



AMITA DHANDRA

Profesora de Derecho, Universidad de Derecho NALSAR Hyderabad, India.

Dirección: NALSAR University of Law, Justice City, Shameerpet, Rangareddy District Hyderabad 500012, AP, India

E-mail: amitadhanda@gmail.com

RESUMEN

Este artículo examina la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que es el primer instrumento de derechos humanos del milenio que comprende como se ha modificado el discurso sobre los derechos de las personas con discapacidad, y a su vez contribuye a la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos. Esto se debe a que la Convención modifica el léxico de derechos de discapacidad y ofrece un entendimiento novedoso sobre la manera de resolver algunos dilemas perennes de derechos humanos.

Original en inglés. Traducido por Leah Tandeter.

PALABRAS CLAVES

Personas con discapacidad – Asistencialismo – Discriminación– Autonomía – Indivisibilidad – Participación



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

CONSTRUYENDO UN NUEVO LÉXICO DE DERECHOS HUMANOS: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Amita Dhanda

I. Introducción

La aparición de un mundo unipolar ha resultado en nociones tradicionales de derecho internacional que deben ser cuestionadas. Este desafío ha incluido el planteo de preguntas sobre la relevancia del sistema de Naciones Unidas, que se creó sobre la dinámica de poder del mundo de la posguerra. Se ha sostenido que la Organización de las Naciones Unidas no está en armonía con los deseos y aspiraciones del sur global y que opera como la sirvienta personal de los países de primer mundo.¹ Además, los instrumentos de derechos humanos, que eran un mecanismo para obtener respuestas de los Estados, han dado exiguos beneficios a las personas en el terreno; en vez estas Cartas de valores universales se han convertido en un bastón conveniente en la mano del primer mundo con el cual apalea al segundo mundo. Estas críticas junto con otras han provocado algunos de los esfuerzos de reforma estructural que han llamado la atención del órgano mundial. Entre ellos, una reconstitución de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad; y el esfuerzo de reestructurar y reformar los órganos de implementación de tratados.²

Es en este ambiente de creciente escepticismo, el cual no ha sido contenido de ninguna manera por los esfuerzos de reforma, que las Naciones Unidas ha adoptado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Una nueva convención de derechos humanos puede no despertar optimismo, especialmente cuando la convención trata las preocupaciones de un grupo especial como en el caso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante CDPD), que fue adoptada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006 y abierta a la firma de los Estados partes el 30 de marzo de 2007.

Ver las notas del texto a partir de la página 56.

La Convención requirió 20 ratificaciones para entrar en vigor y el último de estos instrumentos fue depositado en la Secretaría de Naciones Unidas el 3 de abril de 2008. La Convención entra por ende en vigor el 3 de mayo de 2008.³

Dentro de los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos, el proceso de negociación, elaboración, adopción e implementación de la CDPD ha sido relativamente rápido. A pesar de este desarrollo favorable, se les informa continuamente a las personas con discapacidad que sus expectativas depositadas en el sistema de Naciones Unidas eran ingenuas e irreales.⁴ Estudios documentando el impacto de la Convención de Mujeres⁵ y la Convención de Derechos del Niño se mencionan a menudo para demostrar esto. Tal como se mencionó anteriormente, la CDPD ha obtenido recientemente la última ratificación necesaria para entrar en vigor. Dado que la CDPD está casi lista para entrar en vigor, no es posible empíricamente ni deseable normativamente evaluar si va a cambiar o no la situación de las personas con discapacidad en el terreno. Resulta relevante marcar que la CDPD es un instrumento de derechos humanos y por ende de derecho internacional. A pesar de que las disposiciones explícitas de la CDPD enuncian los derechos de personas con discapacidad; la filosofía detrás de estos derechos, así como el procedimiento seguido para llegar al texto de la CDPD no pueden estar limitados sólo a las personas con discapacidad. Por ende, la CDPD puede ser presentada apropiadamente como el miembro más reciente de la familia de los derechos humanos. En esta capacidad, es necesario conocer la CDPD no sólo para comprender qué es lo que promete a las personas con discapacidad; sino también para comprender como contribuye a la jurisprudencia en derechos humanos. En consecuencia, en este artículo examino la CDPD con el objetivo de resaltar y describir analíticamente lo que la Convención hace para los derechos de discapacidad y cómo contribuye a la jurisprudencia en derechos humanos. Antes de emprender este análisis, principalmente para proporcionar un contexto socio-político al texto adoptado, describiré brevemente los desarrollos que fundaron el movimiento por una convención especial para las personas con discapacidad.

Este movimiento para persuadir a las Naciones Unidas para adoptar una convención de derechos humanos para personas con discapacidad no fue el primero en su tipo. Anteriormente Suecia e Italia habían realizado esfuerzos para obtener una convención sobre derechos de discapacidad sin éxito. Las iniciativas previas eran rechazadas con el argumento de que la discapacidad no estaba de ninguna manera excluida de los instrumentos generales de derechos humanos; en consecuencia no había necesidad de adoptar una convención especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. A pesar de estos reclamos de inclusión normativa, la experiencia en el terreno de las personas con discapacidad era de privaciones. Estos rechazos en efecto invisibilizaron tanto a las personas con discapacidad como a la experiencia de la discapacidad. Dado que la experiencia vivida por las personas con discapacidad no coincidía de ninguna manera con los argumentos utilizados para derribar una convención especial, en México se realizó un nuevo esfuerzo para persuadir a la comunidad internacional.

Es importante señalar que a pesar de que la comunidad internacional no accedió a los reclamos de las personas con discapacidad de una convención especial, reconoció las dificultades que las personas con discapacidad enfrentaban en el terreno mediante la adopción de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad⁶ y el Programa de Acción Mundial. Con anterioridad a la adopción de estos documentos complementarios de implementación, Naciones Unidas también proclamó la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos del Retrasado Mental,⁷ de los Derechos de los Impedidos⁸ y los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental.⁹ Estos instrumentos de derecho “blando” que fueron adoptados sin la participación de personas con discapacidad indican cómo el mundo no discapacitado percibe la discapacidad y por ende crean un estándar más bajo de derechos para personas con discapacidad. Es significativo que mientras la CDPD reconoce los esfuerzos realizados a través del Programa de Acción Mundial y las Normas sobre la Igualdad¹⁰ mantiene un silencio absoluto respecto de las dos Declaraciones y los principios de salud mental. Esto se debió a que las personas con discapacidad eran altamente críticas del tono peyorativo y condescendiente de estos instrumentos de derecho “blando”. Una comparación de estos instrumentos y la CDPD, que no es el objetivo de este artículo, ilumina las diferencias entre el enfoque asistencialista y el de derechos.¹¹ Estos instrumentos que no tenían fuerza vinculante son mencionados principalmente para resaltar el cambio de paradigma que la CDPD realiza al enunciar los derechos de las personas con discapacidad. Ahora nos volcamos a estos cambios.

II. ¿Qué ha hecho la CDPD para las personas con discapacidad?

Mi opinión es que la CDPD ha hecho lo siguiente para las personas con discapacidad: ha marcado el cambio de asistencialismo a derechos; introdujo el lenguaje de igualdad para reconocer tanto el derecho a la igualdad como a la diferencia de las personas con discapacidad; reconoció autonomía con apoyo para las personas con discapacidad y lo más importante es que convirtió a la discapacidad en una parte de la experiencia humana.

Del asistencialismo a los derechos

La CDPD no es el primer instrumento internacional que se ha ocupado del tema de discapacidad. Las Declaraciones y las Normas sobre la Igualdad ya han sido mencionadas. Un análisis de los instrumentos de derecho “blando” y especialmente de las Normas sobre la Igualdad muestra cómo las Normas incursionaron casi exclusivamente en derechos económicos y sociales. Así, en los requisitos para la igualdad de participación la CDPD mencionó mayor toma de conciencia;¹² atención médica;¹³ rehabilitación¹⁴ y servicios de apoyo.¹⁵ En las esferas previstas para la igualdad de participación las Normas sobre la Igualdad se refieren a posibilidad de acceso;¹⁶

educación;¹⁷ empleo;¹⁸ mantenimiento de los ingresos y seguridad social;¹⁹ cultura;²⁰ actividades recreativas y deportivas;²¹ y religión.²² Excepto la Regla 9 que habla de la vida en familia e integridad personal las Normas sobre la Igualdad, sólo incursionan en derechos públicos,²³ lo que vino a subsanar los déficits en materia de políticas públicas que enfrentan las personas con discapacidad. Hubo, sin embargo un silencio malicioso respecto de los derechos civiles y políticos en todos estos instrumentos.

De esta manera, no se sintió la necesidad de garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad, la libertad de expresión y de opinión y el acceso a la información o el derecho a la participación política. La ausencia de un régimen de derechos civiles y políticos para las personas con discapacidad ha contribuido significativamente al enfoque asistencialista debido a que el derecho internacional de los derechos humanos ha conferido la cualidad de inmediatez y justiciabilidad a los derechos civiles y políticos. Los derechos económicos y sociales son realizados progresivamente y están sujetos a la disponibilidad de recursos económicos. La gradualidad de la realización convierte a estos derechos en constantemente negociables. Las características de disponibilidad inmediata y justiciabilidad contribuyen a la no negociabilidad de los derechos civiles y políticos, y permiten a los titulares de estos derechos hacerlos valer sin vergüenza ni estar a la defensiva.²⁴ Frente a la ausencia de un régimen de derechos civiles y políticos, las personas con discapacidad no pudieron reclamar sus derechos firmemente; y se vieron enfrentados a la necesidad de negociar continuamente por ellos.

La CDPD reconoce a las personas con discapacidad el derecho a la vida en igualdad de condiciones con las demás.²⁵ Esta afirmación en sí misma sin más desafía la creencia de que una vida con discapacidad es una vida con menos valor y por ende no necesita ser protegida. El derecho a la vida es una afirmación de que la diferencia de discapacidad contribuye a la riqueza y diversidad de la condición humana y no es un déficit que debe ser eliminado.

El valor de la perspectiva de la discapacidad se ve fortalecido por otros derechos civiles y políticos tales como el derecho a la libertad y seguridad de la persona;²⁶ libertad de expresión y de opinión y el acceso a la información;²⁷ protección a la integridad personal.²⁸ El derecho a la participación en la vida política y pública es un reconocimiento de que las vidas de las personas con discapacidad no pueden ser organizadas por otros no discapacitados²⁹ y que hay una dimensión de discapacidad en cada ley y política y por ende estas leyes y políticas no deberían ser finalizadas sin la completa participación de las personas con discapacidad.³⁰

Igualdad y no discriminación

La CDPD se aboca al objetivo de no discriminación evidenciado en el derecho a la igualdad. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho ha provocado la aparición de las antiguas preguntas que rodean el discurso de igualdad. ¿Qué es lo que quieren

las personas con discapacidad: ¿Quieren lo mismo que el mundo no discapacitado o quieren algo diferente? ¿Todas las personas con discapacidad quieren lo mismo o quieren algo diferente? Este acertijo de igualdad y diferencia ha atormentado a cada grupo excluido en su travesía hacia la inclusión. La CDPD ha evitado este debate interminable al buscar tanto igualdad como diferencia. Entonces, a la vez que las personas con discapacidad tienen derecho al mismo respeto y dignidad que el resto de la humanidad;³¹ también tienen derecho a ajustes razonables³² a sus diferencias para obtener el resultado de inclusión y plena participación.³³

El tema de igualdad y diferencia no sólo es relevante en el contexto del mundo de los discapacitados y los no discapacitados. Tiene el mismo significado en la determinación de la relación entre distintos segmentos del mundo discapacitado, por ejemplo cómo debería ser tratada la cuestión de la inclusión en la educación, cuando hay desventajas en *ghetificar* a las personas con discapacidad en escuelas especiales y sin embargo hay destrezas especiales que las personas con discapacidad necesitan aprender para su propio desarrollo de capacidades. Una vez más la convención eligió permitir tanto igualdad como diferente. Así, por ejemplo, el artículo 24(3) requiere a los Estados partes que “brind[en] a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad”. Luego el artículo 24 (3) (c) requiere que los Estados partes aseguren “que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social”.³⁴

Autonomía y apoyo

El tercer tema sobre el cual la CDPD contribuye significativamente en la alteración del paradigma sobre los derechos de las personas con discapacidad es en el tema de la autonomía y el apoyo. Un análisis de los sistemas legales en el mundo muestra que si hay un sector de personas que no ha sido reconocido como personas que tienen la habilidad o capacidad de poder manejar sus propias vidas – son las personas con discapacidad intelectuales y mentales.³⁵ Esta creencia sobre la incapacidad de personas con discapacidad psicológica e intelectual ha tenido reconocimiento legislativo a través de leyes que niegan capacidad legal a personas con discapacidad. Estas leyes descalifican a las personas con discapacidad de la capacidad para tomar sus propias decisiones de vida en cuestiones de tratamiento, casamiento y residencia, y les impiden administrar sus propias cosas a través de una denegación general de su capacidad contractual. La CDPD ha intentado remediar esta profunda discriminación a través de, en primer lugar, reconocer que todas las personas con discapacidad son personas frente a la ley.³⁶ Sin embargo, este reconocimiento no está reducido únicamente a reafirmar la identidad

legal de las personas con discapacidad como sujetos de derecho. La Convención también otorga a las personas con discapacidad la agencia para administrar sus propias cuestiones.³⁷ Esta agencia no está basada en el paradigma de independencia sino en el de interdependencia. El paradigma de interdependencia establece que la capacidad y el apoyo pueden ser co-términos. Una persona con discapacidad no tiene que ser declarada incapaz para recibir apoyo. Consecuentemente la CDPD reconoce que una persona con discapacidad puede no necesitar apoyo para ejercitar su capacidad,³⁸ sin embargo la obtención de apoyo no es razón suficiente para concluir que no existe capacidad. Este paradigma de interdependencia que permite que la autonomía y el apoyo coexistan es un gran avance que la Convención ha logrado al establecer un régimen de derechos para las personas con discapacidad. Al reconocer autonomía con apoyo la CDPD le ha dado voz a las personas con discapacidad, hizo que las personas con discapacidad sean una parte integral de la política y por ende le ha dado un lugar a la perspectiva de la discapacidad en el mundo.

III. La contribución de la CDPD al derecho internacional de los derechos humanos

La CDPD es la primera convención de derechos humanos del milenio. En este sentido, su normativa no sólo resulta relevante para las personas con discapacidad sino que también es importante para todos los defensores de derechos humanos. La convención requiere especial atención porque tiene lo que yo califico la sabiduría de un rezagado. Lo que quiero decir es que la CDPD gana de los errores cometidos o los obstáculos descubiertos en el funcionamiento de las otras convenciones de derechos humanos. Es importante examinar esta convención por la perspectiva novedosa que le otorga a los dilemas básicos en la defensa de los derechos humanos.

La indivisibilidad de los derechos humanos

Ha sido ampliamente reconocido que el derecho internacional de los derechos humanos ha creado una falsa dicotomía entre los derechos civiles y políticos, de un lado, y los derechos económicos y sociales, por otro. La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue un documento compuesto que incorporó los derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Sin embargo, las convenciones sucesivas³⁹ introdujeron una división entre dos grupos de derechos y adicionalmente establecieron que mientras los derechos civiles y políticos debían estar disponibles inmediatamente; los derechos económicos y sociales debían ser realizados progresivamente. La lógica de esta diferencia de exigibilidad se debió a la manera en que los dos grupos de derechos fueron clasificados. Así, mientras los derechos civiles y políticos fueron calificados como negativos; los derechos económicos y sociales fueron vistos en su contenido como positivos. Siendo la presunción que mientras que los Estados necesitan expandir

recursos para sostener los derechos económicos y sociales, no se requiere cumplir con una obligación correlativa para respetar los derechos civiles y políticos.

En su estudio sobre derechos humanos Henry Shue ha hecho estallar este mito.⁴⁰ La tesis de Shue es que es incorrecto clasificar a los derechos en positivos y negativos. Demuestra convincentemente que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos y sociales dan lugar a deberes positivos y negativos. Por ejemplo, el derecho a la seguridad no se realiza sólo mediante el cumplimiento del Estado de sus deberes de abstención por lo que el ciudadano no es privado arbitrariamente de sus derechos a la vida y a la libertad. El reconocimiento de este derecho civil también requiere que el Estado lleve a cabo deberes activos de protección. Y si falla en proveer protección necesitará otorgar ayuda ya sea a víctimas de disturbios o víctimas civiles en una guerra. Por ejemplo, el derecho a la seguridad no puede ser garantizado a los ciudadanos a menos que el Estado cree la adecuada infraestructura para proteger el derecho. Entonces Shue sostiene que los derechos de subsistencia y seguridad no deberían ser garantizados a todas las personas sin antes discutir sobre la disponibilidad de recursos; esto es porque sin estos derechos básicos no sería posible garantizar ninguno de los otros derechos, ya sean civiles, políticos, sociales o económicos. Desafortunadamente, a pesar de su gran coherencia lógica y moral, la tesis de Shue no ha recibido atención en el derecho internacional y la dicotomía artificial entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales continúa siendo reiterada. La CDPD otorga a los defensores de derechos humanos una oportunidad de visitar esta falsa división y una vez más afirmar la indivisibilidad de los derechos.

El proceso de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad demandó la creación de derechos híbridos. Por ejemplo, el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión y de opinión para personas con discapacidad debe contemplar modos de comunicación alternativos y aumentativos, dado que sino los derechos no tendrían sentido. Esta conexión que la CDPD hace entre derechos civiles y políticos y desarrollo de infraestructura no es única para personas con discapacidad; se requiere para todas las personas. Sin embargo, por motivo de las necesidades especiales de personas con discapacidad esta conexión tuvo que explicitarse en la CDPD. Y así como los derechos civiles y políticos están disponibles inmediatamente, el desarrollo infraestructural tendría que ser garantizado contemporáneamente y no progresivamente. Los defensores de derechos humanos especialmente en los países en desarrollo harían bien en tomar nota de este nuevo desarrollo en el derecho internacional que podría fortalecer la defensa de base para el desarrollo de infraestructura.

La indivisibilidad de los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos y sociales, por otro, necesita ser tratada no sólo cuando los derechos civiles y políticos están juego, sino también cuando se trata de derechos económicos y sociales.⁴¹ De manera ilustrativa, los programas estatales de fomento del derecho a la alimentación no pueden ser planificados y ejecutados sin la participación de los beneficiarios del programa. Esta defensa inconsulta de derechos socava la dignidad y

niega la elección del beneficiario. Así, mientras los programas llevan la etiqueta de derechos, los beneficiarios no pueden hacer valer estos derechos sin recurrir a un abogado o pasar vergüenza. De hecho, estos programas constituyen una afrenta continua al respeto propio de los beneficiarios. La CDPD tiene enseñanzas útiles respecto de derechos de participación en la medida en que convierte al derecho de participación en una obligación general de los Estados. Se requiere que los Estados consulten con las personas con discapacidad respecto de todas políticas y leyes que las afecten. Esta incorporación ha transformado el eslogan 'nada sobre nosotros sin nosotros' de un himno de campaña a un principio no negociable de los derechos de discapacidad. Sin embargo, sería apropiado que los defensores de derechos humanos aprendan de la CDPD y extiendan análogamente los aprendizajes de la convención a lugares distintos que los derechos de discapacidad.

Interdependencia humana

La CDPD no sólo ha reabierto el tema de la indivisibilidad de los derechos; también ha revisitado la construcción de lo humano. Un análisis de los instrumentos de derechos humanos muestra que el humano ha sido construido como un ser auto-dependiente y auto-contenido que no necesita a nadie más. La teoría feminista ha demostrado convincentemente que esta percepción de auto dependencia e independencia es un mito patriarcal.⁴² Es un mito patriarcal porque el apoyo que obtienen las llamadas personas auto-dependientes puede ser obtenido sin reconocerlo o notarlo de modo alguno. La división público-privado le permite a los hombres hacer reclamos de auto-dependencia en la esfera pública a la vez que se apoyan en la mujer detrás de escena, para responder a su necesidad humana.

Por otro lado, las personas con discapacidad, posiblemente debido a sus limitaciones necesitan buscar apoyo de una manera más abierta y franca. Esta búsqueda de apoyo explícita hace posible el reconocimiento de la interdependencia humana. El reconocimiento de la interdependencia humana no es una declaración de incapacidad, sino un reconocimiento honesto de que las personas con discapacidad pueden requerir apoyo para ejercer sus capacidades. Este modelo es emancipatorio no sólo para las personas con discapacidad sino para toda la humanidad. El modelo es emancipatorio porque le permite a una persona admitir déficits sin sentirse reducido. El modelo reconoce el hecho de que nosotros animales humanos nos necesitamos unos a otros.⁴³ La veracidad de esta propuesta se corrobora si se adopta un enfoque de curso de vida. Hay pocas etapas en la vida que apoyan el mito de auto-dependencia. La niñez, la adolescencia, la vejez, y la enfermedad son ejemplos obvios de la vulnerabilidad y necesidad humana. Los humanos tienen y continuamente necesitan apoyarse unos a otros de diversas maneras, pero este apoyo mutuo en la vida real no encuentra reconocimiento jurídico. En consecuencia nuestra jurisprudencia continúa hablando sobre independencia. Al establecer el paradigma de toma de decisiones apoyadas, la

CDPD inequívocamente declara que es posible obtener apoyo sin ser disminuido o reducido. El paradigma de la interdependencia debería ser empoderador y emancipador para toda la humanidad y no sólo para las personas con discapacidad.

Doble discriminación

Otra cuestión que ha perseguido a la jurisprudencia en derechos humanos gira en torno al tema de la doble discriminación. ¿Cómo debe tratar la jurisprudencia en derechos humanos la vulnerabilidad de aquellos que son desaventajados en más de un parámetro? Sea género combinado con raza o discapacidad combinada con etnicidad o edad o género. Es posible pensar múltiples formaciones de grupos discriminados.⁴⁴ La cuestión es cómo debe ser tratada esta doble y múltiple discriminación. El tema de la doble discriminación pasó a primera plana cuando se negoció la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por su sigla en inglés). De todos modos, en esa coyuntura se creyó que cualquier reconocimiento de la múltiple discriminación diluiría el desafío de la CEDAW en torno a la discriminación sexual. En consecuencia, excepto una mención nocional de las mujeres rurales,⁴⁵ la CEDAW constituyó a la mujer como una categoría universal con el entendimiento de que las cuestiones de la doble discriminación deberían ser tratadas al momento de la implementación.⁴⁶ Incluso a pesar de que el Comité de la CEDAW ha emitido un Recomendación General sobre los derechos de las mujeres con discapacidad⁴⁷ estas promesas relegadas al ámbito de la implementación no han sido realizadas. La Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, por su siglas en inglés) respondió a la pregunta de la doble discriminación de un modo un poco diferente en la medida en que se incluyó en la CRC un artículo dedicado a niños con discapacidad.⁴⁸ Este artículo fue incluido en la CRC bajo el entendimiento de que mientras que los niños con discapacidad serían titulares de todos los derechos garantizados en la CRC, sus intereses especiales serían tratados en el artículo específico. Desafortunadamente la preocupación de los niños con discapacidad fue *ghetoizada* en el artículo específico.⁴⁹ También se le exigió a la CDPD que se comprometiera con el tema de la discriminación múltiple. Sin embargo, posiblemente debido al aprendizaje de la CEDAW y la CRC, la CDPD ha divisado una nueva estrategia para tratar el tema de la doble discriminación, la cual puede ser calificada como el enfoque de la doble vía.

Este enfoque de doble vía garantiza a mujeres y niños igualdad y diferencia. Así mientras se han incluido artículos específicos en la convención para tratar las preocupaciones de las mujeres⁵⁰ y niños con discapacidad,⁵¹ también han sido incorporadas las preocupaciones de género y edad en diversos artículos de la CDPD sobre temas de especial preocupación para estas comunidades. Así por ejemplo, el artículo sobre libertad de movimiento y nacionalidad explícitamente menciona que los niños con discapacidad deben ser registrados inmediatamente después del nacimiento y que deben gozar del derecho al nombre, del derecho a adquirir una

nacionalidad, y en la medida de lo posible, del derecho a saber y a ser cuidados por sus padres desde su nacimiento.⁵² El derecho a la salud expresamente requiere que el Estado parte provea servicios de salud que sean sensibles al género.⁵³

Con la adopción del enfoque de la doble vía, la CDPD ha divisado una nueva estrategia para tratar el tema de la discriminación múltiple. Este enfoque requiere que el interés especial de los grupos vulnerables sea tratado en un artículo específico y simultáneamente los artículos generales también se hagan cargo de los intereses distintivos de los grupos especiales. Y así la doble discriminación debe ser doblemente compensada. En la medida en que la discriminación no sólo es enfrentada por las personas con discapacidad, sería oportuno que los defensores de derechos humanos hicieran uso de este nuevo precedente del derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho de participación

El derecho internacional es un acuerdo internacional entre Estados partes; por ende los individuos tienen un rol pequeño en el proceso de elaboración de este derecho. En el pasado más reciente se han hecho esfuerzos para aumentar la participación de los individuos para poner freno a esta obvia desventaja del derecho internacional. Irónicamente esta inducción de la perspectiva de los individuos está controlada en gran medida por la voluntad de los Estados. La negociación de la CDPD así como el texto que ha surgido de estas negociaciones han dispuesto un nuevo paradigma de la participación de los individuos.

La resolución de la Asamblea General que estableció el Comité Ad Hoc para negociar la CDPD expresamente requería que los Estados partes llegaran al texto de la Convención habiendo consultado a la sociedad civil, por ejemplo, las personas con discapacidad, organizaciones de personas con discapacidad, instituciones de derechos humanos y otras asociaciones de la sociedad civil.⁵⁴ Esta resolución de la Asamblea General recibió una interpretación liberal de los diversos miembros del Comité Ad Hoc. Esta resolución, interpretación y práctica han establecido un nuevo precedente respecto de la participación de individuos en el proceso de elaboración del derecho internacional. A pesar de que estos desarrollos han ocurrido en el ámbito de los derechos de discapacidad, su aplicación no debe ser limitada. Para una aplicación más amplia y un uso análogo es importante que los defensores de derechos humanos estudien de cerca la forma en que la participación de la sociedad civil fue garantizada durante la negociación de la CDPD. Corresponde hacer una breve narración para abrir el apetito de los defensores.

El establecimiento de un grupo de trabajo para producir un texto de trabajo estuvo entre las primeras decisiones que tomó el Comité Ad Hoc tendientes a cumplir su deber de alcanzar un texto final para la CDPD. En tanto los Estados como un todo iban a reaccionar al texto del Grupo de Trabajo, era este texto de trabajo el que formaría la base para la Convención propuesta en primer lugar. Es importante que las

organizaciones de personas con discapacidad junto con instituciones de derechos humanos hayan sido miembros regulares de este Grupo de Trabajo y hayan utilizado óptimamente esta oportunidad para educar a los Estados partes en temas y preocupaciones de personas con discapacidad. El texto de trabajo que surgió de este proceso llevó la marca indeleble de la participación de la sociedad civil. Esta ventaja obtenida en el texto base por las organizaciones de personas con discapacidad, influyó considerablemente el tono y tenor de las negociaciones en el Comité Ad Hoc. En ningún momento de las siguientes negociaciones se coartó el derecho participativo obtenido por las organizaciones de personas con discapacidad en el Grupo de Trabajo.

Habitualmente las negociaciones para los textos legales internacionales se llevan a cabo en sesiones informales y para ayudar a la flexibilidad y al consenso no se mantienen registros formales de las deliberaciones en las sesiones informales. Temprano en las negociaciones para la CDPD se resolvió que las organizaciones de la sociedad civil no iban a tener voz en las sesiones informales. Las sesiones informales para la CDPD tuvieron lugar en la misma sala que estaba destinada para la reunión formal del Comité. Así, a pesar de no tener voz, se les permitió a las organizaciones de la sociedad civil estar presentes durante las deliberaciones informales entre los Estados partes. Además, a medida que las deliberaciones sobre algún artículo importante concluían entre los Estados partes en las sesiones informales, los miembros del Comité convocaban sesiones formales para darle la oportunidad a las organizaciones de la sociedad civil para que expresen sus visiones respecto del artículo en discusión. Este cambio sutil de informal a formal permitió darle voz a las opiniones de las personas con discapacidad y otras organizaciones. En algunos de los temas controversiales de la Convención se constituyeron grupos temáticos, donde las opiniones de las personas con discapacidad y sus organizaciones eran buscadas y contempladas.

Habitualmente, incluso cuando la participación de la sociedad civil ha sido inducida durante el proceso de elaboración del derecho internacional; la negociación del texto final siempre ha ocurrido entre los Estados partes. La opinión de la sociedad civil no ha sido determinante del proceso. Las negociaciones de la CDPD han alterado esta práctica de derecho internacional. Tal como ya se mencionó, la directiva de la Asamblea General fue interpretada liberalmente para obtener aportes de las personas con discapacidad y sus organizaciones. Para permitir la inducción eficiente de la perspectiva de las organizaciones de las personas con discapacidad, éstas comenzaron a transmitir su opinión al Comité Ad Hoc a través de un *caucus*. El *Caucus* Internacional sobre Discapacidad era una red libre formada en las Naciones Unidas por más de 70 organizaciones de discapacidad internacionales, nacionales y regionales que estaban registradas en el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DESA por su sigla en inglés). La unificación de la voz de discapacidad contribuyó sostenidamente al peso adquirido por las personas con discapacidad y sus organizaciones en la negociación para la Convención. Es este peso lo que explica porqué los Estados partes hacia el final del proceso no estaban dispuestos a debatir ninguna propuesta textual sin antes conseguir la aprobación de las

personas con discapacidad y sus organizaciones. El derecho de participación como fue construido durante las negociaciones para la CDPD constituye un precedente en el derecho internacional que merece un estudio detallado y replicación.

El camino hacia adelante

La CDPD fue abierta a la firma el 30 de marzo de 2007. Un record de 82 firmas fueron agregadas al documento en el día inaugural. Ahora la CDPD ha obtenido las 20 ratificaciones requeridas por la Convención para su entrada en vigor, la Convención se ha convertido en derecho internacional operativo para los países ratificantes. La actual situación internacional se puede describir de la siguiente manera: países que han firmado la CDPD; países que han firmado y ratificado y países que no han firmado ni ratificado la Convención.

Esta brecha entre firma y ratificación también subsiste porque los países difieren en el proceso de ratificación y en el procedimiento a través del cual los países traducen normas de derecho internacional en normas nacionales. Un número de países no ratifican una convención hasta haber modificado todas las leyes y políticas locales y haberlas adecuado a la convención internacional. Para estos países el depósito del instrumento de ratificación no es más que una formalidad ya que han cumplido todos sus compromisos que emanan de los instrumentos internacionales. Otros países hacen un inventario de la situación local y si creen que no hay nada en el instrumento internacional con lo que están en desacuerdo avanzan y ratifican el instrumento. Es importante para las organizaciones de la sociedad civil distinguir entre los dos procesos de ratificación y por consiguiente idear su estrategia de aincidencia.

Es un principio establecido en el derecho internacional que un Estado está obligado por las disposiciones de un tratado internacional sólo después de depositar el instrumento de ratificación. Es este principio el que provoca que las organizaciones de personas con discapacidad presionen para lograr la rápida ratificación de sus respectivos países. A pesar de que la impaciencia de las personas con discapacidad y sus organizaciones es comprensible, sería desafortunado si su impaciencia los obligara a sacrificar la ventaja obtenida de la firma de la Convención. Cuando un Estado parte firma una convención internacional se compromete a no llevar a cabo ninguna actividad que se oponga al mandato de la convención. Entonces mientras la ratificación trae obligaciones positivas, la firma induce un deber negativo. Sería poco sabio no otorgarle significado a este deber negativo. Como mínimo este deber impone un embargo sobre cualquier otra ley y política que disminuya los derechos de las personas con discapacidad.

En conclusión deseo referirme a las tareas que los activistas de derechos de discapacidad pueden emprender para garantizar que las promesas de la CDPD sean realizadas para las personas con discapacidad. El derecho internacional de los derechos humanos se logra a través del consenso, y en la puja por obtener consenso, los Estados partes están obligados a aceptar y acordar lenguaje abierto texturado. Este lenguaje

abierto texturado entonces tiende a crear la impresión de que las demandas del derecho internacional de los derechos humanos son más bien magras. Un estudio detenido de los trabajos preparatorios mostrará las variadas alternativas que fueron consideradas por los Estados partes, antes de que se llegara a un consenso en el texto final. La textura abierta del texto enmascara este proceso. Por eso es importante para los activistas de derechos de discapacidad estar atentos a las variadas alternativas que se ofrecían, y abogar para que la interpretación más ambiciosa sea inducida en la legislación nacional. De esta manera la sociedad civil puede ayudar a elevar el estándar y prevenir que el derecho internacional sea sólo un acuerdo sobre el menor denominador común⁵⁵.

Por otro lado, la Convención ha dado nacimiento a derechos híbridos. Derechos híbridos son aquellos que tienen componentes tanto de derechos civiles como políticos, por un lado, y derechos económicos y sociales, por otro. La creación de estos derechos ha fortalecido el discurso de la indivisibilidad de los derechos en la jurisprudencia de derechos humanos. La pregunta es, ¿cómo serán interpretados estos derechos? ¿Se registrarán por la jurisprudencia de los derechos civiles y políticos? O, ¿se guiarán por las teorías alrededor de los derechos económicos y sociales? El texto ambiguo del Artículo 4 (2) de la CDPD permite cualquiera de las interpretaciones.⁵⁶ Por lo tanto es necesario que los activistas de los derechos de las personas con discapacidad sean rápidos y generen suficiente literatura para guiar el pensamiento de políticas y legislación sobre derechos de personas con discapacidad.

Por último, la CDPD ha dado nuevas respuestas a algunas preguntas que han estado merodeando en la jurisprudencia de derechos humanos por mucho tiempo. De modo ilustrativo, han surgido preguntas respecto del derecho de las personas con discapacidades psíquicas en el contexto de la Convención contra la Tortura. Sería apropiado si en lugar de buscar respuestas a todas estas preguntas solamente en la Convención contra la Tortura, se realizaran esfuerzos para construir puentes entre la Convención contra la Tortura y la CDPD especialmente teniendo en cuenta que la CDPD establece derechos a la libertad, integridad, y capacidad legal a todas las personas con discapacidad. Estos derechos pueden ser empleados para reforzar el mandato de la Convención contra la Tortura. Esta estrategia no puede ser confinada a la Convención contra la Tortura, una iniciativa similar puede ser lanzada para fortalecer la jurisprudencia de la CEDAW y la Convención de los Derechos del Niños.

La implacable participación e incidencia de las personas con discapacidad y sus organizaciones ha resultado en la adopción de la CDPD por la Naciones Unidas en tiempo record. No es necesario decir que este texto informará en gran medida los derechos de discapacidad de ahora en más. Sin embargo, sería desafortunado si las innovaciones normativas e institucionales divisadas por la Convención se limitaran en su aplicación sólo a la discapacidad. La Convención reconstruye tanto el término “derechos” como “humanos” en derechos humanos, es por lo tanto apropiado que los abogados de derechos humanos se comprometan con ella y hagan uso de las enseñanzas de la primera convención de derechos humanos del nuevo milenio.

NOTAS

1. Para bibliografía sobre escritos sobre la reforma de las Naciones Unidas ver <<http://www.un.org/Depts/dhl/reform.htm>>.
2. MORIJN, J. *UN Human Rights Treaty Body Reform Towards a Permanent Unified Treaty Body*. Disponible en: <<http://www.civitatis.org/pdf/untreatyreform.pdf>>.
3. Artículo 45(1) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) establece que la Convención entrará en vigor a los 30 días del depósito del vigésimo documento de ratificación o adhesión.
4. BYRNES, A. *Convention on Rights of Persons with discapacidad*, presentation made at the Critical Legal Studies Conference at NALSAR Hyderabad India 1st to 3rd Sep. 2006.
5. Para un análisis comprehensivo del involucramiento de las mujeres en las Naciones Unidas ver JAIN, D. *Women development and the UN - A sixty year quest for equality and justice*. Hyderabad: Orient Longman Hyderabad, 2005.
6. Adoptadas por la Asamblea General Resolución 48/96 del 20 de dic., 1993.
7. Proclamada por la Asamblea General Resolución 2856 (XXVI) del 20 de dic., 1971.
8. Proclamada por la Asamblea General Resolución 3447 (XXX) del 9 de dic., 1975.
9. Adoptados por la Asamblea General Resolución 46/119 del 17 de dic., 1991.
10. CDPD. *Preámbulo*, párrafo f.
11. De manera ilustrativa el Párrafo 5 de la Declaración de los Derechos del Retrasado (1971) declara que una persona mentalmente retrasada tiene derecho a un tutor y el artículo 1 de la Convención habla de la capacidad legal universal y el apoyo para ejercer la capacidad.
12. Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, regla 1.
13. Idem, regla 2.
14. Idem, regla 3.
15. Idem, regla 4.
16. Idem, regla 5.
17. Idem, regla 6.
18. Idem, regla 7.
19. Idem, regla 8.
20. Idem, regla 10.
21. Idem, regla 11.
22. Idem, regla 12.
23. Los teóricos del derecho hacen una distinción importante entre derechos de respeto y de garantía. Mientras los primeros son absolutos y no negociables, los últimos están ligados a los recursos y están sujetos a la

negociación. En general se refiere a los derechos socio-económicos como derechos de garantía en esta categorización. Henry Shue con su tesis en derechos básicos y SEN, A. *Development as Capability Expansion*. In: FUKUDA-PARR, S. & SHIVA KUMAR, A. K. (eds.). *Readings in human development*, 2003 and NUSSBAUM, M. *Frontiers of justice disability, nationality species membership*. New Delhi: Oxford University Press, 2006 con el enfoque de capacidades son dos esfuerzos de intentar promover por lo menos algunos derechos socio-económicos de una manera más universal.

24. Henry Shue (SHUE, H. *Basic rights subsistence affluence and US foreign policy*. Princeton: University Press Princeton, 2nd ed., 1996) se apoya en Joel Feinberg (FEINBERG, J. *Social Philosophy*. Englewood Cliffs: Prentice Hall Inc., 1973) que sostiene que la habilidad de demandarlo sin vergüenza es un componente integral de un derecho de reclamo. Es por la dignidad que le otorgan a su poseedor que tales derechos son vistos como integrales para promocionar el respeto innato de los seres humanos.

25. CDPD, artículo 10.

26. Ibid, artículo 14.

27. Ibid, artículo 21.

28. Ibid, artículo 17.

29. Ibid, artículo 29.

30. Ibid, artículo 4(3).

31. Ibid, artículo 5(2) que requiere que los Estados partes "prohib[an] toda discriminación por motivos de discapacidad y garanti[cen] a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo".

32. Ibid, artículo 2 define ajustes razonables como 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 los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

33. Ibid. artículo 5(3).

34. Para mayor información sobre el estado de la legislación sobre capacidad legal ver DHANDA, A. *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future*. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. New York, v. 34, n.2, 2007, p. 429-462,

35. CDPD, artículo 12 (1).

36. El artículo 12 (2) establece que "[l]os Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".

37. Artículo 12 (3) requiere que los Estados partes "adopt[en] las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

38. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General Resolución 2200 A (XXI) del 16 de dic.1966, entró en vigor el 23 de mar. 1976 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General Resolución 2200 A (XXI) del 16 de dic.1966 entró en vigor el 3 de enero 1976.

39. SHUE, supra nota 24.
40. Sobre la importancia del derecho a la dignidad ver NUSSBAUM, supra nota 23.
41. Ver especialmente YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 286 p., 1990.
42. Para un tratamiento extendido de esta dimensión de humanidad ver NUSSBAUM. *Frontiers of Justice*, supra nota 23.
43. Sobre una articulación compleja del fenómeno de la doble discriminación ver FRASER, N. & HONETH, A. *Redistribution or recognition: A political philosophical exchange*. Verso, 2003.
44. Artículo 14 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
45. JAIN, supra nota 5.
46. La Recomendación General 18 (décimo período de sesiones, 1991) fue dedicada a Mujeres con Discapacidad.
47. Artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
48. En este sentido hubo testimonios ante el Comité Ad Hoc en la CDPD de defensores de derechos de los niños que habían trabajado en el Comité de Derechos del Niño (Notas en el archivo personal de la autora).
49. CDPD, artículo 6.
50. Ibid, artículo 7.
51. Ibid, artículo 18 (2).
52. Ibid, artículo 25.
53. ASAMBLEA GENERAL. Res 56/1681, 4 UN Doc A/RES/56/168 (26 de feb. 2002).
54. Interesantemente el artículo 4 (4) de la CDPD expresamente autoriza a los Estados Partes a reconocer más que la Convención.
55. Sección 4(2) establece respecto de los derechos económicos, sociales, y culturales, que cada Estado Parte se compromete 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, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

ABSTRACT

The Article examines the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which is the first human rights instrument of the millennium to understand how the disability rights discourse has been altered, and to contribute to human rights jurisprudence. This is because the Convention alters the lexicon of disability rights and offers fresh insight on the way to resolve some perennial human rights dilemmas.

KEYWORDS

Persons with disabilities – Welfare – Discrimination – Autonomy – Indivisibility - Participation

RESUMO

O artigo examina a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências, que é o primeiro instrumento de direitos humanos do milênio a entender como o discurso dos direitos das pessoas com deficiências tem sido alterado e a contribuir para a jurisprudência sobre direitos humanos. Isso ocorre porque a Convenção altera o léxico dos direitos das pessoas com deficiências e oferece um novo insight sobre o modo de resolver alguns dilemas perenes dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE

Pessoas com deficiências – Assistência social – Discriminação – Autonomia – Indivisibilidade – Participação