

**III. NUEVO PARADIGMA HACIA LOS DERECHOS HUMANOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección?

Christian Courtis*

Estas breves reflexiones se proponen contestar la pregunta del panel al que fui convocado, es decir: ¿constituye la recientemente adoptada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad un nuevo paradigma en materia de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad? Paso a exponer algunos argumentos al respecto, que tal vez tengan alguna utilidad a la hora de entender la estructura y alcance de la Convención y —lo que es más importante— a la hora de aplicarla.

1. En primer término, cabe comenzar por lo obvio: el “cambio de paradigma” más evidente consiste en el paso de una serie de instrumentos internacionales no obligatorios, o instrumentos de *soft law* —como el “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”,¹ las “Directrices de Tallinn para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos”,² las “Directrices para el Establecimiento y Desarrollo de Comités Nacionales de Coordinación en la Esfera de la Discapacidad u Órganos Análogos”,³ los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental”⁴ y las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”,⁵ entre otros—, por un tratado internacional, obligatorio para las naciones que lo ratifiquen y con mecanismos obligatorios de supervisión. No se trata de que no existieran previamente normas o estándares internacionales en materia de discapacidad, pero la adopción de la Convención supone el paso del “derecho modelo” o de los “estándares interpretativos no vinculantes”, al derecho internacional vinculante, que se potencia en aquellos sistemas en los que el derecho internacional forma parte del derecho local.

2. En segundo término, cabe aclarar que la pregunta tiene mayor sentido si se dirige a la parte sustantiva de la Convención. Desde el punto de vista de los mecanismos de protección, la Convención ha adoptado sin mayores variaciones la solución de otras convenciones del sistema universal de

* Comisión Internacional de Juristas, Ginebra

¹ Aprobada por la Resolución 37/52 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982.

² Aprobadas por la Resolución 44/70 de la Asamblea General el 15 de marzo de 1990.

³ Aprobadas por la Resolución 46/96 de la Asamblea General el 16 de diciembre de 1991.

⁴ Aprobadas por la Resolución 46/119 de la Asamblea General el 17 de diciembre de 1991.

⁵ Aprobadas por la Resolución 48/96 de la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993.

protección de derechos humanos: la constitución de un Comité, al que se le asignan funciones tradicionales; la revisión de informes estatales periódicos, la posibilidad de escuchar peticiones individuales y de realizar investigaciones en caso de violaciones masivas, estas últimas dos a tenor del Protocolo Adicional también aprobado. Podría señalarse, ciertamente, alguna innovación en materia de obligaciones de producción de información (Art. 31), cooperación internacional (Art. 32) y de la obligación de previsión de organismos de seguimiento nacional (Art. 33), aunque estos rasgos también aparecían en instrumentos previos de *soft law*, como las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. No me detendré aquí en esta cuestión.

3. En cuanto a la cuestión sustantiva, creo que al menos es útil efectuar dos ejercicios de comparación, a efectos de responder adecuadamente la pregunta. En primer lugar —para saber si nos encontramos frente a un instrumento novedoso en términos sustantivos—, cabe comparar la recientemente adoptada Convención con los instrumentos de *soft law* existentes hasta la fecha en materia de discapacidad. En segundo lugar, cabe comparar la Convención con el modelo que ofrecen otras convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Creo que estas comparaciones permitirán arrojar alguna luz, en aras de contestar la pregunta que nos ocupa. A ellas dedicaré los próximos párrafos.

3.1 Comparemos, en primer lugar, la Convención con los instrumentos de *soft law* existentes hasta la fecha referidos a la discapacidad. Una dificultad metodológica que plantea esta comparación es que, de hecho, no hay completa homogeneidad entre los instrumentos de *soft law* adoptados. Esta dificultad se potencia porque —dada su naturaleza no vinculante— los instrumentos de *soft law* no se denuncian ni se “derogan”, de modo que instrumentos de distinto tenor, potencialmente en tensión, permanecen “vigentes” simultáneamente. En efecto, puede decirse que mientras los primeros instrumentos adoptados a comienzos de la década de los años 70 (como las llamadas, anacrónicamente, “Declaración de los Derechos del Retrasado Mental”,⁶ y “Declaración de los Derechos de los Impedidos”⁷) revisten un tono paternalista y asistencialista, es recién a partir de la adopción del ya mencionado Programa de Acción Mundial de 1982 cuando comienza a vislumbrarse un modelo en el que priman objetivos tales como la plena inclusión social, la vida independiente y la erradicación a las barreras a la participación. Cabe, de todos modos, señalar que el Programa de Acción Mundial y los instrumentos posteriores constituyen aún un compromiso conceptual entre el modelo social y el

⁶ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2856 (xxvi), de 20 de diciembre de 1971.

⁷ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3447 (xxx), de 9 de diciembre de 1975.

modelo médico de concepción de la discapacidad, de modo que siguen existiendo en esos instrumentos aproximaciones derivadas del modelo médico, que entiende a la discapacidad como desviación individual y negativa con respecto un parámetro de normalidad, y por ende ofrece una mirada inspirada en el modelo de la cura o reestabilización.⁸ En todo caso, el Programa de Acción Mundial, e instrumentos posteriores como las Normas Uniformes marcan un corte con respecto al modelo previo; de modo que, si se quiere hablar de cambio paradigmático, estos instrumentos efectuaron uno con respecto a los anteriores.

Dicho esto, la pregunta pertinente es cómo se compara la presente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con los instrumentos de *soft law* desarrollados a partir del Programa de Acción Mundial de 1982. Pues bien, evaluada de manera general, la Convención no constituye una ruptura, sino un instrumento que mantiene la orientación marcada por el Plan de Acción Mundial y las Normas Uniformes. Pueden trazarse al respecto varias líneas de continuidad:

- En primer lugar —y aunque esto pueda parecer una simple formalidad— la propia Convención reconoce como antecedentes el Programa de Acción Mundial y las Normas Uniformes.⁹ Más significativo aún es que no se refiera a documentos previos, como la Declaración de los Derechos del Retardado Mental o la Declaración de los Derechos de los Impedidos, ni siquiera a guisa de antecedente.
- En segundo lugar, la concepción de “persona con discapacidad” adoptada por la Convención,¹⁰ sin innovar mayormente con respecto a los anteriores instrumentos mencionados, mantiene un cierto compromiso entre el modelo médico —se habla de “deficiencias”— y el modelo social —se habla de barreras a la participación efectiva en la sociedad—.
- En tercer lugar, tanto el diagnóstico como las soluciones normativas de la Convención son claramente tributarias del modelo social. Por un lado, la Convención señala el vínculo entre barreras sociales, exclusión y vulneración o limitaciones al pleno goce o ejercicio de derechos.¹¹ Por otro lado, instaura como finalidades, y operacionaliza

⁸ Ver, al respecto, BARNES, Colin; OLIVER, Mike y LEN Barton (eds.), *Disability Studies Today*, Polity Press, Oxford, 2002; LENNARD J. DAVIS, *Enforcing Normalcy: Disability, Deafness and the Body*, Verso, Londres, 1995; SILVERS, Anita, “Formal Justice”, en SILVERS, Anita; WASSERMAN, David y MAHOWALD, Mary B. *Disability, Difference, Discrimination. Perspectives on Justice in Bioethics and Public Policy*, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 1998, pp. 59-85. Puede verse una sucinta presentación en COURTIS, Christian, “Discapacidad e inclusión social”, en Revista Nexos Núm. 322, México, 2004, pp. 31-37.

⁹ Ver Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inc. f.

¹⁰ *Ibidem*, inc. e, Art. 1, *in fine*.

¹¹ Ver Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inc. k.

como obligaciones para los Estados, la eliminación de barreras, de modo de hacer posible el ejercicio de derechos y la participación efectiva de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad.¹² De modo que la Convención, al igual que los instrumentos de *soft law* previos, subraya el objetivo del acceso de las personas con discapacidad a diversas esferas sociales, como el empleo, la educación, los servicios de salud, la actividad política, los entornos urbanos, la cultura y recreación. Esto incluye, claro está, tanto la eliminación de barreras existentes, como la imposición de obligaciones de accesibilidad y diseño universal y obligaciones de ajuste o acomodamiento hacia el futuro. En esta línea, la Convención pone énfasis en el acceso —y en la promoción del desarrollo— de tecnologías de asistencia.¹³

- Un cuarto elemento en el que puede percibirse cierta continuidad, en especial en relación con las Normas Uniformes, es el de participación de las organizaciones de personas con discapacidad en la propuesta, discusión, adopción y fiscalización de las decisiones y medidas que conciernan a las personas con discapacidad.¹⁴

Creo, con todo, que —amén de la distinta formulación y, en algunos casos, del mayor detalle de algunas de sus disposiciones en cuestiones ya incluidas en instrumentos de *soft law*— pueden señalarse nuevos énfasis en la Convención, abordados oblicuamente o poco considerados por aquellos instrumentos. Me apresuro a aclarar que no se trata de rasgos incompatibles con el modelo o paradigma inaugurado a partir del Programa de Acción Mundial, sino de una mayor puntualización de ciertos componentes. Entre ellos, apuntaría los siguientes:

- De manera general, una formulación que sin abandonar completamente el lenguaje de los “principios” y las “metas a alcanzar”, emplea de modo más decidido el lenguaje de los derechos. Mientras en instrumentos anteriores existían referencias aisladas a derechos, y el lenguaje empleado se inclinaba más bien por el de fijar metas y objetivos a los Estados, el texto de la Convención —que es un tratado de derechos humanos, y por ende consagra derechos para las personas— ha optado por reconocer derechos de manera más consistente.¹⁵

¹² Ver, por ejemplo, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, incs. e, i, o, v, y; Arts. 1; 2 (que estipula definiciones claramente inspiradas en el modelo social, como la de “ajuste razonable”), 3 c, d, e, f; 4.1 e, f, g, h, i; 8; 9; 13; 14.2; 19; 20; 21; 24; 25; 26.1 b; 27 h, i; 28; 29; 30. La lista es meramente indicativa.

¹³ Ver Arts. 4.1 f, g, h; 8.2 d, e, f, g, h; 9 1; 9.2; 20 a, b, d; 21 a, b, c, d; 24.3; 26.3; 29 a.ii; 30.1 a, b.

¹⁴ Ver Preámbulo, inc. o; Arts. 4.3; 29.b.ii; 31.3.

¹⁵ En esto, la Convención contrasta con el lenguaje mucho más tibio de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las

- El énfasis en el valor de la autonomía y vida independiente de las personas con discapacidad.¹⁶ Destaca, por ejemplo, la formulación clara y en términos de derechos de un “derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad” (Art. 19) hecha por primera vez en un instrumento internacional.
- Una articulación más explícita —aunque más compleja, y en ocasiones más intrincada— de los principios de igualdad de trato, de igualdad de oportunidades y de la prohibición de discriminación.¹⁷ Si bien estos elementos no estaban ausentes de instrumentos de *soft law* anteriores —basta recordar el nombre de las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad—, lo cierto es que esta perspectiva, que como veremos más adelante, se inscribe en una de las actuales tendencias de formulación de los tratados de derechos humanos. No ha sido esta la excepción, de modo que diversas manifestaciones de este complejo conceptual atraviesan el texto de la Convención.
- El reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad.¹⁸ Este reconocimiento tiene manifestaciones diversas en la Convención: por un lado, se asume como valor la diversidad aportada por las personas con discapacidad a la sociedad; por otro lado, se destaca la diversidad de situaciones y exigencias dentro del colectivo de personas con discapacidad, y esto, aun, en dos niveles: entre distintas discapacidades, y entre distintas condiciones sociales, como el género, la niñez, la pobreza, la residencia en zonas rurales o la identidad indígena, en relación con la discapacidad.
- Un último componente importante en la Convención, que probablemente requiera mayor elaboración teórica para poder ser plenamente compatibilizado con el modelo social de la discapacidad, pero que también reconoce cierta raigambre en los tratados de derechos humanos existentes, está relacionado con el señalamiento de necesidades especiales de protección debidas a la mayor exposición de segmentos del colectivo de personas con discapacidad a situaciones

Personas con Discapacidad, en la que prima el lenguaje de las metas, las áreas de actuación y la ejemplificación de medidas a adoptar, sin que se reconozcan plenamente derechos en sentido estricto. Ver, al respecto, mi análisis crítico en COURTIS, Christian, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en MARTIN, Claudia; RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B. José A. (eds.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2004, pp. 641-688, y la comparación en el apartado 3.2 *infra*.

¹⁶ Ver, por ejemplo, Preámbulo, inc. n; Arts. 3.a; 19; 20; 22; 25.c, d; 26.

¹⁷ Ver, por ejemplo, Preámbulo h, r, y; Arts. 1; 2; 3 b, e, g; 4.1 b, e; 5; 8; 10; 12.2; 13; 14.2; 15; 17; 18; 19 a, c; 21; 23; 24; 25; 27.1 a, b, c; 27.2; 28; 29; 30.

¹⁸ Ver Preámbulo, incs. i, m, p, q, r, s; Arts. 3 d, g, h; 6, 7; 16.5; 18.2; 23.1 c; 23.2; 23.3; 23.4; 23.5; 24.2; 24.3; 24.5; 25.b.

de vulnerabilidad, tales como la pobreza, la exclusión social, la interdicción de derechos, los conflictos armados y los desastres humanitarios, que agravan el riesgo de sufrir abusos.¹⁹ Si bien este señalamiento no resulta necesariamente incompatible con otros valores establecidos en la Convención —como la valoración de la autonomía e independencia de las personas con discapacidad—, lo cierto es que se requiere alguna forma de articulación entre ellos, a efectos de evitar posibles tensiones, por ejemplo, entre paternalismo y autonomía.

3.2 El otro eje importante de comparación es el ofrecido por los demás tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos; aunque también haré alguna breve referencia a un instrumento regional, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, por tratarse del único instrumento convencional previo dedicado a la discapacidad en materia de derechos humanos.²⁰

Cabe, aquí, recoger varios criterios de comparación. En primer lugar, una pregunta pertinente es si la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro, es relevante para caracterizar a la Convención; de acuerdo, digamos, al eje de demarcación de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²¹ La respuesta parece ser negativa, la Convención establece un listado de derechos que incluye el ejercicio de libertades, pero también el acceso a prestaciones y beneficios, y proyecta además sus consecuencias sobre la esfera privada, sin poner mayor énfasis en la distinción entre uno y otro tipo de derechos, y resaltando más bien las continuidades.²² Con todo, debe decirse que el Art. 4.2 mantiene la distinción de tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con la formulación del Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es decir, el principio de progresividad, y la adopción de

¹⁹ Ver, por ejemplo, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, incs. j, p, q, t, x; Arts. 11; 12.4; 14.2; 15; 16; 22; 23; 27.2; 28. Ver, en especial, Art. 16.

²⁰ Obvio aquí, por cuestiones de espacio, la comparación con el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de alcance material mucho más acotado.

²¹ Sobre esta cuestión, remito a ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2ª edición, 2004. Cap. I; SEPÚLVEDA Carmona, Magdalena “La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución de derecho internacional de los derechos humanos”, en COURTIS, Christian; HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ Huerta, Gabriela (comps.), *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 277-318.

²² Ver, al respecto, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inc. c.

medidas hasta el máximo de los recursos disponibles. Avanzando un poco en esa formulación, y recogiendo en parte la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cláusula reconoce, de todos modos, que existen obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales que son aplicables de modo inmediato.²³

Un segundo comentario al respecto, que adelanto generará alguna perplejidad interpretativa, es el hecho de que la Convención contiene nuevas formulaciones de derechos como el derecho a la accesibilidad (Art. 9) y el derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad (Art. 19), que no encuadran claramente en la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales; de modo que, en no pocos casos, no es fácil saber a qué derechos de la Convención será aplicable el Art. 4.2.

Más interesante aún es el hecho de que el Protocolo Adicional a la Convención no establece diferencias entre la justiciabilidad de unos y otros derechos en el terreno internacional; con lo que parece reforzarse la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, en general y en su aplicación a las personas con discapacidad.

Con todo, la comparación más relevante tiene que ver con el tipo de modelo adoptado con tratados internacionales posteriores, dedicados a la protección de los derechos de un colectivo específico, o bien al aseguramiento de la igualdad y no-discriminación en el reconocimiento, goce y ejercicio de derechos humanos. Surgen, así, como posibles términos de comparación, los modelos ofrecidos por la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias. Cabe comenzar diciendo que la reconducción de estos instrumentos a un modelo conceptual determinado es un ejercicio de carácter heurístico, útil a efectos clasificatorios y de comprensión, pero difícilmente exhaustivo, porque al menos en los últimos tres tratados nombrados coexisten —aunque en distinta medida— rasgos que corresponden a modelos distintos. Aunque la cuestión requeriría una reflexión mucho más detenida, quiero sugerir aquí al menos algunas líneas de aproximación.²⁴

²³ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, 1990, párs. 1 y ss.

²⁴ Sobre modelos conceptuales en materia de igualdad y no-discriminación, puede verse BARRÈRE Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997. “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, en Revista Vasca de Administración Pública, Núm. 60, mayo-agosto 2001, pp. 145-166. “Igualdad y ‘discriminación positiva’: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en GARCÍA Inda, Andrés

En primer lugar, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no se limita a adoptar el modelo clásico antidiscriminatorio, reflejado por la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que prohíbe en general la discriminación en el reconocimiento, goce o ejercicio de todo derecho humano sobre la base de un factor determinado —en aquel caso, la raza—, y obliga al Estado a adoptar medidas para erradicar la práctica de la discriminación en las esferas pública y privada. De modo que, si bien la Convención contiene rasgos de este modelo,²⁵ no se agota en ellos.

En segundo lugar, puede afirmarse que los instrumentos posteriores se hacen cargo en mayor medida de la complejidad de las nociones de igualdad y de la prohibición de discriminación, y del tipo de medidas necesarias para asegurar la igualdad y erradicar la discriminación. Este reconocimiento conceptual se refleja, sin embargo, en una variedad de abordajes, que en ocasiones resulta difícil reconducir de manera directa a un modelo antidiscriminatorio, aunque pueden establecerse las conexiones pertinentes. Un primer ejemplo al respecto es el ofrecido por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: si bien el punto de vista normativo parece ser muy similar al de su antecesora en materia de discriminación racial, lo cierto es que el texto de esa Convención, bastante más compleja en su estructura, optó por la estrategia de identificar, en la lista de derechos ya reconocidos universalmente, una serie de áreas o situaciones en las que la discriminación contra la mujer constituía o constituye una práctica habitual, y las medidas a adoptar —o al menos la necesidad de adoptar medidas— para modificar esa situación.

y LOMBARDO, Emanuela (coords.), *Género y derechos humanos*, Mira Editores, Zaragoza, 2002, pp. 15-34. COURTIS, Christian "Legislación y políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino", en FONDEVILA, Gustavo (comp.), *Instituciones, legalidad y Estado de derecho. En el México de la transición democrática*, Fontamara, México, 2006, pp. 167-200. FISS, Owen "Grupos y la cláusula de la igual protección", en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 136-167. GARCÍA AÑÓN, José, "Derechos sociales e igualdad", en ABRAMOVICH, Víctor; AÑÓN, María José y COURTIS, Christian (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 79-102. JIMÉNEZ Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 57-85. POST, Robert C. et al., *Prejudicial Appearances. The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2001. REY Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995. RODRÍGUEZ Piñero, Miguel y FERNÁNDEZ López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986. SABA, Roberto, "(Des)igualdad Estructural", en AMAYA, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, Buenos Aires, 2004, pp. 479-514.

²⁵ La definición de "discriminación por motivos de discapacidad", contenida en el Art. 2 de la Convención, sigue la línea iniciada por la definición del Art. 1.1 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aunque, como veremos *infra*, agrega un elemento importante.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha seguido también, en gran medida, este modelo, de modo que parte de su texto efectúa un camino parecido: identifica, en el listado de derechos reconocidos universalmente, situaciones en las que la discriminación contra las personas con discapacidad fue o sigue siendo notoria, y medidas a adoptar para superar esa situación. Pero, nuevamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tampoco se agota aquí.

Un tercer rasgo importante, que puede ser rastreado tanto en la Convención de los Derechos del Niño, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y en la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes, está dado por el reconocimiento de relaciones de potenciación entre las situaciones de vulnerabilidad, falta de igualdad efectiva y discriminación, o entre la situación de vulnerabilidad y la existencia de obstáculos de hecho para el pleno ejercicio en términos igualitarios de derechos reconocidos. La técnica normativa adoptada en estos casos ha sido —más que la de la llana prohibición de discriminación— la imposición de la obligación del Estado de adoptar medidas de protección especial al colectivo que se enfrente a situaciones de vulnerabilidad.

Ciertamente, no se trata del “núcleo duro” de la estrategia antidiscriminatoria, pero podría entenderse como una estrategia de prevención contra la discriminación. Como ya lo he señalado en el apartado anterior, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también toma elementos ligados con esta concepción. Y profundiza una tendencia que ya aprecia reflejada tanto en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación para la Mujer, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias: la de identificar, dentro del colectivo cuyos derechos consagra la Convención, subgrupos particularmente expuestos a la potenciación de su situación de vulnerabilidad —por sumar o agregar varios factores de vulnerabilidad— y por ende susceptibles en mayor medida de sufrir discriminación, es lo que en ocasiones se denomina “discriminación múltiple”. La Convención impone al Estado obligaciones de protección especial de los miembros de estos subgrupos, como las mujeres con discapacidad, los niños con discapacidad, los adultos mayores con discapacidad, o las personas con discapacidad que son víctimas de conflictos bélicos o de desastres naturales.

Un cuarto elemento, tampoco exento de dificultades conceptuales, está dado por lo que podríamos denominar exigencias del reconocimiento del valor de la diversidad o diferencia como contenido específico del abordaje antidiscriminatorio. Este rubro incluiría el derecho a la consideración de necesidades especiales, o de diferencias específicas, o —visto desde el ángulo de las obligaciones estatales— el deber de ajustar la satisfacción de derechos a necesidades específicas de las personas a quienes se les reconocen diferencias con respecto a un parámetro estadístico

mayoritario o hegemónico. Este rasgo tampoco está ausente de algunos tratados anteriores. Así, por ejemplo, la preocupación por los derechos reproductivos y la maternidad aparece reflejada en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En alguna medida, la consideración del desarrollo gradual de la madurez y de la autonomía del niño generan un tratamiento de este tipo en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y, en general, los instrumentos que reconocen derechos de minorías étnicas, lingüísticas, religiosas y culturales, entre ellos los derechos de los pueblos indígenas—como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)—también constituyen ejemplos de esta noción. Pues bien, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad abreva de modo especialmente importante en este modelo. Una lista no exhaustiva de ejemplos puede dar cuenta de ello: la Convención incluye el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad,²⁶ la meta de asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible,²⁷ la meta de incluir adaptaciones en el sistema educativo regular para asegurar la inclusión de las personas con discapacidad,²⁸ la consideración de las necesidades de habilitación, rehabilitación²⁹ y de salud³⁰ de las personas con discapacidad, el reconocimiento de la identidad cultural, de derechos lingüísticos y del derecho de obtener información en lenguas y formatos accesibles para las personas con discapacidades sensoriales,³¹ las adaptaciones necesarias en ejercicio del derecho al voto.³²

En general, esta prescripción es operacionalizada en la Convención a través de la noción de “ajuste razonable”,³³ que impone adaptar el medio—laboral, educativo, sanitario— a las exigencias y necesidades de las personas con discapacidad. También aquí es importante la idea de diversidad dentro del colectivo, ya que existen subgrupos con necesidades específicas. Y aún más: la noción de “ajuste razonable” supone la consideración de necesidades específicas individuales, más allá de que puedan reconducirse a rasgos grupales comunes.

Un último elemento sobre el cual quiero llamar la atención también está presente en otros tratados que asumen el ideal antidiscriminatorio, en particular la Convención Internacional para la Eliminación de Todas

²⁶ Artículo 19

²⁷ Artículo 20

²⁸ Artículos 24.1; 24.2.

²⁹ Artículo 26

³⁰ Artículo 25 b.

³¹ Artículos 21; 24.3; 24.4; 30.4.

³² Artículo 29 a.

³³ *Cfr.* la definición en Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 2; ver también Arts. 5.3; 13.1, 14.2; 24.2 c; 27.1 i.

las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Se trata de la imposición al Estado de la adopción de medidas proactivas para modificar un *statu quo* que se considera alejado del deber ser que prescribe la Convención.³⁴ En general se ha identificado, correctamente, esta dimensión con las llamadas medidas de acción afirmativa o positiva.³⁵ Pero la concreción de este ideal de modificación de un *statu quo* existente e insatisfactorio no se agota en esas medidas. Ya en el contexto de los dos tratados antidiscriminatorios mencionados antes, se impone al Estado también la obligación proactiva de erradicar los prejuicios y estereotipos vigentes, que arraigan y reproducen la discriminación.³⁶ Es importante subrayar que este tipo de obligaciones impuestas al Estado se dirige no sólo, ni principalmente, a modificar los estereotipos y prejuicios vigentes entre los agentes públicos, sino fundamentalmente los vigentes en el ámbito del mercado y la sociedad civil, es decir, entre agentes privados. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad retoma y profundiza este componente.³⁷

Creo, sin embargo, que la innovación mayor que establece la Convención en este campo, en comparación con instrumentos convencionales anteriores, es un modelo caracterizado por el mandato de transformación de entornos, instalaciones, bienes y servicios accesibles e incluyentes. Se trata de lo que podría denominarse paradigma de la accesibilidad y del diseño universal, traducido jurídicamente en la obligación estatal de adoptar medidas de modificación del entorno físico y comunicativo del ya existente, y de los patrones de su producción hacia el futuro.³⁸ La imposición de obligaciones de ajuste razonable, adecuadas a las necesidades individuales de las personas con discapacidad, también puede verse a través de este prisma. Como dije antes, estas nociones ya están presentes en instrumentos no obligatorios relativos a la discapacidad, pero prácticamente no aparecen articulados de modo consistente en tratado alguno de derechos humanos del sistema universal. Cabe resaltar aquí que el objetivo fundamental de este modelo no se limita a su aplicación al Estado, al sector público, o agentes estatales: el deber estatal de imponer la accesibilidad se extiende a entornos, instalaciones, bienes y servicios privados.

³⁴ Ver Preámbulo, incs. k, p, q, t.

³⁵ Ver Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Art. 2.2; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 4; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 5.4.

³⁶ Ver Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Arts. 2.1 d, e, Art. 7; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 5.

³⁷ Artículo 8.

³⁸ Ver Arts. 9 y 21. Preámbulo, incs. e, k, v; Arts. 24.3; 24.4; 29 a.i; 30.1; 30.5 c, d. Ver también las referencias ya efectuadas a la noción de "ajuste razonable".

Como balance, de lo dicho, podría afirmarse que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad profundiza en un modelo antidiscriminatorio complejo, en el que se superponen distintas concepciones acerca de la igualdad y de la discriminación.³⁹ Intentaré deslindar sucintamente algunos de los niveles que incorpora este modelo sin pretender, ni mucho menos, agotar la cuestión.

Un primer nivel está vinculado con la protección contra abusos, violencia o explotación basadas sobre la condición de discapacidad, o potenciadas por la suma de discapacidad y otros factores de vulnerabilidad.

Un segundo nivel está relacionado con el aseguramiento de la igualdad de trato en aquellos casos en los que la discapacidad constituye un factor de diferenciación en detrimento de las personas con discapacidad es decir, con el efecto de limitar, restringir o menoscabar derechos reconocidos universalmente.

Un tercer nivel está relacionado con el aseguramiento de igualdad de oportunidades, y esto parece abrir dos frentes distintos. El primero es el reconocimiento de la diversidad y de las necesidades especiales de las personas con discapacidad como condición para el goce de igualdad de oportunidades de modo que, en este sentido, la falta de consideración de estas diferencias, es decir, la homogenización excluyente a partir de parámetros mayoritarios o hegemónicos, constituiría una denegación de la igualdad de oportunidades y por ende, un caso de discriminación. Esta conclusión aparece explícitamente mencionada en la definición de “discriminación por motivos de discapacidad” incluida en el Art. 2 de la Convención.⁴⁰

El segundo es el reconocimiento de que el *statu quo* ha sido configurado de modo excluyente hacia las personas con discapacidad, y que la igualdad de oportunidades sólo puede obtenerse asegurando la erradicación de barreras físicas y comunicacionales que tienen el efecto de impedir a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de derechos reconocidos universalmente. Es decir, de acuerdo a esta noción, el mantenimiento del *statu quo* o —visto de modo complementario— el incumplimiento de obligaciones de tornar accesibles entornos y de comenzar a producir entornos accesibles hacia el futuro, constituiría una forma de discriminación. Esta última conclusión, sin embargo, no aparece de manera explícita en la Convención, aunque creo que puede reconstruirse si se tiene en cuenta el tenor del Art. 9. En efecto, dicho artículo establece un nexo directo entre la plena participación en todos los aspectos de la vida y la accesibilidad:

³⁹ Ver la definición de “discriminación por motivo de discapacidad” contenida en el Art. 2, y en especial Art. 5. Pero toda la Convención subraya el goce de derechos en condiciones de igualdad con las demás personas.

⁴⁰ Art. 2, párrafo 3, *in fine*: “Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. El énfasis es mío. Ver también Art. 5.3: “A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.

¿Ante un nuevo paradigma de protección?

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 pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, al transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a. Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
- b. Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.⁴¹

Creo, por mi parte, que la limitación de las fórmulas incluidas en la definición de “discriminación por motivos de discapacidad” y en el Art. 5.3 a los ajustes razonables, sin mención del cumplimiento de obligaciones de accesibilidad, ha pecado de estrecha, tal vez por falta de claridad conceptual para diferenciar entre obligaciones de accesibilidad y diseño universal, que son de carácter genérico, y obligaciones de ajuste razonable, que son de carácter individual. Ello no impide llegar a la misma conclusión por vía interpretativa, ya que la Convención ofrece suficientes elementos para ello.

Para finalizar esta sección, dedicaré unas líneas a comparar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con un instrumento regional previo, la Convención Interamericana para Eliminar Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. He de decir que, aun reconociendo el carácter pionero de la Convención Interamericana, su contenido es claramente superado por la recientemente adoptada Convención. La Convención Interamericana tiene un carácter híbrido: mientras declara ser un instrumento antidiscriminatorio, poco avanza en ese sentido, más allá de adoptar una definición al respecto. Se trata de un instrumento que señala simplemente objetivos generales y medidas ilustrativas que el Estado debe adoptar, sin especificar obligaciones

⁴¹ Cfr. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 9.1. Igualmente importantes al respecto son las obligaciones impuestas al Estado por el Art. 9.2, que incluye “[d]esarrollar, 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” (inc.) y “[a]segurar 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” (inciso b).

claras, y mucho menos reconocer derechos. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es mucho más rica, detallada y abarcadora, e identifica con mayor claridad derechos de las personas con discapacidad y obligaciones del Estado. Cuenta además, a partir del Protocolo Adicional, de un mecanismo de justiciabilidad internacional del que carece la Convención Interamericana. A tenor del principio *pro homine* habrá de estarse, entonces, en caso de ratificación conjunta de ambos instrumentos por el mismo Estado, por la aplicación de la Convención internacional, salvo prueba de mejor protección de la regional para alguna hipótesis concreta.⁴²

4. Para terminar este trabajo, quisiera mencionar algunas dificultades conceptuales con las que se enfrentará la aplicación local de la Convención en México, abogando por una pronta modificación de los criterios vigentes en esos campos, si se pretende que la Convención —que, en el ámbito internacional contó con el decidido impulso de las autoridades mexicanas— tenga efectos reales sobre los derechos y sobre la inclusión social de las personas con discapacidad al nivel doméstico. Me limito a consignar algunas dificultades, sin mayor espacio para abundar sobre ellas.

En primer lugar, hasta que no se aclare concluyentemente la jerarquía constitucional de los tratados en México, en especial con respecto a la ley federal, será difícil que los jueces mexicanos apliquen directamente la Convención. Más allá de la cuestión técnica de la jerarquía normativa de los tratados internacionales, la aplicación doméstica de la Convención tendrá pocas perspectivas en la medida en que las judicaturas federal y local no reciban un entrenamiento específico relativo a la aplicación doméstica de los tratados internacionales de derechos humanos. Queda en este campo mucho trabajo por hacer en México.

En segundo lugar, la legislación federal y gran parte de la legislación estatal en la materia no están en línea ni con el modelo, ni con los mandatos establecidos en la Convención. La Ley General de las Personas con Discapacidad, y la inmensa mayoría de sus equivalentes estatales, siguen un modelo asistencialista, paternalista, que vincula la discapacidad con problemas de salud y que ha escatimado la imposición de obligaciones a agentes estatales y privados en materia de accesibilidad, diseño universal, inclusión social y vida independiente. Amén de no imponer obligaciones claras a agentes públicos y privados, tampoco ofrece a los supuestos beneficiarios de la ley —las personas con discapacidad— mecanismos de reclamo por el incumplimiento de los principios, metas u obligaciones fijadas en la ley.

⁴² Sobre el principio *pro homine*, ver PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 163-171.

La concreción de obligaciones y su cumplimiento quedan libradas a la discrecionalidad de las autoridades políticas. Urge, por ende, una importante modificación legislativa para cumplir con los deberes impuestos por la Convención.

En tercer lugar, mientras siga vigente en México la doctrina según la cual los derechos sociales, los derechos a prestaciones, los derechos a la modificación del *statu quo* en favor de la igualdad de oportunidades de los grupos socialmente postergados, son derechos de carácter programático, dirigidos a habilitar la actividad de las autoridades políticas pero no a conceder título para reclamar ante los jueces por inactividad o defectuoso cumplimiento por parte de esas autoridades, la Convención correrá la misma suerte que las cláusulas constitucionales que consagran derechos sociales en México, es decir, se convertirá casi en letra muerta. La operatividad real de la Convención requerirá o bien superar esa doctrina, o bien extraer las obligaciones instauradas en la Convención del campo de aplicación de esa doctrina.

En cuarto lugar, la Convención difícilmente podrá ser aplicada en el ámbito interno mientras se mantenga el actual anacronismo e inadecuación de los mecanismos procesales de protección de derechos fundamentales, en especial, la relativa al vetusto régimen del juicio de amparo. Anoto algunas cuestiones que deben ser superadas y que son particularmente relevantes en materia de derechos de las personas con discapacidad. En primer lugar, los efectos perniciosos de la denominada fórmula Otero en materia de legitimación para interponer el amparo y de efectos del amparo. La restricción de la legitimación al caso de agravio individual y exclusivo es particularmente negativo en caso de incumplimiento de obligaciones de accesibilidad, dado que por definición, en esos casos la damnificada es toda la clase de personas en la misma situación por ejemplo, todas las personas con movilidad física reducida que no puedan acceder a un edificio. Como nadie está en condiciones de reclamar un daño exclusivo, la persistencia de la llamada fórmula Otero hará improcedente el amparo en estos casos.

Lo mismo sucede con el requisito del efecto relativo de la sentencia: en materias tales como la accesibilidad, el efecto beneficia por definición a la clase entera. Sería absurdo que una orden judicial ordenara hacer accesible un edificio sólo para quien interpuso el amparo, y no para el resto de las personas con movilidad reducida. En el mismo sentido, la Convención tendrá pocas posibilidades de tener algún impacto importante si se mantiene la limitación de la procedencia del amparo a actos de autoridad pública: como dije antes, el campo en el que se requiere prioritariamente el cumplimiento de obligaciones de accesibilidad es el del sector privado de modo que, mientras no exista una acción de tutela de derechos fundamentales entre particulares, ese campo quedará exento de control jurisdiccional, y ello redundará en menores posibilidades de que las propias personas con discapacidad, o las organizaciones que las representen, reclamen sus

derechos por vía judicial. Por último, la ya mencionada y tradicional exclusión del amparo de la tutela de derechos sociales, y en especial de aquellos derechos que imponen obligaciones de dar prestaciones o de hacer, constituye una seria dificultad para lograr la aplicación interna de la Convención.

La última dificultad a la que haré referencia está vinculada con el régimen federal mexicano. Mientras la autoridad que ratifica los tratados en México es la autoridad federal, el hecho es que gran parte de las obligaciones que emanan de la Convención corresponden —de acuerdo al reparto de competencias que hace la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos— al orden de las entidades federativas, y aún al orden municipal. Así, por ejemplo, las obligaciones en materia de accesibilidad del entorno urbano, educación, salud, accesibilidad comunicativa de información pública, etcétera, corresponde totalmente, o en buena parte, a autoridades no federales. Esto plantea serias dificultades, ya que las autoridades de las entidades federativas y la de los municipios no tienen experiencia alguna en la aplicación doméstica de tratados internacionales, y los jueces locales tampoco tienen experiencia en supervisar la aplicación de obligaciones que surgen de tratados internacionales y que deben ser ejecutadas por autoridades locales.

Hasta que no exista alguna forma de coordinación, por la cual las autoridades federales supervisen y promuevan el cumplimiento de los compromisos internacionales adoptados por México por parte de las autoridades de las entidades federativas y las municipales cuando la materia corresponda a su competencia, la Convención tendrá pocas posibilidades de impactar de modo real en la vida y en los derechos de las personas con discapacidad que viven en el territorio mexicano.