

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:
ANTECEDENTES Y SUS NUEVOS ENFOQUES*

CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS
WITH DISABILITIES: BACKGROUND
AND ITS NEW APPROACHES

CARLOS PARRA-DUSSAN**

Fecha de recepción: 10 de febrero de 2010

Fecha de aceptación: 12 de marzo de 2010

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Carlos Parra-Dussan, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques*, 16 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 347-380 (2010).

* Artículo de investigación, resultado del proyecto de investigación Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un nuevo paradigma de protección, del grupo de investigación en Derechos Humanos de la Universidad Sergio Arboleda.

** Director del grupo de investigación en Derechos Humanos, Universidad Sergio Arboleda. Doctor en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, España. Contacto: carlos.parrad@usa.edu.co.

RESUMEN

Este artículo es resultado del proyecto de investigación *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un nuevo paradigma de protección*, el cual hace un análisis de esta Convención, desde cuatro perspectivas, que consideramos las más relevantes como punto de partida de este instrumento internacional en el ámbito de Naciones Unidas. La primera es el estudio de los antecedentes jurídicos de la Convención, la segunda es la comparación de la Convención con los demás instrumentos de *Soft Law* en discapacidad, la tercera constituye un eje importante de comparación entre la Convención y los demás tratados del sistema universal de derechos humanos y la última perspectiva —tal vez la más importante— son los nuevos énfasis en la Convención, abordados oblicuamente o poco considerados por otros instrumentos internacionales.

Palabras clave autor: Discapacidad, antidiscriminación, modelos de protección.

Palabras clave descriptor: Discapacidad, antidiscriminación, modelos de protección.

ABSTRACT

This article is the result of the research project *Convention on the Rights of Persons with Disabilities a new paradigm for protection*, which makes a discussion of this Convention from four perspectives, we consider the most relevant as a starting point of this international instrument in the field of United Nations. The first is the study of the legal background of the Convention, the second is the comparison of the Convention with other instruments of Soft Law on disability, the third section is on a major route for comparison between the Convention and other treaties of universal human rights system, the latter perspective and perhaps most important, the new emphasis on the Convention, addressed obliquely or less considered by other international instruments.

Key words author: Disability, anti-discrimination, protection models.

Key words plus: Disability, anti-discrimination, protection models.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- *A. Declaraciones de discapacidad.- B. Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, PAMPD.- C. Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.- D. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.*- II. COMPARACIÓN ENTRE LA CONVENCIÓN Y LOS INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW* DE DISCAPACIDAD.- *A. Falta de homogeneidad entre los instrumentos de Soft Law adoptados.- B. La Convención no constituye una ruptura absoluta con las normas de Soft Law.*- 1. La Convención reconoce antecedentes de *Soft Law*.- 2. El concepto de discapacidad, entre el modelo médico y el modelo social.- 3. La Convención adopta como solución el modelo social.- 4. Participación de las organizaciones de personas con discapacidad.- III. COMPARACIÓN DE LA CONVENCIÓN CON LOS DEMÁS TRATADOS DEL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.- *A. Comparación de la Convención con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales.- B. Comparación de la Convención de Discapacidad con Tratados Internacionales para la Protección de Colectivos Específicos.*- 1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no se limita a adoptar el modelo clásico antidiscriminatorio.- 2. La Convención constituye más que un modelo de igualdad y no discriminación.- 3. Relaciones de potenciación entre las situaciones de vulnerabilidad, falta de igualdad efectiva y discriminación.- 4. Reconocimiento del valor de la diversidad o diferencia.- 5. Imposición al Estado de la adopción de medidas proactivas para modificar un *statu quo*.- IV. NUEVOS ÉNFASIS DE LA CONVENCIÓN.- *A. La Convención como tratado internacional de obligatorio cumplimiento.- B. Lenguaje de los derechos.- C. Consagración del principio de progresividad.- D. Justiciabilidad de derechos fuera del catálogo.- E. Consagración de nuevos derechos para las personas con discapacidad.- F. Principios de igualdad de trato, igualdad de oportunidades y prohibición de la discriminación.- G. Reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad.- H. Necesidades especiales de protección de la discapacidad.- I. La Convención como modelo antidiscriminatorio complejo.*- 1. La discapacidad potenciada por otros factores de vulneración.- 2. Igualdad de trato.- 3. Igualdad de oportunidades.- J. Innovaciones en el modelo de seguimiento.- CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Partiendo de la afirmación de que el reconocimiento jurídico de los nuevos derechos es fruto de las conquistas históricas de la humanidad, la nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (13 de diciembre de 2006) constituye un paradigma de protección jurídica para esta población, como reflejo del momento histórico de la diversidad y el reconocimiento de la diferencia en el laboratorio de la historia.

La primera Convención del siglo XXI es el verdadero reconocimiento de las personas con discapacidad, después de un largo trasegar por la marginación y la exclusión que históricamente habían sufrido, para lograr su pleno reconocimiento por medio de un instrumento de derecho internacional, de carácter vinculante y obligatorio para los Estados partes.

Sabemos que ya había 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.

I. ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El análisis de la situación de las personas con discapacidad debe efectuarse en distintos niveles de desarrollo económico y social y en diferentes culturas y obviamente, desde la óptica del Derecho internacional, como veremos a continuación.

En todas partes, recae en los Estados la responsabilidad fundamental de remediar las condiciones que conducen a la aparición de deficiencias y de hacer frente a las consecuencias de la discapacidad. Esto no reduce la responsabilidad de la sociedad en general ni de los individuos ni de las organizaciones.

Los gobiernos deben ser los primeros en despertar la conciencia de la población en cuanto a los beneficios que las personas y la sociedad obtendrían de la inclusión de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida social, económica y política.

A. Declaraciones de discapacidad

Al pretender adentrarnos en la regulación que hace el Derecho Internacional acerca de la discapacidad, podemos observar un claro antecedente de este esfuerzo, en el trabajo realizado en la década del 70 por la ONU sobre la elaboración de los planes y acciones que se llevarían a cabo en la década del 80, que fue dedicada a las personas con discapacidad.

Así, en este primer período, se elaboran cuatro declaraciones relativas a las personas con discapacidad, como la Declaración de Derechos del Retardado Mental de 1971, la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975, la Declaración sobre las Personas Sordociegas de 1979 y la Declaración Sundberg de 1981.¹ Este período termina con la celebración, en 1981, del Año Internacional de las Personas con Discapacidad.

Estas declaraciones trataron de otorgar derechos en general a las personas con discapacidad, pero su mayor énfasis está en la prevención de las discapacidades y la rehabilitación, al igual que en el ámbito laboral.

Como ya lo desarrollé en mi libro *Derechos humanos y discapacidad* (2004), en los planes que se estaban elaborando en 1976 para el Año Internacional del Impedido, las cuestiones relativas a la facilitación de la participación en la vida diaria sólo se contemplaban como el fomento del estudio e investigación sobre esos temas, y no como área de actividad. Tendremos que esperar unos cuantos años para verlas incluidas en los planes o programas.

1 Naciones Unidas, Centro de Información, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.
Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.
Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, Asamblea General de las Naciones Unidas.
Resolución 36/77, de 8 de diciembre de 1981, Asamblea General de las Naciones Unidas.

B. Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, PAMPD

Un segundo momento importante en las acciones relativas a la persona con discapacidad en el Derecho Internacional, se sitúa entre 1982 y 1992, con la adopción en 1982, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, PAMPD² y la Declaración del Decenio Mundial de las Personas con Discapacidad (1983-1992).

De esta manera, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (PAMPD) y la Declaración del Decenio Mundial de las Personas con Discapacidad fueron un intento de contar con documentos que articularan y guiasen esas acciones y que, a su vez, dieran fuerza normativa o que, por lo menos, fueran el preámbulo de un gran Convenio de protección a las personas con discapacidad.

Estos instrumentos no son propiamente documentos de carácter normativo vinculante en el Derecho Internacional; tan sólo constituyen una propuesta de medidas para la realización de los objetivos de *igualdad y plena participación de las personas con discapacidad en la vida social y el desarrollo*, incluidas las medidas de carácter legislativo, que justifican plenamente su mención.

En 1987 y como resultado de la reunión de expertos (*reunión de Viena en 1986 sobre la legislación de la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad*), se sugirió que la Asamblea General de las Naciones Unidas debía preparar una conferencia especial para tratar los derechos humanos de las personas con discapacidad y solicitar la proyección de una convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación para que fuese ratificada por los Estados al final de la década.³

2 Resolución Asamblea General 37/52, 3 de diciembre de 1982.

3 Resolución 42/58, Asamblea General de Naciones Unidas, sobre la Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad, *Anuario de las Naciones Unidas* (1987).

Toda esta actividad, aunque no alcanzó los objetivos planteados, produjo importantes avances y sobre todo, orientó las acciones para la siguiente década. *El Anuario de la Naciones Unidas* de 1992 menciona que el Decenio no cumplió los objetivos, en especial por falta de fondos en este momento, crítica planteada en el libro *Discapacidad y derechos humanos*.⁴

Otra razón que se aduce es el problema de que en los Estados y en los propios organismos internacionales, las cuestiones relativas a discapacidad permanecen aisladas y no se integran en las políticas de cada área. Se llega a la conclusión de que debe planificarse la acción para ir hacia el año 2000 y después, con el objetivo principal de crear una sociedad para todos y eliminar las barreras que impiden que las personas con discapacidad participen plenamente de la vida sociocultural. El nuevo objetivo es lograr una sociedad para todos en el año 2010.

C. Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad

Después de la reunión mundial de expertos de Estocolmo en 1987, para examinar la ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, al cumplirse la mitad del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos, en la reunión se “*sugirió la necesidad de elaborar una doctrina rectora que indicase las prioridades de acción internacional en el futuro*”.

En todo caso, esta doctrina debía basarse en el reconocimiento de las personas con discapacidad, en consecuencia, la reunión recomendó a la Asamblea General que convocara una Conferencia especial, a fin de redactar una *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, con la pretensión que los Estados la ratificaran al finalizar el decenio.⁵

4 Carlos Parra-Dussan, *Derechos humanos y discapacidad*, 299 (Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004).

5 El resultado de esta propuesta no llegó a constituirse en una convención, pues sólo alcanzó rango de instrumento programático. Organización de Naciones Unidas, ONU, *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*, reso-

Todo esto se efectuaría en estrecha colaboración con los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas, con otros órganos internacionales y con otras organizaciones no gubernamentales, en especial las organizaciones de personas con discapacidad.

Adicionalmente, el Consejo pidió a la Comisión que finalizara el texto de *esas Normas*, en 1993, como colofón de la década mundial de las Personas con Discapacidad, para examinarlas y presentarlas a la Asamblea General en el cuadragésimo octavo (48) período de sesiones.

Posteriormente, los debates celebrados en la tercera Comisión de la Asamblea General, durante el cuadragésimo quinto (45) período de sesiones, pusieron de manifiesto la existencia de un amplio apoyo a la nueva iniciativa destinada a elaborar las que serían las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*.⁶

En realidad, las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*⁷ se elaboraron sobre la base de la experiencia adquirida durante el decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos, que comprenden los años 1983-1992. Así mismo, es fundamental la Carta de Derechos Humanos, que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. También encontramos el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, el cual constituye el fundamento político y moral de estas Normas.

lución 48/96, del 20 de diciembre de 1993, 7-28 (Editorial Centro Bibliográfico y Cultural La Coruña, Organización Nacional de Ciegos Españoles, ONCE, Madrid, 1994).

6 Así las cosas, en el trigésimo segundo (32) período de sesiones de la Comisión de Desarrollo Social, esta iniciativa de las *Normas Uniformes* recibió el apoyo de gran número de representantes y los debates culminaron con la aprobación de la Resolución 32/2, en la que se decidió establecer un grupo especial de trabajo abierto, de conformidad con la Resolución 1990/26 del Consejo Económico y Social, del 24 de mayo de 1990.

7 Las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su cuadragésimo octavo (48) período de sesiones, mediante resolución 48/96, del 20 de diciembre de 1993.

D. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

A partir del apoyo expresado por la Conferencia de Durban⁸ y con el tema de formas conexas de discriminación aprobado, la delegación mexicana en Naciones Unidas trabajó fuertemente por impulsar una resolución oficial que abriera el proceso de negociación. Este trabajo fue apoyado mediante una campaña internacional organizada por el Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo (IIDI), dirigida a las organizaciones de personas con discapacidad, internacionales, regionales y nacionales, para que conocieran la iniciativa y para que desarrollaran acciones de incidencia hacia los gobiernos para apoyar el proceso propuesto.

Finalmente, en la 56 Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2001, se aprobó la resolución 56/168, que estableció la creación de un Comité Especial (conocido también como Comité *Ad Hoc*) encargado de encabezar el proceso, hacia un nuevo tratado internacional para proteger los derechos de las personas con discapacidad.

El proceso de negociación de este tratado en el seno de las Naciones Unidas duró cinco años, el cual es un verdadero tiempo récord en la historia de las Naciones Unidas, para aprobar un tratado de derechos humanos, que constituye la primera Convención del siglo XXI.

II. COMPARACIÓN ENTRE LA CONVENCIÓN Y LOS INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW* DE DISCAPACIDAD

Considero útil efectuar un ejercicio de comparación, a efectos de saber si nos encontramos frente un instrumento novedoso en términos sustantivos, por lo que es importante contrastar la

8 Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, CMCR. Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 7 de septiembre de 2001.

recientemente adoptada Convención con los instrumentos de *Soft Law* existentes hasta la fecha en materia de discapacidad.

A. Falta de homogeneidad entre los instrumentos de Soft Law adoptados

Una dificultad metodológica que plantea esta comparación es que, de hecho, no hay completa homogeneidad entre los instrumentos de *Soft Law* de discapacidad 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, mientras los primeros instrumentos adoptados a comienzos de la década del 70 (como las llamadas anacrónicamente *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*⁹ y *Declaración de los Derechos de los Impedidos*¹⁰) revisten un tono paternalista y asistencialista, recién a partir de la adopción del *Programa de Acción Mundial* de 1982 comienza a vislumbrarse un modelo en el que priman objetivos como la plena inclusión social, la vida independiente y la erradicación de las barreras a la participación. Como se afirmó, estos instrumentos de *Soft Law* continúan vigentes pese a que son opuestos en su enfoque de discapacidad.

De todos modos, el Programa de Acción Mundial y los instrumentos posteriores constituyen un compromiso conceptual entre el modelo social y el modelo médico de concepción de la discapacidad, de modo que siguen existiendo en esos instrumentos aproximaciones derivadas del modelo médico, que entiende la discapacidad como desviación individual y negativa con respecto a un parámetro de normalidad y, por ende, ofrece una mirada inspirada en el modelo de la cura o la normalización.¹¹

9 Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

10 Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

11 Colin Barnes, Mike Oliver & Len Barton (eds.), *Disability Studies Today* (Polity Press, Oxford, 2002).

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.

B. La Convención no constituye una ruptura absoluta con las normas de Soft Law

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:

1. La Convención reconoce antecedentes de *Soft Law*

La propia Convención reconoce como antecedentes el *Programa de Acción Mundial* y las *Normas Uniformes*.¹² Es significativo 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 manera de antecedente.

2. El concepto de discapacidad, entre el modelo médico y el modelo social

La concepción de “persona con discapacidad” adoptada por la Convención,¹³ sin innovar mayormente con respecto a los

Lennard J. Davis, *Enforcing Normalcy: Disability, Deafness and the Body* (Verso, Londres, 1995). Anita Silvers, *Formal Justice*, en *Disability, Difference, Discrimination. Perspectives on Justice in Bioethics and Public Policy*, 59-85 (Anita Silvers, David Wasserman & Mary B. Mahowald, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 1998).

Christian Curtis, *Discapacidad e inclusión social*, 26 *Revista Nexos*, 322, 31-37 (2004).

12 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inciso f: “Reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el *Programa de Acción Mundial para los Impedidos* y en las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad”.

13 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

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).

3. La Convención adopta como solución el modelo social

Tanto el diagnóstico como las soluciones normativas de la Convención son propios del modelo social, para atribuirles la carga de la integración de las personas con discapacidad a la sociedad y sus barreras. En ningún caso, a las mismas personas con discapacidad en el llamado *modelo de normalización de la discapacidad*.

Así, de un lado, la Convención señala el vínculo entre barreras sociales, exclusión y vulneración o limitaciones al pleno goce o ejercicio de derechos.¹⁴ De otro lado, insta como finalidades y operacionaliza 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.¹⁵

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 la recreación. Esto incluye, claro

Preámbulo, inciso e: “*Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

Artículo 1: “*...Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

14 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inciso k: “*Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo*”.

15 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, incisos 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.

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 en la promoción del desarrollo de tecnologías de asistencia.¹⁶

4. Participación de las organizaciones de personas con discapacidad

Otro elemento en que se puede percibir cierta continuidad es la participación de las organizaciones de personas con discapacidad en la propuesta, discusión, adopción y fiscalización de las decisiones y medidas que conciernen a las personas con discapacidad en especial en relación con las Normas Uniformes.¹⁷

III. COMPARACIÓN DE LA CONVENCIÓN CON LOS DEMÁS TRATADOS DEL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Otro eje importante de comparación es el ofrecido por los demás tratados del sistema universal de derechos humanos, que como conquistas históricas de la humanidad nos van mostrando nuevos enfoques de la diversidad y nuevas fórmulas jurídicas de protección.

A. Comparación de la Convención con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Podemos 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 Con-

16 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 4.1 f, g, h; 8.2 d, e, f, g, h; 9 I; 9.2; 20 a, b, d; 21 a, b, c, d; 24.3; 26.3; 29 a.ii; 30.1 a, b.

17 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inciso o. Arts. 4.3; 29.b.i; 31.3.

vención de acuerdo con el eje de demarcación de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁸

La respuesta parece ser negativa, la Convención establece una lista de derechos que incluye el ejercicio de libertades, pero también el acceso a prestaciones y beneficios. Proyecta además sus consecuencias sobre la esfera privada, sin poner mayor énfasis en la distinción entre uno y otro tipo de derechos, para resaltar la indivisibilidad de los derechos.¹⁹

En este sentido, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, para garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno,²⁰ la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a *naturalizar* esta actividad estatal y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Podemos afirmar entonces, que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada

18 Víctor Ernesto Abramovich-Cosarín & Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Capítulo I (2ª ed., Trotta, Madrid, 2004).

Magdalena Sepúlveda-Carmona, *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 *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos* (Christian Courtis, Denise Hauser & Gabriela Rodríguez-Huerta, comps., Porrúa e Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM, México, 2005).

19 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inciso c. “*Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación*”.

20 Isabel Trujillo-Pérez afirma: “(e)n un cierto sentido, la normación relativa a los derechos de libertad y a las instituciones vinculadas con ellos están tan consolidadas en nuestra cultura jurídica que se las considera obvias, aunque no lo sean, como muestra la historia de los derechos”. Isabel Trujillo-Pérez, *La questione dei diritti sociali*, 8 *Ragion Pratica*, 14, 44-63, 51 (2000).

derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.

En línea con lo dicho, autores como Godfried H. J. van Hoof o Asbjorn Eide²¹ proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de *niveles* de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales.

De acuerdo con la propuesta de Godfried H. J. van Hoof,²² por ejemplo, podrían discernirse cuatro *niveles* de obligaciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *garantizar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injerieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

En tal sentido, debe decirse que el art. 4.2 de la Convención 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

21 Asbjorn Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, en *Economic, Social and Cultural Rights*, 21-49, 36-38 (Asbjorn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas, eds., Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer, Dordrecht, Boston, Londres, 1995).

Asbjorn Eide, *Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estrategia del nivel mínimo*, 43 *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 46-60 (1989).

22 Godfried H. J. van Hoof, *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of some Traditional Views*, in *The Right to Food, Guide through Applicable International Law*, 97-110, 99 (Philip Alston & Katarina Tomasevski, eds., Martinus Nijhoff, Dordrecht, Netherlands, 1984).

La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue, *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy* (Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1980). En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la distinción fue asumida con alguna corrección, que reduce la enumeración a tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento en los principales documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Culturales, es decir, el principio de progresividad y la adopción de 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

De acuerdo con nuestro criterio jurídico, 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.

B. Comparación de la Convención de Discapacidad con Tratados Internacionales para la Protección de Colectivos Específicos

La comparación más relevante tiene qué ver con el modelo adoptado con tratados internacionales 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 sobre la

23 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: “*La indole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*”, (1990), párs. 1 y ss.

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 Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

Es preciso comenzar diciendo que la reconducción de estos instrumentos a un modelo conceptual determinado es un ejercicio heurístico, útil a efectos clasificatorios y de comprensión, pero difícilmente exhaustivo, porque al menos en los últimos cuatro tratados nombrados coexisten aunque en distinta medida rasgos que corresponden a modelos distintos. La cuestión requeriría una reflexión mucho más detenida, pero quiero sugerir aquí al menos algunas líneas de aproximación.²⁴

1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no se limita a adoptar el modelo clásico antidiscriminatorio

Al estudiarla detenidamente, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no se limita a adoptar el modelo clásico antidiscriminatorio, que la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial refleja y 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.

Si bien es cierto que la Convención contiene rasgos de este modelo,²⁵ no se agota en ellos, pues justamente en sus inicios, la

24 Sobre modelos conceptuales en materia de igualdad y no discriminación, María Ángeles Barrère-Unzueta, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres* (Civitas, Madrid, 1997).

María Ángeles Barrère-Unzueta, *Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*, 60 *Revista Vasca de Administración Pública*, 145-166 (mayo-agosto 2001).

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 sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

discusión de la elaboración de la Convención se descartó limitarnos a aprobar este modelo restrictivo, por un modelo complejo, de promoción de derechos, prohibición de la discriminación y el deber de realizar acciones afirmativas o ajustes razonables.

2. La Convención constituye más que un modelo de igualdad y no discriminación

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.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ofrece un primer ejemplo al respecto. Si bien el punto de partida desde la perspectiva normativa parece muy similar al de su antecesora en materia de discriminación racial, el texto de esa Convención, bastante más complejo 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 constituye una práctica habitual, con la necesidad de adoptar medidas para modificar esa situación.

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

3. Relaciones de potenciación entre las situaciones de vulnerabilidad, falta de igualdad efectiva y discriminación

Tanto la Convención de los Derechos del Niño, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares reconocen las 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 simple prohibición de discriminación— la imposición de la obligación del Estado de adoptar medidas de protección especial al colectivo que enfrente situaciones de vulnerabilidad. Ciertamente, no se trata del “núcleo duro” de la estrategia anti-discriminatoria, pero podría entenderse como una estrategia de prevención contra la discriminación.

Como ya lo señalé en el apartado anterior, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también toma elementos ligados con esta concepción. Y profundiza en una tendencia que ya aparecía tanto en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación para la Mujer, como en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

Esta tendencia identifica 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, ser susceptibles en mayor medida de sufrir discriminación.

La Convención impone al Estado obligaciones de protección especial de las personas pertenecientes a estos subgrupos, como las mujeres con discapacidad, los niños con discapacidad, los adultos mayores con discapacidad, los desplazados con disca-

pacidad, o las personas con discapacidad que son víctimas del conflicto armado o de desastres naturales.

4. Reconocimiento del valor de la diversidad o diferencia

Otro elemento tampoco exento de dificultades conceptuales es el que podríamos denominar exigencias del reconocimiento del valor de la diversidad o diferencia como contenido específico del abordaje antidiscriminatorio.

Este aspecto 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 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 genera 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, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT— también son ejemplos de esta noción.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se nutre de manera especial 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

26 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 19.a.b.c.

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 por medio 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 hay subgrupos con necesidades específicas. La noción de “*ajuste razonable*” supone la consideración de necesidades específicas individuales, más allá de que puedan reconducirse a rasgos grupales comunes.

5. Imposición al Estado de la adopción de medidas proactivas para modificar un *statu quo*

Un último elemento importante también está presente en otros tratados que asumen el ideal antidiscriminatorio, en particular la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra

27 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 20.a.b.c.d.

28 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 24.1; 24.2.

29 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 26.

30 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art.25 b.

31 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 21; 24.3; 24.4; 30.4.

32 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 29 a.

33 Convención Internacional 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.

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

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 Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad retoma y profundiza este componente,³⁷ siendo una acción que va más allá de lo jurídico.

IV. NUEVOS ÉNFASIS DE LA CONVENCIÓN

Pese a su inclusión en instrumentos de *Soft Law*, pueden señalarse algunos nuevos énfasis en la Convención, abordados oblicuamente o poco considerados por aquellos instrumentos, resaltando los siguientes:

34 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, incisos k, p, q, t.

35 Convención Internacional sobre 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 Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 5.4.
36 Convención Internacional sobre 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 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad art. 8.

A. La Convención como Tratado Internacional de Obligatorio Cumplimiento

El cambio de paradigma más evidente se da entre una serie de instrumentos internacionales no obligatorios o instrumentos de *Soft Law* como el *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*,³⁸ las *Directrices de Tallinn para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos*,³⁹ las *Directrices para el Establecimiento y Desarrollo de Comités Nacionales de Coordinación en la Esfera de la Discapacidad u Órganos Análogos*,⁴⁰ los *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*⁴¹ y las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*,⁴² entre otros.

Por el paradigma de un tratado internacional, obligatorio para los Estados que lo ratifiquen y con mecanismos obligatorios de supervisión, como la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, como primera Convención del siglo XXI.

B. Lenguaje de los Derechos

Como ya lo comentamos,⁴³ la Convención constituye una formulación que sin abandonar completamente el lenguaje de los “principios” y las “metas por alcanzar”, emplea de modo más decidido el lenguaje de los derechos. Mientras en instrumentos anteriores había referencias aisladas a derechos, y el lenguaje empleado se inclinaba más bien por fijar metas y objetivos a los Estados, el texto de la Convención, como un tratado de dere-

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

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

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

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

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

43 Carlos Parra-Dussan, *Nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: un enfoque de derechos*, 5 *Revista Alteridad, Instituto Nacional para Ciegos, INCI*, 9, 55-62 (diciembre 2007).

chos humanos, por ende consagra derechos para las personas, optando por reconocer derechos de manera más consistente.⁴⁴

En líneas generales, el enfoque basado en derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas sólo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para hacer efectivas las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento.

Por esto en Colombia estamos trabajando la política pública con enfoque de derechos, así la Política Pública Distrital de Discapacidad, decreto distrital 470 de 2007, se elaboró con esta perspectiva de derechos, tal como lo hemos estudiado en el artículo *Enfoque de derechos humanos en la política pública de discapacidad*.⁴⁵

C. Consagración del Principio de Progresividad

Como ya se mencionó, el art. 4.2 de la Convención 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 medidas hasta el máximo de los recursos disponibles.

44 En esto, la Convención Internacional contrasta con el lenguaje mucho más tibio de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en la que prima el lenguaje de las metas, las áreas de actuación y la ejemplificación de medidas por adoptar, sin que se reconozcan plenamente derechos en sentido estricto.

45 Carlos Parra-Dussan, *Enfoque de los derechos humanos en la política pública de discapacidad*, 7 *Civilizar*, Universidad Sergio Arboleda, 13, 97-114, 97 (julio-diciembre, 2007).

En este mismo sentido, recogiendo en parte la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cláusula reconoce, de todos modos, que hay obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales que son aplicables de modo inmediato.⁴⁶

D. Justiciabilidad de Derechos fuera del Catálogo

De acuerdo con nuestro criterio jurídico, 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.

E. Consagración de Nuevos Derechos para las Personas con Discapacidad

De igual manera, podemos citar, no para clasificar en qué categoría de derechos se encuentra, sino para destacar la consagración de nuevos derechos, por parte de la Convención como el derecho a la accesibilidad (art. 9), el derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19).

46 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “*La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*”, (1990), párs. 1 y ss.

En la cartilla *La discapacidad y sus derechos*,⁴⁷ estudiamos la consagración de derechos de las personas con discapacidad, lo que nos permitió desarrollar los contenidos específicos de cada uno de ellos, haciendo más fácil la comprensión de sus derechos por parte de la población con discapacidad, para que tenga claros los niveles de exigibilidad ante las instancias gubernamentales y judiciales de protección.

F. Principios de Igualdad de Trato, Igualdad de Oportunidades y Prohibición de la Discriminación

Una articulación más explícita —aunque más compleja— de los principios de igualdad de trato, de igualdad de oportunidades y de la prohibición de discriminación⁴⁸ determina la complejidad de este instrumento internacional, que incorpora distintas categorías del principio de igualdad.

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*—, esta perspectiva, como veremos más adelante, se inscribe en una de las actuales tendencias de formulación de los tratados de derechos humanos. No ha sido ésta la excepción, de modo que diversas manifestaciones de este complejo conceptual atraviesan el texto de la Convención.

G. Reconocimiento de la Diversidad de las Personas con Discapacidad

Este principio 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, se destaca la diversidad de situaciones y exigencias dentro del colectivo

47 Carlos Parra-Dussan, *La discapacidad y sus derechos* (Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal, IDPAC, Bogotá, 2007).

48 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, incisos 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.

de personas con discapacidad y esto, aún, 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.⁴⁹

H. Necesidades especiales de protección de la discapacidad

Otro 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, es el relacionado con el señalamiento de necesidades especiales de protección, debido a la mayor exposición de segmentos del colectivo de personas con discapacidad a situaciones de vulnerabilidad, como la pobreza, la exclusión social, la interdicción de derechos, los conflictos armados y los desastres humanitarios, que agravan el riesgo de sufrir abusos.⁵⁰

I. La Convención como modelo antidiscriminatorio complejo

Puede afirmarse que la Convención Internacional 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.⁵¹

A continuación, planteamos algunos de los niveles que incorpora este modelo antidiscriminatorio complejo:

49 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 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.

50 Convención Internacional 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. En especial, art. 16.

51 Ver la definición de discriminación por motivo de discapacidad contenida en el art. 2, y en especial art. 5. Sin embargo, toda la Convención subraya el goce de derechos en condiciones de igualdad con las demás personas.

1. La discapacidad potenciada por otros factores de vulneración

Se vincula con la protección contra abusos, violencia o explotación basados en la condición de discapacidad, o potenciados por la suma de discapacidad y otros factores de vulnerabilidad.

2. Igualdad de trato

Se relaciona 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.

3. Igualdad de oportunidades

Está relacionado con el aseguramiento de igualdad de oportunidades, 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.⁵²

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

⁵² Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2, párrafo 3, *in fine*: “*Incluye todas la 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*”.

obtenerse al asegurar 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.

Considero, 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.

J. Innovaciones en el Modelo de Seguimiento

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 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, las dos últimas a tenor del Protocolo Adicional también aprobado.

Por la importancia del artículo 33, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos realizó el estudio *Estructura y función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.⁵³ En el capítulo IV, este estudio destaca la estrecha relación que existe

53 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estructura y función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-29_sp.pdf.

entre los conceptos de aplicación y vigilancia que figuran en los tratados de derechos humanos, presenta las estructuras de vigilancia y seguimiento previstas en el artículo 33 de la Convención y debate las características y las funciones principales de cada uno de los mecanismos.

CONCLUSIONES

En el desarrollo jurídico-internacional de los derechos de las personas con discapacidad, fueron importantes las normas de *Soft Law*, como el *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (PAMPD)* y las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*. Sin embargo, la población con discapacidad en el mundo exigía y reivindicaba como momento histórico la aprobación de una convención de carácter vinculante y obligatorio.

Evaluada de manera general, la Convención no constituye una ruptura jurídica, sino un instrumento que mantiene la orientación marcada por las normas de *Soft Law*. Así encontramos líneas de continuidad, como el concepto de *Discapacidad* entre el modelo médico y el modelo social, la adopción en la Convención del modelo social, manteniendo la Convención la constante de la participación de las organizaciones de personas con discapacidad.

Al comparar la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el modelo adoptado con tratados internacionales dedicados a la protección de otros grupos específicos, encontramos que la primera no se limita a adoptar el modelo clásico antidiscriminatorio, impone a los Estados obligaciones a favor de los subgrupos particularmente expuestos a la potenciación de su situación de vulnerabilidad, establece exigencias del reconocimiento del valor de la diversidad o diferencia como contenido específico del abordaje antidiscriminatorio e impone al Estado la adopción de medidas proactivas para modificar un *statu quo*.

En cuanto a los nuevos enfoques de la Convención, fuerza es concluir, que desde la perspectiva jurídica este nuevo instrumento presenta importantes retos para su cumplimiento como su valor vinculante, su claro lenguaje de derechos, la juridificación de nuevos derechos y su justiciabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Abramovich-Cosarín, Víctor Ernesto & Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Capítulo I (2ª ed., Trotta, Madrid, 2004).
- Barnes, Colin, Oliver, Mike & Barton, Len (eds.), *Disability Studies Today* (Polity Press, Oxford, 2002).
- Barrère-Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres* (Civitas, Madrid, 1997).
- Courtis, Christian, Hauser, Denise & Rodríguez-Huerta Gabriela (comps.), *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos* (Porrúa e Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM, México, 2005).
- Davis, Lennard J., *Enforcing Normalcy: Disability, Deafness and the Body* (Verso, Londres, 1995).
- Organización de Naciones Unidas, ONU, *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*, resolución 48/96, del 20 de diciembre de 1993 (Editorial Centro Bibliográfico y Cultural La Coruña, Organización Nacional de Ciegos Españoles, ONCE, Madrid, 1994).
- Parra-Dussan, Carlos, *Derechos humanos y discapacidad* (Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004).
- Parra-Dussan, Carlos, *La discapacidad y sus derechos* (Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal, IDPAC, Bogotá, 2007).
- Shue, Henry, *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy* (Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1980).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Eide, Asbjorn, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, en *Economic, Social and Cultural Rights* (Asbjorn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas, eds., Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer, Dordrecht, Boston, Londres, 1995).
- Hoof, Godfried H. J. van, *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of some Traditional Views*, in *The Right to Food, Guide through Applicable International Law*, 97-110 (Philip Alston & Katarina Tomasevski, eds., Martinus Nijhoff, Dordrecht, Netherlands, 1984).
- 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 *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos* (Christian Courtis, Denise Hauser & Gabriela Rodríguez Huerta, comps., Porrúa e Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM, México, 2005).
- Silvers, Anita, *Formal Justice*, en *Disability, Difference, Discrimination. Perspectives on Justice in Bioethics and Public Policy* (Anita Silvers, David Wasserman & Mary B. Mahowald, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 1998).

REVISTAS

- Barrère-Unzueta, María Ángeles, *Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*, 60 *Revista Vasca de Administración Pública*, 145-166 (mayo-agosto 2001).
- Courtis, Christian, *Discapacidad e inclusión social*, 26 *Revista Nexos*, 322, 31-37 (2004).
- Eide, Asbjorn, *Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estrategia del nivel mínimo*, 43 *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 46-60 (1989).
- Parra-Dussan, Carlos, *Enfoque de los derechos humanos en la política pública de discapacidad*, 7 *Civilizar, Universidad Sergio Arboleda*, 13, 97-114 (julio-diciembre 2007).
- Parra-Dussan, Carlos, *Nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: un enfoque de derechos*, 5 *Revista Alteridad, Instituto Nacional para Ciegos, INCI*, 9 (diciembre 2007).
- Trujillo-Pérez, Isabel, *La questione dei diritti sociali*, 8 *Ragion Pratica*, 14, 44-63 (2000).

CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES

- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975. Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.
- Declaración de los Derechos del Retardado Mental de 1971, proclamada por la Asamblea general en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.
- Declaración sobre los Derechos de las Personas Sordociegas, 1979.
- Declaración Sundberg de 1981. Resolución 36/77, Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Resolución 48/96, del 20 de diciembre de 1993.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Resolución 37/52, Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución 42/58, Asamblea General de Naciones Unidas sobre la Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad, *Anuario de las Naciones Unidas* (1987).

SITIOS WEB

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estructura y función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-29_sp.pdf.