático, donde indirectamente se hace referencia a la discapacidad como, por ejemplo: la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en la que se dedica un principio, de los 10 que tiene, a los niños con discapacidad. Así, el artículo 5 establece que “el niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social, debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular”. No obstante, es evidente que en este artículo se aprecia la confusión e imprecisión conceptual propia del tratamiento que se daba en la época a la discapacidad, desde una perspectiva asistencial, mencionando la recepción de tratamiento, educación y cuidado, bien para su “rehabilitación”, bien para darle “protección social”, en el marco de su “dependencia”.

En la década de los años setenta, la situación empieza a cambiar con la adopción, en primer lugar, de la “Declaración de los derechos del retrasado mental” en la que se reconocen derechos de forma específica a las personas con discapacidad¹⁰. Resulta curioso que tras dos décadas en las que Naciones Unidas sólo se preocupó de las discapacidades físicas y sensoriales —y sólo en lo referente a su rehabilitación—, el primer texto declarativo de derechos lo sea en favor de las personas con discapacidades psíquicas. Tal vez se pretendió dar un impulso a la protección de los derechos de un grupo de personas que, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, no había sido objeto de atención durante demasiado tiempo. En segundo lugar, en 1975 es proclamada la “Declaración de los Derechos de los Impedidos”¹¹. Esta Declaración constituye el primer instrumento específico dirigido a las personas con discapacidad en general, sin distinguir entre tipos de discapacidades a la hora de reconocer derechos. No obstante, esta Declaración todavía está lejos de la perspectiva de derechos humanos, como se aprecia en el mismo concepto de “impedidos”, que se definen en el texto como “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”. Como veremos al tratar de la Convención de 2006, este concepto parte de la condición de “desigual” de la persona con discapacidad, que debe ser “rehabilitada” para llegar a ser “igual que los demás” o, en su defecto, deberá ser “protegida”.

En el proceso de evolución debe destacarse la declaración por la Asamblea General del año 1981 como “Año internacional de las personas discapacitadas”, con el objetivo de promover una mayor integración y participación de estas personas en la vida social. Fruto de las actividades realizadas dicho año fue la adopción por la Asamblea General, en diciembre de 1982, del “Programa de Acción Mundial para los Impedidos”¹², que no es sino una declaración de principios y directrices para la acción nacional e internacional a favor de las personas con discapacidad. Este programa puede ser considerado como la primera guía mundial que establece una política y una estrategia a largo plazo en lo relativo a las personas con discapacidad. La calidad y profundidad de los trabajos de elaboración del Programa se ponen de manifiesto al compararlo con las Declaraciones que unos años antes había aprobado la Asamblea General. Todas las políticas internacionales, e incluso nacionales, posteriores se han basado en los principios y directrices del Programa, de tal forma que sus estrategias y nuevas ideas han quedado indisolublemente unidas a la esfera de la discapacidad.

Además, la Asamblea General declaró la década de 1982 a 1992 como “Decenio Mundial de las personas con discapacidad”, impulsando más estos trabajos.

¹⁰ Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971, de la Asamblea General de Naciones Unidas. En esta Declaración que consta de 7 principios, se hace un llamamiento a la adopción de medidas nacionales e internacionales para que los derechos recogidos “sirvan de base y de referencia común”, aunque no se define lo que debe entenderse por “retrasado mental” como consecuencia de la confusión conceptual existente en los primeros años de actuación.

¹¹ Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975, de la Asamblea General.

¹² Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982

Al final de la década de los años 80 se aprobaron las “Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la esfera de los impedidos”, incorporadas por la Asamblea General como anexo de su resolución 44/70, de 8 de diciembre de 1989; y en 1991, antes de terminar el Decenio, la Asamblea General adoptó los “Principios para la protección de la salud mental”¹³, en los que se establecen las libertades fundamentales y los derechos básicos de las personas con discapacidad en el ámbito de la salud mental.

A pesar de los instrumentos citados, en el Anuario de las Naciones Unidas de 1992 se afirma que el Decenio no cumplió los objetivos planteados¹⁴. El principal fracaso fue no haber elaborado una convención internacional. Sin embargo, en su lugar, se aprobó el documento más importante del siglo XX en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas: *Las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* de 1993¹⁵.

Las Normas Uniformes se elaboraron sobre la base de la experiencia adquirida durante el “Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos” y, aunque no es un texto jurídicamente vinculante, sí que podemos afirmar que constituye el instrumento internacional más importante para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad hasta la Convención de 2006 y el primer paso en la evolución hacia la perspectiva de los derechos humanos de la discapacidad.

En su introducción se expresa que el fundamento de las Normas Uniformes se “encuentra en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos, y también en la Convención de los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como el Programa de Acción Mundial para los Impedidos” y su finalidad es garantizar que todas las personas con discapacidad puedan tener los mismos derechos y obligaciones que las demás personas en la sociedad.

Las Normas Uniformes constan de 22 artículos, distribuidos en cuatro partes.

¹³ Resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991

¹⁴ El Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Leandro Despouy, en su último informe, presentado en 1991, tampoco da un balance muy positivo del Decenio (Vide: DESPOUY, L.: *Human Rights and Disabled Persons*, Serie de Estudios del Centro de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Ginebra, 1993, p. 63) Las principales causas esgrimidas son la falta de fondos y un incorrecto planteamiento de las cuestiones referidas a la discapacidad, que permanecen aisladas y no se integran dentro de las políticas de cada área (Vid. GORBEÑA, S., GONZÁLEZ, V.J. y LÁZARO, Y.: *El derecho al ocio de las personas con discapacidad. Documentos de Estudios de Ocio, núm. 4*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1997)

¹⁵ Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General

En la primera parte, denominada “Requisitos para la igualdad de participación”, destaca el artículo 1 que establece que “los Estados deben adoptar medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas con discapacidad, sus derechos, sus necesidades, sus posibilidades y su contribución”. Esta referencia a su “contribución” refleja el cambio de perspectiva, abandonándose la del “impedido” como “carga social”.

La segunda parte se titula “Esferas previstas para la igualdad de participación” y presenta los diferentes campos en los que se hace fundamental la equiparación¹⁶.

La tercera parte, titulada “Medidas de ejecución”, señala que los Estados no son sólo los que tienen la responsabilidad última sino también los que tienen la obligación principal de adoptar las medidas necesarias para conseguir la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. En esta parte se contienen diversas medidas de ejecución¹⁷ entre las que podemos destacarse el art. 15 que establece la obligación para los Estados de “crear las bases jurídicas para la adopción de medidas encaminadas a lograr los objetivos de la plena participación y la igualdad de las personas con discapacidad”, debiendo “eliminar toda disposición discriminatoria contra personas con discapacidad”; o el art. 18 que potencia la creación de organizaciones de personas con discapacidad y su participación en la elaboración de las políticas oficiales. Por último, los artículos 21 y 22 relativos a la cooperación internacional, destacando el artículo 22 (1) en el que se afirma que “en las Naciones Unidas, sus organismos especializados y otras organizaciones intergubernamentales interesadas, los Estados deben participar en la elaboración de una política relativa a la discapacidad”. Estas obligaciones se verán recogidas en la Convención de 2006 como luego veremos.

La cuarta parte contiene un “Mecanismo de Supervisión” de las Normas Uniformes para promover la aplicación de las mismas. Así se prevé la supervisión de las Normas Uniformes en el marco de periodos de sesiones de la Comisión de Desarrollo Social y se establece la posibilidad de nombrar un relator especial para realizar dicha función, cuyo mandato sería por tres años renovables, con la obligación de presentar un informe para ser examinado y discutido en la Comisión de Desarrollo Social¹⁸.

¹⁶ Posibilidades de acceso (art. 5), educación (art. 6), empleo, (art. 7), mantenimiento de los ingresos y seguridad social (art. 8), vida en familia e integridad personal (art. 9), cultura, (art. 10), actividades recreativas y deportivas, (art. 11) y religión (art. 12). La estructura de este apartado está claramente fundada en el apartado 4 (“Equiparación de oportunidades”) dentro de las medidas nacionales del Programa de Acción Mundial para los Impedidos.

¹⁷ Información e investigación (art. 13), cuestiones normativas y de planificación (art. 14), legislación (art. 15), política económica (art. 16), coordinación de los trabajos (art. 17), organizaciones de personas con discapacidad (art. 18), capacitación de personal (art. 19), supervisión y evaluación a nivel nacional de los programas sobre discapacidad en lo relativo a la aplicación de las Normas Uniformes (art. 20), cooperación económica y técnica (art. 21) y cooperación internacional (art. 22)

¹⁸ En 1994, el Secretario General nombró Relator Especial sobre Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social al Sr. Bengt Lindquist (Suecia) que ha sido renovado tres veces en su cargo.

Las Normas Uniformes han sido definidas *como instrumento-guía*, y aunque carecen de fuerza vinculante —pese a que fueron concebidas con esa intención—, desde la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 se quiso mandar un mensaje a favor de tal instrumento. En el punto 65 de la Parte II-B de la Declaración y Programa de Acción de Viena se incluyó la siguiente petición: “la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, recordando el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, aprobado por la Asamblea General en su trigésimo séptimo período de sesiones, pide a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social que en sus reuniones de 1993 adopten el proyecto de normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para los impedidos”¹⁹.

A pesar de que esta petición no prosperó, sí creemos poder afirmar que las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad es un texto de gran perfección técnica, completo y coherente y constituye, pese a tratarse de una Resolución de la Asamblea General sin valor vinculante, el instrumento más importante que de forma específica se ha adoptado con la finalidad de conseguir la igualdad de derechos de las personas con discapacidad en el siglo XX.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA CONVENCIÓN: EL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La primera cuestión que nos interesa destacar de la Convención es el concepto de persona con discapacidad.

Desde el principio de las negociaciones, numerosos miembros del grupo de trabajo destacaron que la Convención debería proteger los derechos de “todas las personas con discapacidad, independientemente de cual fuera el tipo de discapacidad”.

Se discutió la cuestión de si en la Convención se debería incluir una definición del término “discapacidad”. Unos consideraron que la “discapacidad” debería definirse de manera lata. Otros eran partidarios de no incluir en la Convención una definición de esta índole por la complejidad del fenómeno y por el riesgo de limitar el alcance de la Convención. Otras delegaciones, en fin, aludieron a las definiciones que actualmente se

¹⁹ En la Introducción de las Normas Uniformes se prevé una posibilidad para su conversión en texto vinculante: “aunque no son de cumplimiento obligatorio, estas Normas pueden convertirse en normas internacionales consuetudinarias cuando las aplique un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de derecho internacional ya que llevan implícito el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades”.

Este intento por dotarle de valor jurídico vinculante no parece serio, pues intentar transformar las Normas Uniformes en obligatorias por vía de la costumbre, después de la negativa de los Estados a adoptar un compromiso jurídico, hace que tal sugerencia se quede en simples palabras.

Por otra parte, no parece que sea la costumbre la vía más adecuada para normativizar la protección de los derechos de una categoría de personas calificada como grupo vulnerable.

utilizan a nivel internacional, incluida la que figura en la Clasificación internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud de la OMS²⁰.

En lo que hubo acuerdo general fue en que, de incluirse una definición, ésta debería reflejar la concepción de derechos humanos basada en el modelo social —y no el biológico o el rehabilitador— de la discapacidad.

En la última sesión del Comité, celebrada en agosto de 2006, se decidió incluir la referencia al ámbito de aplicación personal de la Convención, es decir, un concepto de discapacidad.

La Convención reconoce que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”²¹. Conforme con ello, entiende que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”²².

De esta definición se desprende, por una parte, que la Convención ha asumido el modelo social de discapacidad y por otra parte, el carácter abierto de la misma.

²⁰ Para comprender el concepto de discapacidad en el marco de la OMS, debemos partir de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, (CIDDDM) realizada en 1980 por la Organización Mundial de la Salud. En ella se diferenciaba entre *deficiencias* (impairments), *discapacidades* (disabilities) y *minusvalías* (handicaps), y fue la clasificación adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Este concepto fue completado en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

Ya en el siglo XXI la Organización Mundial de la Salud ha hecho pública una nueva versión de la CIDDDM, que ha pasado a denominarse Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF). Esta nueva versión fue aprobada por la Asamblea Mundial de la Salud, en su resolución 54.21, de 22 de mayo de 2001, bajo el título: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (que utilizará CIF como nuevo acrónimo). Con esta nueva versión se pretende dar un nuevo enfoque al concepto de discapacidad, en busca de una visión integradora, más compleja e interaccional. Mientras que el punto de vista de la discapacidad en la CIDDDM era calificado como lineal (donde una enfermedad o trastorno da lugar a una deficiencia, que dará lugar a su vez a una discapacidad, que determinará la existencia de una minusvalía en el sujeto), se busca ahora un enfoque biopsicosocial, esto es, en el que se tengan en cuenta tres niveles a los que referir la valoración: nivel biológico (las condiciones de salud), nivel de la persona (factores personales como la edad, el sexo, el nivel de educación) y nivel social (factores del medio social y físico). La discapacidad, para la Organización Mundial de la Salud, deja de ser algo en sí, para ser la designación del cruce de numerosas variables

²¹ Preámbulo, inciso e)

²² Artículo 1 de la Convención

Así, la Convención considera que una persona con discapacidad no es la que tiene un impedimento físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, sino aquella que, a causa de diversas barreras puestas por la sociedad que interactúan con dichos impedimentos, no puede participar plena y efectivamente en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. La discapacidad resulta de la interacción con las barreras debidas a la actitud o el entorno. El “problema” no está en la persona sino en la sociedad. Por ello, tal y como señala el artículo 1 de la Convención deben removerse esas barreras sociales para poder “promover, proteger y asegurar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente”. Ni una sola referencia a su “rehabilitación” o “protección”. Es la sociedad la que ha de cambiar, no las personas con discapacidad. Deben ejercer sus derechos y no ser protegidos. Esta es la esencia del modelo social basado en los derechos humanos.

Por otra parte, decíamos, la definición no es cerrada, sino abierta. En ella se “incluye” a las personas mencionadas, pero ello no significa que excluya otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.

Estamos, pues, en el marco de lo que Bobbio denomina el “proceso de especificación de los derechos humanos”²³.

Ahora bien, ese proceso de especificación no es genérico para todo el grupo de personas con discapacidad. Es importante señalar la necesidad de reconocer la diversidad dentro de las personas con discapacidad y la consiguiente necesidad de realizar un tratamiento jurídico distinto, específico y no homogéneo, de las políticas y medidas para lograr la no discriminación y el efectivo ejercicio de todos los derechos tal y como se recogen en la Convención, pues, por ejemplo, el concepto incluye a las personas con discapacidades de origen sensorial o físico junto a las personas con discapacidades originadas por deficiencias psíquicas y enfermedades que constituyen el grupo más discriminado y el más vulnerable de los grupos vulnerables²⁴.

²³ En opinión de Bobbio en este proceso se produce el “paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos, según una especificación que se ha producido bien respecto al género, bien respecto a distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estado excepcional en la existencia humana” (BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, editorial sistema, Madrid, 1991, 255 pp. 109 ss.) A esto responde el concepto de “persona o grupo vulnerable”, al conjunto de personas que se encuentran en una situación específica que hace que para el reconocimiento, disfrute o ejercicio plenos de sus derechos sea necesaria la adopción de medidas positivas.

²⁴ En un trabajo anterior en el que analizábamos los trabajos del Comité, ya manifestamos nuestra preocupación por la ausencia de referencias a la diversidad dentro de la discapacidad pues, como acabamos de señalar, las medidas necesarias para el goce de los derechos por parte de las personas con discapacidad física o sensorial son muy distintas de las que necesitan las personas con discapacidad psíquica y que eran, llamativamente, las menos citadas en los trabajos preparatorios y en el texto del proyecto (Sanjosé Gil, A.: “Situación del Proyecto de Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en *La protección internacional de las personas con discapacidad* (Fernández Liesa, C.), 2007, pp. 115 y ss.)

III. DERECHOS PROTEGIDOS POR LA CONVENCIÓN

Antes de analizar las normas concretas que regulan los derechos específicos protegidos por la Convención, es conveniente detenernos en los principios generales que informan las mismas y que son enunciados en el artículo 3 de la Convención.

Evidentemente, la mayoría de los principios reconocidos en esta disposición son principios generalmente aceptados y reconocidos por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, por ejemplo: el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la igualdad de oportunidades; o la igualdad entre el hombre y la mujer.

Pero, además, esta disposición incluye una serie de principios que, por su especificidad, merecen en nuestra opinión ser destacados: el principio a la “participación e *inclusión* plenas y *efectivas* en la sociedad”²⁵; el principio de “respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”²⁶; el principio de “accesibilidad”²⁷; y el principio de “respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”²⁸.

El primero de esos principios — “participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”— constituye una importante aportación de la Convención de 2006, pues debe dar lugar a la adopción de normas de derecho positivo y medidas eficaces, por parte de los Estados, para que las personas con discapacidad gocen de los derechos que informan este principio y que conducirán a la integración efectiva de todas las personas en la sociedad inclusiva que predica la Convención. Esas obligaciones de los Estados son exigibles por los ciudadanos directamente beneficiarios de ellas: las personas que se encuentran con esas barreras que les “excluyen” y no les dejan participar.

En este sentido, debe vincularse dicho principio con el de “accesibilidad” que implica la eliminación de todas las barreras que hacen inaccesible el ejercicio de los derechos. Es cierto que hay un artículo de la Convención, el 9, que regula el derecho de accesibilidad. Pero el principio de accesibilidad va más allá. Conforme al artículo 9 de la Convención, a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados partes adoptarán medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte,

²⁵ Artículo 3 apartado c). Énfasis añadido.

²⁶ *Ibid.* Apartado d)

²⁷ *Ibid.* Apartado f)

²⁸ *Ibid.* Apartado h)

la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público, o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales²⁹. Pero el “principio de accesibilidad” no se limita al acceso a las instalaciones y a la tecnología, es decir, a la eliminación de las “barreras físicas”, sino que abarca el “acceso al ejercicio de todos los derechos”, en otras palabras, se dirige a la creación de una sociedad accesible por todos en la que desaparezcan todas las barreras. Así, por ejemplo, deben desaparecer las barreras que impiden el ejercicio de los derechos políticos y en especial del derecho de sufragio activo (con su prohibición completa o haciendo inaccesible el voto) y pasivo; los derechos familiares (prohibiendo el acceso al matrimonio, la adopción, etc.) y a la intimidad; de los derechos de defensa (privando a las personas sordas o ciegas del acceso a la defensa ante un tribunal por ausencia de intérpretes, considerando incapaz a una persona con alguna discapacidad sensorial por no saber escribir); por no hablar del problema relativo al acceso del derecho a la vida a través de los casos de exterminio de los recién nacidos (sobre todo en países donde existe control demográfico), de la denegación selectiva de tratamiento médico, de la legislación sobre la eutanasia o del controvertido supuesto del aborto eugenésico a los que haremos referencia más adelante.

²⁹ Conforme al texto del artículo 9: “Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

1. Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
2. Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

Igualmente, conforme al apartado 2 del artículo 9: “Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:

1. Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;
2. Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;
3. Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;
4. Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;
5. Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;
6. Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;
7. Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;
8. Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo”

Estos dos principios —“participación e *inclusión* plenas y *efectivas* en la sociedad” y “accesibilidad”—, referidos en su conjunto a la creación de una sociedad integradora e inclusiva, se reflejan, además de en los citados, en una serie de derechos reconocidos en la Convención. Es el supuesto del artículo 19 en el que se reconoce el derecho a vivir de forma independiente y a ser *incluido* en la comunidad, previéndose la obligación de los Estados de adoptar medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad; o el del artículo 24 que reconoce el derecho a la educación *inclusiva* a todos los niveles, así como a la enseñanza a lo largo de la vida y, para hacer efectivo este derecho, estipula que los Estados asegurarán que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación y puedan acceder a una educación primaria y secundaria *inclusiva* en igualdad de condiciones con las demás, haciendo “ajustes razonables” en función de las necesidades individuales. También los artículos 26 y 28 son consecuencia de estos principios. De conformidad con el artículo 26 se reconoce el derecho a la habilitación y rehabilitación para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la *inclusión* y *participación* plena en todos los aspectos de la vida, obligándose al Estado a adoptar las medidas efectivas pertinentes. Finalmente, el artículo 28 reconoce el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, *inclusivos* y *accesibles* a las personas con discapacidad.

Los otros dos principios que resaltábamos tienen un sentido distinto. Se trata de los principios de “respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas” y de “respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”. Se trata de dos principios que trascienden toda la Convención y vienen referidos a la exigencia de respetar la diferencia inherente a todos los seres humanos.

De esta forma, puede afirmarse que la Convención de 2006 no sólo es un tratado relativo a los derechos de las personas con discapacidad, sino un tratado que enriquece el acervo común de los derechos humanos de todas las personas aportando un nuevo paradigma: todos somos “diferentes” en algo a los demás miembros de la sociedad. Y la sociedad debe reconocer esas diferencias como un enriquecimiento, aceptándolas e integrándolas, de forma que no se menoscabe “el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”³⁰.

Estos principios se reflejan, en primer lugar, en el artículo 5 que reconoce el derecho a la igualdad y la no discriminación. Naturalmente, este derecho tiene también, a su vez, una aplicación transversal en todos los artículos de la Convención. Se reconoce que las personas con discapacidad son iguales ante la ley y en virtud de ella, que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en los mismos términos que las demás personas.

³⁰ Primer párrafo del Preámbulo de la Convención de 2006

Es importante señalar que en el apartado 3 de esta misma disposición se impone a los Estados Partes la adopción de medidas pertinentes para asegurar la realización de “ajustes razonables”, entendiéndose por tales “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”³¹. No considerándose discriminatorias, naturalmente, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad³².

Del conjunto de derechos contenidos en la Convención e informados, todos ellos, por el principio de no discriminación, querríamos resaltar dos: el derecho a la vida, regulado en el artículo 10, y el derecho a la protección ante situaciones de riesgo, regulado en el artículo 11.

Conforme al artículo 10 de la Convención, “Los Estados Partes reafirman el derecho *inherente* a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”³³.

Algunas organizaciones no gubernamentales, como por ejemplo “Inclusión internacional”, presentaron diversas reflexiones respecto a este derecho durante la preparación de la Convención. Entre otras la “lucha contra la discriminación bioética en relación con la selección de embriones con discapacidad, el posterior aborto de un feto afectado de alguna discapacidad o la eutanasia de los recién nacidos”, y señalaron que una nueva Convención no podía ignorar la discusión ética que intenta legalizar nuevos experimentos biomédicos, manifestando su voluntad de luchar contra cualquier método que intente excluirlos de la sociedad “no permitiendo nacer o impidiendo la reproducción de bebés que tienen alguna discapacidad como nosotros”. En este mismo sentido ya se había presentado al Comité, por parte de una organización japonesa de personas con discapacidad, un proyecto de artículos para una Convención en cuyo artículo 9 se reconocía a las personas con alguna discapacidad no sólo el derecho a la vida, sino a que la discapacidad no fuera considerada una causa para justificar el aborto³⁴.

Es evidente que estas propuestas no han sido plasmadas en el artículo 10 de la Convención con la claridad expresada por las ONG’s mencionadas. En nuestra opinión, la interpretación de esta disposición dependerá de la consideración que en cada Estado parte se tenga del “no nacido” como persona, es decir, desde que momento éste es

³¹ Definición contenida en el artículo 2 de la Convención.

³² Artículo 5-4

³³ Énfasis añadido.

³⁴ Doc. A/AC.265/2003/CRP.13/Add.1

considerado “persona” o “sujeto de derecho” y, por tanto, tiene el derecho “inherente” a la vida. Si el nasciturus tiene el derecho inherente a la vida, no podrá ser discriminado por tener una discapacidad.

En este sentido pensamos que las propuestas presentadas por la ONG’s antes citadas requieren, cuanto menos, una reflexión: los Estados Partes, al aceptar la Convención, deberán plantearse si sus legislaciones internas reguladoras de la interrupción del embarazo son realmente discriminatorias en el ejercicio del derecho a la vida en el caso de incluir entre las causas que lo justifican, la existencia de una discapacidad en el feto. No debemos olvidar que, al incluir el artículo 10 la frase de que se “adoptarán las medidas necesarias”, incluida en la definición de “ajustes razonables” (artículo 2) cabría la interpretación de considerar contrarias a la Convención este tipo de leyes de interrupción del embarazo por ser discriminatorias³⁵.

El segundo derecho a que hacíamos referencia es el artículo 11, conforme con el cual “los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas posibles para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.” Este derecho está muy relacionado con el apartado f) del artículo 25 conforme con el cual los Estados deben impedir “que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”.

Son todas estas discriminaciones habituales basadas en las situaciones en las que ante situaciones de riesgo general y de escasos medios, se decide priorizar la atención a las personas dejando en último lugar la atención a las personas con discapacidad. Detrás está la idea de: “entre una persona con discapacidad y otra sin discapacidad, hay que salvar primero y poner los medios para atender primero a la que no tiene discapacidad”. Formulada de una manera u otra, esta idea traspasa casi todos los manuales de instrucciones de personal de socorro o protocolos médicos, por ejemplo, en materia de priorización para ser receptor de un trasplante.

Estas prácticas deben ser erradicadas por discriminatorias y así lo hace constar la Convención.

Naturalmente, son muchos más los derechos contemplados en la Convención, entre otros, el derecho igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12); al acceso a la justicia (artículo 13); a la libertad y seguridad de la persona, evitando que no se vean privados de su libertad ilegal o arbitrariamente, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad (artículo 14); a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15); a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, tanto en el

³⁵ En todo caso, es ésta una cuestión pendiente que se podrá retomar a la luz de la interpretación por los Estados parte y por el Comité y de la aplicación efectiva de la Convención.

seno del hogar como fuera de él (artículo 16); a la protección de la integridad personal (física y mental) (artículo 17); a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad (artículo 18); a la movilidad personal con la mayor independencia posible (artículo 20); a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (artículo 21); al respeto de la privacidad y la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, así como contra las agresiones a su honor y su reputación (artículo 22); al respeto del hogar y de la familia y a la igualdad en todas las cuestiones personales (artículo 23); a gozar del más alto nivel posible de salud (artículo 25); a un nivel de vida adecuado y a la protección social, para ellos y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados (artículo 28); a participar en la vida política y pública (artículo 29); o a participar en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (artículo 30).

Todos los derechos reconocidos en la Convención van acompañados de la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para conseguir una sociedad que sea “auténticamente integradora”, una sociedad que valore la diferencia y respete la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos con independencia de sus diferencias y en la que todos lleguen a estar en un nivel de igualdad en el ejercicio de sus derechos humanos. Para ello, los Estados deben adoptar políticas activas que vayan eliminando las barreras existentes.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA CONVENCIÓN

La cuestión que nos planteamos en este apartado es la de saber si, en el caso concreto de las personas con discapacidad y a la luz de la Convención de 2006, el proceso de especificación de los derechos humanos del que habla Bobbio hace necesario, como en ocasiones se pretende, articular una nueva generación de derechos humanos o si, por el contrario, los derechos de las personas con discapacidad son los mismos derechos que los que tienen el conjunto de las personas, si bien para dar efectividad a algunos derechos y situar en un plano de igualdad a todos los seres humanos es necesario que se articulen medidas de acción positiva.

Aunque el punto de partida ha sido siempre el evitar la discriminación en el goce de los derechos reconocidos a toda persona en otros tratados, la Convención establece la necesidad de adoptar medidas específicas para conseguir dicho objetivo en las personas con discapacidad y termina implicando modulaciones concretas de dichos derechos e incluso, el derecho a disponer de dichas medidas especiales como nuevo derecho.

Pensamos que, en todo caso, el punto de partida para resolver esta cuestión nos lo da la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva sobre la

*condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados*³⁶, en la que la Corte dijo: “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”³⁷.

En esta misma Opinión Consultiva, la Corte manifestó: “de esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas”:

- En primer lugar, “en cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto.”³⁸

- En segundo lugar, “además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”³⁹.

La concreción de estas obligaciones en el marco concreto de las personas con discapacidad, tal y como establece la Convención de 2006 consiste, de una parte, en la prohibición de todo tipo de “discriminación por razón de la discapacidad” y, de otra, en la previsión de realizar “ajustes razonables” hasta que la sociedad tenga un “diseño universal o inclusivo”⁴⁰.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*

³⁷ *Ibid.*, par. 101. La Corte sigue diciendo en el mismo párrafo: “Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”

³⁸ *Ibidem*, par. 103. La Corte sigue diciendo, en el mismo párrafo: “Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causas”

³⁹ *Ibidem*, par. 104

⁴⁰ Estos conceptos son desarrollados, como antes hemos señalado, en el artículo 2, donde redefinen ambos conceptos (vide supra)

Sin duda, conseguir la no discriminación de estas personas implica la necesidad de adoptar medidas por parte del Estado para corregir la situación de desigualdad de la que parten. En este sentido la Convención recoge acertadamente que “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”⁴¹.

Todo ello debe dar lugar a una sociedad donde esas medidas ya no serán necesarias. Una sociedad de “diseño universal” y “diseño inclusivo”, definidos en la Convención como “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado”⁴² y en la que, naturalmente, “el *diseño universal* y el *diseño inclusivo* no excluirán las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten”⁴³.

En nuestra opinión, es en ese sentido en el que debemos contemplar el contenido de la Convención que, como hemos señalado, afirma, en primer lugar, unos principios generales⁴⁴, en segundo lugar, unas obligaciones generales de los Estados⁴⁵ a las que nos referiremos más detenidamente en el apartado V, y finalmente, concreta, en el marco de los derechos humanos más problemáticos para las personas con discapacidad algunas cuestiones relativas a la eliminación de discriminaciones positivas y negativas, así como la necesidad de adoptar políticas activas concretas que permitan eliminar las barreras sociales y jurídicas y colocar en nivel de igualdad a las personas con discapacidad.

En otras palabras, la Convención busca un equilibrio entre la postura de que lo

⁴¹ Artículo 5, par. 4 de la Convención.

⁴² Artículo 2 par. 5 de la Convención

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ Los principios generales de la Convención se enuncian en el artículo 3 y son:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto de las capacidades en evolución de las niñas y los niños con discapacidad y el respeto de su derecho de preservar su identidad

⁴⁵ Artículo 4 de la Convención.

único que hay que conseguir es la no discriminación y aquella otra que afirma la existencia de derechos específicos de las personas con discapacidad. Para la Convención, las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las demás personas, no tiene derechos específicos. Pero los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para conseguir una sociedad que sea auténticamente integradora, una sociedad que valore la diferencia y respete la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos con independencia de sus diferencias y en la que todos lleguen a estar en un nivel de igualdad en el ejercicio de sus derechos humanos. Para ello, los Estados han de adoptar políticas activas que vayan eliminando las barreras existentes.

Esas obligaciones de los Estados son exigibles por los ciudadanos, especialmente por los directamente beneficiarios de ellas: las personas que se encuentran con esas barreras. Pero también todos los ciudadanos, tengamos o no una discapacidad, tenemos derecho a una sociedad inclusiva e integradora en la que se respete la dignidad e igualdad de todos.

Es decir, se tiene el derecho subjetivo a que se adopten esas medidas por el Estado, pero no como un derecho específico de las personas con discapacidad, sino como un derecho de todas las personas integrantes en la sociedad.

En este sentido, como señalábamos al hablar de los principios, la Convención de 2006 no sólo es un tratado relativo a los derechos de las personas con discapacidad, sino un tratado que enriquece el acervo común de los derechos humanos de todas las personas, cerrando el proceso abierto con otros tratados relativos a grupos “diferentes” y, por tanto, “vulnerables” —mujer, infancia, apátridas, trabajadores migrantes, indígenas— y que han tenido por finalidad remover los obstáculos que les impedían el ejercicio de sus derechos. En el “paso gradual hacia la determinación de los sujetos titulares de derechos, según una especificación que se ha producido bien respecto al género, bien respecto a distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estado excepcional en la existencia humana” de que habla Bobbio en el marco de lo que define el “proceso de especificación de los derechos humanos”⁴⁶, el Derecho Internacional de los derechos Humanos proclama que esas “diferencias” no deben ser relevantes en el ejercicio de los derechos y que todos tenemos derecho a una sociedad que acepte y respete las diferencias sin que ello afecte al respeto y protección de todos los derechos de todas las personas.

La Convención de 2006 supone, en este sentido, el último paso del reconocimiento general de un derecho a una sociedad inclusiva e integradora. Derecho que tenemos todos, pues a todos enriquece, y no sólo los “diferentes”. En el fondo, es la proclamación de que “todos somos diferentes” y, por ende, iguales ante el Derecho.

V. LA EXIGIBILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS

⁴⁶ *Vide supra* nota 39

En este apartado nos planteamos si los derechos que se recogen en la Convención son todos ellos aplicables directamente o si, por el contrario, algunos de ellos dependerán del desarrollo económico de los Estados, considerándose más como “directrices de política social” que verdaderos derechos.

Muchos de los artículos de la Convención se refieren a derechos económicos, sociales y culturales que, como es sabido, es el ámbito donde suele plantearse el debate a que hacemos referencia.

La postura de los Estados, reflejada en el debate del proyecto de Convención, mantuvo constantemente la posición más reduccionista de los derechos, atribuyendo un carácter progresivo, dependiente del desarrollo, a la categoría de derechos económicos, sociales y culturales.

En el debate habido en el seno del Comité se consideró poco útil tratar de establecer una demarcación rígida entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Así, por una parte, se señaló que muchos artículos del proyecto tenían un carácter mixto y, por otra parte, se quería evitar que se creara una “jerarquía” de derechos en la Convención.

Pero lo cierto es que esa “jerarquía” se produce y la distinción entre un tipo y otro de derechos se hace notar a lo largo de la Convención.

Una de las manifestaciones más claras se produjo en el debate del artículo 4 relativo a las obligaciones generales de los Estados. Así, aunque hubo acuerdo general en afirmar que los Estados tienen la obligación de adoptar todo tipo de medidas para “asegurar la plena realización de todos los derechos establecidos en la Convención”, dicho acuerdo general también existió para afirmar “la adopción de medidas con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales en la medida que lo permitan los recursos disponibles y... en su caso en el marco de la cooperación internacional”.

Así, finalmente, tras un primer párrafo del artículo muy prometedor, conforme con el cual:

1. “Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a...”⁴⁷

⁴⁷ Los compromisos asumidos son:

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole apropiadas para dar efecto a los derechos reconocidos en la presente Convención;
- b) Tomar todas las medidas pertinentes incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

Sin embargo, el párrafo 2 reduce el optimismo al afirmar:

2. “Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, la plena realización de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.”

Esta misma cuestión fue planteada varias veces a lo largo de las negociaciones de los derechos concretos. Así, por ejemplo, en el artículo 19, relativo al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, al debatir los apartados relativos a los servicios de apoyo e instalaciones para poder hacer efectivos estos derechos, se observó que estos apartados se referían a derechos económicos, sociales y culturales y, *por tanto eran susceptibles de una realización progresiva* y se señaló que “si bien se había acordado que en el proyecto de artículo 4 se había incluido el concepto de realización progresiva, ello no impide el empleo de términos de realización progresiva en el artículo 15 o en otros artículos que contuvieran disposiciones mixtas o ambiguas”⁴⁸.

Si se hubiera aceptado esta fórmula, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad hubiera quedado dependiente de la existencia de recursos para adoptar las medidas de apoyo, lo que implica, finalmente, negar el derecho, aunque

d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad;

f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;

g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible ;

h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;

i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

⁴⁸ Ver comentario al artículo 15, en A/60/266, par. 21.

éste forme parte de la categoría de los derechos civiles y políticos.

El análisis de los debates en otros artículos, como por ejemplo el artículo 5 relativo a la no consideración como discriminatorias de las medidas destinadas a acelerar la igualdad de facto, nos muestra que esta cuestión era recurrente por parte de un gran número de Estados.

Sin embargo, hemos de felicitarnos de la desaparición de cualquier tipo de referencia a “alcanzar de manera progresiva” o a “hasta el máximo de sus recursos disponibles” en la regulación concreta de los derechos en el texto definitivo de la Convención. Todas las propuestas existentes en ese sentido en los borradores anteriores desaparecieron del texto final de la Convención.

El resultado de esas “desapariciones” debe ser saludado con optimismo. Como bien había señalado el Comité, la mayor parte de las disposiciones contenidas en el proyecto son mixtas, en el sentido de que la mayor parte de los artículos cuya finalidad es el reconocimiento de un derecho civil o político exclusivamente llevan consigo la obligación de los Estados de adoptar medidas para compensar la situación de desigualdad y la mayor vulnerabilidad de las personas con discapacidad. Medidas sin cuya adopción no es posible el ejercicio del derecho. Pero esas medidas son consideradas por los Estados en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, medidas de política social.

De esta forma, el resultado final era que, al hacer depender del desarrollo económico la adopción de estas medidas, se hace depender también del desarrollo económico el ejercicio no ya sólo de los derechos económicos, sociales y culturales (lo que ya de por sí es discutible), sino el mismo ejercicio de los derechos civiles y políticos.

Y este resultado es, en sí mismo, discriminatorio y no hubiera dejado “en pie de igualdad” a las personas con discapacidad respecto de las demás personas.

Sin embargo, al desaparecer en la regulación concreta de los derechos las referencias al carácter progresivo y a la existencia de recursos, podemos afirmar que todas las medidas exigidas a los Estados para el pleno ejercicio en pie de igualdad de derechos civiles y políticos —medidas que tradicionalmente han sido consideradas como de política social (es decir, fuera del campo de los derechos) o, como mucho, como un derecho social— se convierten en tan exigibles como el mismo derecho civil o político cuyo ejercicio permiten en nivel de igualdad.

No obstante, sí debemos destacar como negativo el párrafo 2 del artículo 4 que envía al ámbito del carácter progresivo y de la existencia de recursos disponibles el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

A pesar de ello, desearíamos destacar dos cosas. En primer lugar, no son los derechos económicos, sociales y culturales los que se remiten a ser alcanzados de manera progresiva, sino las medidas previstas para alcanzar su plena realización. Es

cierto que reconocer el derecho pero no reconocer la exigibilidad inmediata de las medidas necesarias para la plena realización del mismo por parte de las personas con discapacidad, no parece efectivo. Pero, no obstante, en nuestra opinión, el hecho de reconocer el derecho actualmente permite el control jurídico del concepto “hasta el máximo de sus recursos disponibles” previsto en el mismo artículo.

En segundo lugar, es de destacar la última frase del apartado 2 del artículo 4, conforme con la cual, el carácter progresivo y la limitación de los recursos debe entender “sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”. En este sentido, consideramos que es especialmente relevante las reflexiones realizadas en su Observación General nº 3 por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, relativa a “la índole de las obligaciones de los Estados Partes” relativa, precisamente a la fórmula similar utilizada en párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, y en la que el Comité afirma, en primer lugar, en relación al *carácter progresivo*:

“...si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto...
“...el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga...”

Y, en todo caso, considera el Comité que:

“corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos... Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata.

En segundo lugar, en relación al límite de “*hasta el máximo de sus recursos disponibles*”, el Comité, en relación a la frase idéntica del Pacto, afirma:

“El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda

atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

“El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.”

Queda pues claro que los derechos se tienen, en todo caso, y que el Estado debe garantizar las medidas, al menos, en un mínimo suficiente para su ejercicio, y, en el caso de que no sea posible la adopción de alguna medida, deberá justificar que ha realizado todos los esfuerzos para utilizar todos los recursos que estén a su disposición para proporcionar esa medida y ello no ha sido posible. Y estas obligaciones sí son directamente exigibles.

En nuestra opinión, la creación del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad prevista en la Convención de 2006 es un elemento esencial para la determinación del efecto directo de las obligaciones contenidas en la misma y para la reducción al mínimo de los efectos negativos del párrafo 2 del artículo 4.

Aunque, desgraciadamente, ha habido que hacer concesiones a los Estados más reticentes, estableciendo un doble procedimiento de control —uno en la Convención y otro en un Protocolo anexo⁴⁹—, se espera del Comité que pueda ejercer la función interpretadora propia del control frente a todos los Estados.

CONCLUSIONES

⁴⁹ En materia de control de la aplicación la Convención prevé, de una parte, la obligación de los Estados de designar un órgano nacional encargado de supervisar la implementación de la Convención y, de otro, la creación del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, con una composición de entre 12 y 18 expertos (en función del número de Estados parte) y con la función esencial de recibir y hacer observaciones sobre los informes de los Estados miembros. Se prevé explícitamente la cooperación y coordinación de este Comité con los demás Comités creados por los otros tratados de derechos humanos en el marco del sistema de protección convencional de los derechos humanos.

Pero el Comité, en el marco exclusivo de la Convención, no puede recibir demandas individuales o colectivas por violación de los derechos explicitados en la Convención. Esta actividad, sin embargo, sí podrá llevarse a cabo respecto de aquellos Estados que ratifiquen, además de la Convención, el Protocolo Adicional que prevé, explícitamente, que los Estados parte en el mismo reconocen la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales o de un grupo de individuos sujetos a su jurisdicción en las que reclamen como víctimas de una violación por el Estado parte de las disposiciones de la Convención.

En conclusión, podemos afirmar que, con la Convención de 2006, el Derecho internacional se ha dotado de instrumentos para evitar la explotación y el abuso de las personas con discapacidad y para proteger los derechos que ya tenían pero no se les respetaban. La Convención no crea ningún derecho nuevo, pero prohíbe específicamente la discriminación de estas personas en todos los ámbitos, concretando aspectos especialmente problemáticos y, además, reconoce el derecho a los ajustes razonables necesarios para el ejercicio en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos.

Pero no debemos olvidar que las normas no son una panacea. La verdadera discriminación está en la mentalidad de la sociedad. Es necesario eliminar los prejuicios y estereotipos que privan a las personas con discapacidades del disfrute de todos sus derechos humanos. En este sentido, deseamos destacar, para terminar, el artículo 8 de la Convención, en el que, de una manera separada a las obligaciones generales de los Estados derivadas de la Convención recogidas en el artículo 4, se establece que:

“1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;

b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;

c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.”⁵⁰

Si esta disposición se aplica efectivamente, esta Convención habrá sido un paso decisivo para la consecución de una sociedad inclusiva que acepte y respete las diferencias en su seno.

⁵⁰ Conforme al apartado 2 del mismo artículo 8, las medidas a este fin incluyen:

a) Poner en marcha y mantener campañas eficaces de sensibilización pública destinadas a:

i) Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;

ii) Promover ideas positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;

iii) Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;

b) Fomentar, en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;

c) Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención;

d) Promover programas de capacitación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.”

Ese es el reto de los derechos humanos en el siglo XXI: conseguir una sociedad que sea auténticamente integradora, una sociedad que valore la diferencia y respete la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos con independencia de sus diferencias y en la que todos lleguen a estar en un nivel de igualdad en el ejercicio de sus derechos humanos.

Como hemos intentado razonar, esta Convención supone un hito que culmina un ya largo proceso de consagración del derecho a una sociedad de esas características. Derecho que no es un derecho específico de los no incluidos, sino de todos. Una sociedad inclusiva y auténticamente integradora, que valore las diferencias y respete la dignidad en condiciones de igualdad de todos, a todos sus miembros enriquece, a todos beneficia y, por tanto, todos tenemos derecho a ella. Y ello implica un nuevo paradigma en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.