

La nueva Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Fuente: Publicado en SJA 11/4/2007 - JA 2007-II-817/ Citar Lexis N° 0003/013151

Dr. Pablo Oscar Rosales¹

www.pablorosales.com.ar

"En un mundo perfecto, los derechos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos serían suficientes para proteger a todos. Pero en la práctica, a ciertos grupos, como las mujeres, los niños y los refugiados, les ha ido mucho peor que a otros y las convenciones internacionales tienen por objeto proteger y promover los derechos humanos de tales grupos. Del mismo modo, los 650 millones de personas discapacitadas –alrededor del 10% de la población mundial– carecen de las oportunidades que tiene la población en general." (Fuente: www.un.org)

I.- Introducción:

Actualmente existen dos convenciones sobre discapacidad: La "Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", que se encuentra vigente (incorporada al derecho interno por la ley 25.280) y su objetivo es la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad y la "Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad", que es la que comentaremos en esta nota, cuyo proyecto está aprobado por la Asamblea de Naciones Unidas, pero aún no se encuentra vigente. La primera es una Convención regional, la segunda será una Convención Internacional. La Interamericana apunta exclusivamente a evitar la discriminación, la Convención Internacional es amplia e integral y desarrolla una amplia gama de situaciones de las personas con discapacidad. Su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

¹ **Abogado, Director del "Programa de Actualización y Profundización en Discapacidad" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A. y Coordinador del Seminario de Investigación en Discapacidad del Instituto Ambrosio Gioja de la misma facultad.**

Revisemos un poco de historia. En el mes de Diciembre de 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el proyecto de Informe Final del Comité Especial encargado de preparar una Convención Internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, que se convertirá en la primera Convención Internacional integral sobre esta temática.

La Asamblea General de la ONU estableció en 2001 un Comité Especial para negociar el proyecto de la Convención. La primera reunión se llevó a cabo en agosto de 2002 y la redacción del texto comenzó en mayo de 2004. En agosto de 2006, el Comité llegó a un acuerdo en torno al texto. Los delegados del Comité Especial representaban a las organizaciones no gubernamentales, a los gobiernos, a las comisiones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones internacionales. Fue la primera vez que las organizaciones no gubernamentales participaron activamente en la formulación de un tratado de protección a los derechos humanos (fuente: www.un.org).

El texto aprobado de la Convención estará abierto a la firma y sujeto a la ratificación de los Estados miembros a partir del 30 de Marzo de 2007. La convención entrará en vigor una vez que haya sido ratificada por al menos veinte países.

Lo primero que surge de la lectura de la Convención es que la misma está planteada como un tratado de Derechos Humanos y en general tiene la característica integral de estos e incorpora también derechos ya reconocidos en otros tratados internacionales a las personas en general. No es esta Convención el primer documento sobre discapacidad en el derecho internacional, pero es el primero con el que los Estados firmantes se obligarán con las características de un tratado². Algunos países ya han promulgado una

² En este sentido es útil consultar alguna jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia: CSJN S. 730. XL. ORIGINARIO “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”. 20/12/2006 y V. 856. XXXVIII. Recurso de Hecho: “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, Mayo 3, 2006. Recurso de hecho interpuesto por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), representado por Horacio Verbitsky, patrocinado por el Dr. Rodrigo Diego Borda Tribunal de origen: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Tribunales que intervinieron con anterioridad: Tribunal de Casación Penal, Sala III de la Provincia de Buenos Aires, donde en este último caso el Alto Tribunal profundiza una jurisprudencia anterior de autos: *CS, octubre 13, 994. Cafés La Virginia S. A.* dictado en un marco jurídico anterior al de la reforma constitucional de 1994.

amplia legislación a este respecto³, pero otros muchos no lo han hecho. Debido a las prácticas discriminatorias, las personas con discapacidad tienden a vivir en la sombra y al margen de la sociedad y, como resultado, sus derechos no se toman en consideración. Era necesario una norma universal jurídicamente vinculante (como es un tratado o Convención) para tratar de asegurar que los derechos de las personas con discapacidad se garanticen en todo el mundo.

Uno de los primeros documentos internacionales sobre discapacidad fueron las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” (1993), adoptadas por las Naciones Unidas, que han servido de documento modelo para algunos países (en la Argentina ya estaba vigente desde once años antes la ley 22.431). Empero, las Normas Uniformes no son un instrumento jurídicamente vinculante y los defensores de las personas con discapacidad ya advirtieron que sin una Convención no se podrían equiparar los derechos de las personas con discapacidad en la disparidad de los Estados nacionales existentes. Actualmente se encuentra vigente en Argentina la ley 25.280 (B.O. 04/08/2000) que recepitó en el derecho interno argentino la “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscripta en Guatemala el 8 de Junio de 1999 y que si constituye una Convención vigente, pero solo en el ámbito regional americano. La nueva Convención internacional tiene dos importantes características respecto a la interamericana: a) Admite a diferencia, de esta, la presentación de personas físicas o jurídicas residentes en cualquier de los Estados parte a denunciar el incumplimiento de la misma (La Convención Interamericana no permite las denuncias individuales) y b) Crea un Protocolo Facultativo que se invita a suscribir a los Estados que firmen la Convención y un Comité ejecutivo, ambos para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en

³ Argentina principalmente desde el año 1982, tiene dictada una enorme cantidad de normativa relacionada específicamente con la discapacidad (incluyendo reformas constitucionales nacionales y provinciales, leyes nacionales y provinciales, resoluciones, etc.). Incluso la reforma constitucional de 1994 incorporó siete tratados de Derechos Humanos, entre los que se destacan varios que inspiraron la Convención y que son referidos por esta expresamente en su preámbulo). Por ello, el impacto de la Convención de Discapacidad en el derecho argentino puede resultar sobreabundante (ya veremos las novedades que la misma incorporaría de ser suscripta por nuestro país), aunque una situación es el abundante marco legal vigente en Argentina y otra- muy distinta- es que el mismo sea cumplido por el Estado.

nombre de esas personas o grupos de personas. Dos muy importantes cuestiones que serán analizadas más adelante.

II.- Características de la Convención Internacional:

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “La Convención”) es ante todo un tratado de Derechos Humanos y reconoce en su preámbulo que sus objetivos son destacar los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional vigente para todas las personas⁴ enmarcándolo en el mismo. La importancia de este Preámbulo reside en los reconocimientos que los Estados firmantes realizan respecto de la situación de este colectivo en los mismos y constituye una declaración de principios que dan lugar a los artículos posteriores de la Convención.

La Convención es extensa, tiene 50 artículos, y encontramos en ella derechos ya reconocidos en otros instrumentos internacionales y derechos reconocidos específicamente respecto de las personas con discapacidad. Nos vamos a extender más ampliamente en el segundo grupo, ya que los restantes ya fueron receptados por el derecho internacional (ver nota 4) e incluso por el derecho interno de nuestro país. Sin perjuicio de ello, recogeremos algunos conceptos y derechos que como el trabajo, la educación, etc. Entendemos que deben ser comentados en esta oportunidad, aunque remitamos a los documentos generales que ya los han incorporado para las personas en general.

En el artículo 1 la Convención adelanta sus objetivos de esta forma: “*El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover*”

⁴ El punto d) del preámbulo afirma: “Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre 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 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” y claramente en el punto w) afirma: “Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos”

el respeto de su dignidad inherente”: Tres verbos que definen la progresividad y la publicidad de estos derechos (que no pueden reducirse ni limitarse), la obligación de amparar, promover y defender estos derechos por parte del Estado y por sobre todo, asegurar el efectivo cumplimiento de los mismos y no su mera declamación. La redacción del artículo- aunque resulta de perogrullo recordarlo- implica la aplicación completa del derecho internacional de los Derechos Humanos a las personas con discapacidad.

a.- Definición de Discapacidad:

La Convención en la segunda parte del artículo 1 define que entiende por personas con discapacidad: *“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”*.⁵ La definición que asume la Convención se mantiene en el marco conceptual del modelo biomédico definiendo la discapacidad desde la deficiencia, con algunos agregados que limitan el alcance de la misma. La definición establece que esas deficiencias deben ser “a largo plazo”, concepto amplio que parece exigir una cierta cronicidad, lo que de alguna forma relativiza las situaciones de discapacidad adquirida. Por otra parte, la definición incorpora un concepto mas acotado que el de la Convención Interamericana cuando esta sostiene en forma expresa que el mismo medio, y no solamente la deficiencia, puede influir negativamente en la relación de la personas con su entorno (*“... que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”*). Esta limitación puede entenderse en el marco de la necesidad de abordar una definición amplia que sea no solo representativa de la situación social de los eventuales Estados firmantes sino que políticamente ofrezca menor resistencia

⁵ El artículo 1 de la Convención Interamericana define a la discapacidad en los siguientes términos: *“El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”* y la ley 24.901 en su artículo 9 define a sus beneficiarios: *“Entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el artículo 2º de la ley 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral”*. En ambos casos, la definición se enmarca en la deficiencia de la persona, en primer término, para referirse después a la relación de esa persona con su entorno.

a la recepción de la Convención. La Convención Interamericana, ofrece a nuestro entender, una definición más abarcativa y clarificadora.

b.- Discriminación por motivos de Discapacidad:

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define, como lo hace la Convención que comentamos, que se entiende por discriminación por motivos de discapacidad.⁶ La Convención Internacional dice: *“Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, **la denegación de ajustes razonables**”*. La Convención define a estos ajustes razonables en el mismo artículo 2: *“Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*. Lo interesante de esta Convención es que incorpora este último concepto de “Denegación de ajustes razonables” como una forma de discriminación que entendemos puede aplicarse a: 1) A la obligación de adecuar la legislación vigente a la situación de este colectivo en cada Estado firmante, incluso la de la propia Convención, siempre en el marco determinado de la progresividad de los Derechos Humanos; 2) La obligación del Poder Judicial (en la estructura jurídica de nuestro país) y del Estado de interpretar la normativa vigente en función de dichos ajustes razonables de la legislación a la situación de este colectivo protegido (Art. 75 inciso 23 de la C.N.)⁷

⁶ El artículo 2 a) de la Convención Interamericana dice: “a) El término "discriminación" contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.”

⁷ “Roberto Gargarella, respecto a la pregunta sobre como han reaccionado los jueces en general frente al disenso, frente a los críticos del poder, cita a John Elly, un importante constitucionalista, símbolo de la visión “pluralista” dentro de la teoría constitucional moderna, que considera que la principal tarea de los jueces debe ser exactamente la opuesta a la que surge del fallo “Schifrin” de la Casación

c.- Principios generales de la Convención:

El artículo 3 de la Convención enumera una serie de principios generales que forman el fundamento de la misma. Siguiendo a Ronald Dworkin⁸ definimos a los “principios” en sentido genérico como todo el conjunto de estándares que no son normas. Dworkin indica que “cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido” (ibidem, Pág. 77).

La Convención menciona en el artículo 3 los principios en que se funda:

- 1) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas;
- 2) La no discriminación;
- 3) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- 4) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- 5) La igualdad de oportunidades;
- 6) La accesibilidad;
- 7) La igualdad entre el hombre y la mujer; y
- 8) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Mas allá de los principios ya receptados en otras convenciones, rescatamos el principio de autonomía individual, libertad de tomar decisiones e independencia de las personas (opuesto a la consideración habitual de las personas con discapacidad como objetos de atención/cuidado y no como sujetos de derecho, casi como niños/as aún en los casos en que pueden decidir sobre aspectos importantes de su vida); el respeto a la diferencia y diversidad humanas (principio básico y previo al reconocimiento de otro/a en su individualidad y por ende el respeto a sus propias convicciones y decisiones) y la mirada de género de la Convención y la consideración de los niños/as con discapacidad como

(comentario enmarcado en la obra citada que analiza el rol de los Tribunales frente a los llamados “piqueteros”). Para Elly los jueces deberían, ante todo dedicarse a dos tareas esenciales: a) proteger a las voces de los grupos más desaventajados y aislados (lo que llama “discrete and insular minories”) y b) “mantener abiertos los canales del cambio político, lo que significa mantener siempre abierta la posibilidad de crítica al poder”

⁸ Dworkin, Ronald “Los derechos en serio”, Planeta-Agostini. 1993”. Tomado de la Nota: Rosales, Pablo Oscar, “El cupo laboral para las personas con discapacidad en la mirada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: ¿Cuál es el rol de los Tribunales ante los derechos sociales de las personas con discapacidad?”, Revista Lexis Nexis Buenos Aires, Nro 12, Diciembre 2006, Pág. 1366.” Que a su vez lo cita de esta fuente: Gargarella, Roberto “Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta”, Club de Cultura socialista “José Arico” Siglo Veintiuno editores, 2006, pag 46.

sujetos de derecho en evolución y su identidad individual, distinta de sus padres o representantes legales (en tanto exige la preservación de su identidad propia).

d.- Obligaciones de los Estados:

El artículo 4 determina las obligaciones de los Estados de las que destacamos:

- 1) La Convención exige a los estados: *“Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad”*,⁹ esto significa que la discapacidad deberá ser un tema de todas las áreas de gobierno (a diferencia de lo que ocurre actualmente, que la discapacidad es tratada casi únicamente por las áreas específicamente establecidas para ello), obligación que presupone la determinación de un presupuesto específico para la temática en cada área de gobierno. Respecto a la elaboración y aplicación de políticas para hacer efectivos los derechos que surgen de este instrumento, la Convención exige escuchar a las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan (aclaración extraña cuando en otros artículos- que ya analizaremos- la Convención le otorga a los niños y niñas mayor autonomía).
- 2) La Convención también incorpora la obligación del Estado de *“Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad”* (letra e), convirtiéndolo en garante de ello.
- 3) La Convención impone obligaciones de hacer a los Estados, principalmente en el ámbito de las nuevas tecnologías. Así deberán emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal¹⁰; emprender o promover la investigación y el

⁹ Como complemento de esta obligación, la Convención determina que el Estado debe “Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella”.

¹⁰ Artículo 2: “Por «diseño universal» se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación

desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones; y entre otros, proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad.

- 4) La Convención incorpora una cláusula muy poco usual respecto a la capacitación de quienes trabajen con personas con discapacidad. El inciso i) del artículo 4 dice que los Estados deben *“Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos”*. Una cláusula similar a esta fue incorporada por primera vez en la Convención Interamericana sobre Discapacidad¹¹ con la diferencia que en esta Convención que comentamos los Estados se comprometen a la formación activa de profesionales y personal, es decir, asumen una obligación activa de promoción de los derechos de la Convención a través de la formación de multiplicadores.
- 5) La Convención, sin embargo limita las obligaciones de los Estados hasta el máximo de los recursos disponibles, aunque imponiendo una obligación de cumplimiento progresivo¹², pero con una advertencia: *“4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado”*. Esto es muy importante tenerlo en cuenta, porque Argentina tiene una importante legislación, que en algún caso podría superar lo determinado por la

ni diseño especializado. El «diseño universal» no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten”

¹¹ El Artículo III, 1 d) de la Convención Interamericana de Discapacidad dice que los estados se comprometen a: “d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo”. Esta norma se encuentra actualmente vigente ya que Argentina incorporó esta Convención al derecho interno argentino desde el año 2000.

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

Convención y en este caso, la regla es que se debe respetar la normativa que facilite en mayor medida el ejercicio de un derecho.¹³

- 6) Se exige a los Estados partes la realización de medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para que la sociedad tome conciencia de la problemática de la discapacidad: a) Sensibilización de la sociedad en el tema (a través de campañas efectivas de sensibilización pública tratando de obtener actitudes receptivas, percepciones positivas y mayor conciencia social y el reconocimiento de capacidades y habilidades de las personas con discapacidad) ; b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida (alentando a los medios de comunicación para ello) y c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad. Habrá que ver después como cada Estado materializará estas expresiones de deseos.

e.- Grupos especiales protegidos:

La Convención establece dos grupos especiales protegidos de personas con discapacidad: Los niños/as y las mujeres. Estos dos colectivos coinciden con dos de los cuatro grupos protegidos (los otros dos son los ancianos y las personas con discapacidad, pero en este caso ambos colectivos se subsumen dentro de esta última clasificación), por la Constitución Nacional reformada de 1994 que exige respecto de ellos a Estado acciones positivas.¹⁴ Respecto de las mujeres se compromete a la igualdad de condiciones y a la potenciación de la participación de la mujer y respecto de los niños/as exige respetar el interés Superior del Niño (en los términos de la Convención de Derechos del Niño) y el compromiso de los estados de garantizar que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración

¹³ Artículo 4, pto 4, in fine: “No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida”

¹⁴ Art 75, inciso 23 C.N.

teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

f.- Reconocimiento de la personalidad jurídica y acceso a la justicia:

Luego de declarar que *“las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”*, la Convención avanza sobre la forma de lograr este objetivo: *“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*. Esta obligación de salvaguardia (llamémosla de “garantía” en nuestro derecho interno) esperamos que obligue a la revisión de los actuales canones de representación de las personas con discapacidad y de las normas sobre insania e inhabilitación del Código Civil que sigue llamando “insanos” a las personas con discapacidad mental y exige la “declaración de demencia” para que una persona pueda ser representada legalmente. Estos términos inexplicablemente no fueron revisados en la modificación de 1968 del Código Civil argentino.

La Convención exige que los Estados garanticen el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de la comunidad y para ello el compromiso es promover *“la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”*.

g.- Protección contra la explotación, la violencia y el abuso:

La Convención busca proteger a las personas con discapacidad *“tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género”*. Y para ello *“los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes”*. Este deber de supervisión, que no existe actualmente en forma expresa en ninguna legislación argentina relacionada con la discapacidad que conozcamos, es en esta Convención un deber expreso de los Estados. Se podría decir que en nuestro Derecho surgiría del deber de garantía del Estado reconocido ampliamente en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, pero aunque no define a que refiere con *“autoridades independientes”*, términos ambiguos y hasta contradictorios, entendemos que no se tratan de ONG’s (exige *“autoridades”* que define mas lo gubernamental que a la sociedad civil). Para lograr estos objetivos los Estados deberán *“... adoptar legislación y **políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados**”*. La Convención parece priorizar estos dos colectivos, pero nuestra Constitución Nacional incorpora como se dijo- como grupo protegido a los ancianos (con discapacidad a estos fines), que sin duda presentar la mayor debilidad (ya que generalmente se encuentran desvalidos, sin los padres vivos o con un grupo familiar, que muchas veces como con todos los ancianos, se desentiende de ellos). Solo si lo analizamos en el marco del artículo referido a explotación, violencia y abuso, de la que sin embargo no están exentos los ancianos, podríamos entender semejante omisión.

h.- Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad:

El artículo 19 de la Convención incorpora una de las figuritas difíciles: La aceptación y promoción de la autonomía y vida independiente de las personas con discapacidad (en tanto ello sea posible). La Convención determina el derecho de las personas con discapacidad a que tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de

condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; que tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal y que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y que tengan en cuenta sus necesidades. Este es uno de los puntos más conflictivos, por ejemplo, cuando se decide en un Tribunal sobre la salud mental de una persona y sobre la fuerte impronta tutelar que tiene nuestro derecho con las personas con discapacidad (sobre todo mental o intelectual), muchas veces tratando a adultos como a niños, desconociendo en muchos casos la autonomía y capacidad de decisión sobre su vida, particularmente respecto de las personas con discapacidad intelectual.

Este punto está relacionado con el siguiente artículo 20 referido a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información de este colectivo: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de **recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás** y mediante cualquier forma de comunicación que elijan”*¹⁵. La Convención promueve expresamente el lenguaje Braille y el lenguaje de señas, pero no tiene mención alguna a la oralización (respecto de los sordomudos).

i.- Cuestiones de familia- Salud Sexual y reproductiva:

La Convención reconoce expresamente los derechos generales que surgen de los demás instrumentos de Derechos Humanos. Pero además incorpora algunas cuestiones que, respecto de las personas con discapacidad, son hoy en algunos ámbitos muy resistidas: a) el derecho de todas las

¹⁵ En particular en los términos de la definición de comunicación del artículo 2: “La «comunicación» incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso; Por «lenguaje» se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal”

personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre *reproducción y planificación familiar* apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos (claramente refiere a la salud sexual y reproductiva y a la utilización de métodos anticonceptivos¹⁶ por las personas con discapacidad) y; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas¹⁷, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás personas (esto debe ser leído como un expreso reconocimiento a que este colectivo ha sido históricamente víctima de la eugenesia). En los tres casos implica un expreso y debido reconocimiento de la sexualidad de las personas con discapacidad.¹⁸

f. Educación:

La Convención toma una postura concreta en su artículo 24: *“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida”* con un objetivo, hoy en día y lo decimos con tristeza algo utópico: *“Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre”* sobre todo en una temática tan particular como el acceso a la educación. Para ello los Estados deberán asegurar que *“las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad”* y que puedan acceder a

¹⁶ El artículo 25 a) referido a Salud dice:” (Los Estados) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”

¹⁷ Recordemos que según la Convención de Derechos del Niño, lo son hasta los 18 años.

¹⁸ Las personas con discapacidad, de acuerdo a su situación, son titulares de los derechos que surgen de la 25.673 de salud reproductiva y procreación responsable. El artículo 23, pto. 2 establece una limitación: “Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional”.

una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan comprometiendo a los Estados a realizar los ajustes razonables en función de las necesidades individuales. El mismo derecho se declara respecto del acceso a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. Respecto a las personas sordas se pide facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la **identidad lingüística** de las personas sordas y en particular que respecto de los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en **los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social**. Nos permitimos remarcar estas menciones interesantes a la formación de la personalidad y el rol que cumple en ella la identificación con la lengua.

g.- Salud:

La Convención refiere a este derecho y a los deberes de los Estados en forma muy clara: *“(Los Estados) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable”* y agrega *“Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”*. Los Tribunales del país están repletos de reclamos derivados de negativas de cobertura o coberturas deficientes de las obras sociales y prepagas (sobre todo éstas últimas que actúan mas que nunca como empresas de mercado) únicamente en razón de la discapacidad del reclamante.

h.- Trabajo:

La Convención establece que *“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno*

laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad". La forma propuesta en que se logrará es: a) Prohibiendo la discriminación por motivos de discapacidad; b) Protegiendo los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo y sus derechos sindicales; c) Empleando a personas con discapacidad en el sector público (un notable fracaso en nuestro país¹⁹) o promoviendo el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes (resultados un poco mejores que en el caso anterior, no derivado de la responsabilidad social de las empresas, sino mas bien de una actitud *políticamente correcta*).

i.- Vida política y pública:

La Convención asegura la participación de las personas con discapacidad en la vida política y pública a fin de que *"puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas"*. Se reconoce así ampliamente el derecho a la vida política incluso la garantía de la libre expresión de la voluntad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar. La Convención alienta a los Estados a *"promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos"*, es decir concretamente, a ser protagonistas de y en su propia sociedad, en forma individual o como integrantes de asociaciones, y al Estado le toca garantizarlo.

j.- Información e investigación:

¹⁹ Ver sobre este punto: Rosales, Pablo Oscar, "El cupo laboral para las personas con discapacidad en la mirada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: ¿Cuál es el rol de los Tribunales ante los derechos sociales de las personas con discapacidad?", Revista Lexis Nexis Buenos Aires, Nro 12, Diciembre 2006, Pág. 1366.

La Convención insta a los Estados a recopilar información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, una actividad muy poco popular en nuestro país (la información) sobre todo en esta temática. La información es poder, dicen, y nunca mejor dicho que en las temáticas sociales. ¿Será por eso que no hay políticas adecuadas para las personas con discapacidad? Para cuando tengamos estadísticas adecuadas, regulares y analizadas, la Convención responsabiliza a los Estados de difundir estas estadísticas y asegurar que sean accesibles para las personas con discapacidad y otras personas (la comunidad en general).

Los Estados además, deberán facilitar la cooperación en la investigación y el acceso a conocimientos científicos y técnicos en discapacidad. “Facilitar” funciona- en nuestra opinión- en este párrafo como un eufemismo de “promover y financiar”, es decir utilizar los fondos existentes (por ejemplo los de la ley de cheques que han devuelto a fin de año a la cuenta del Ministerio de Economía como regalo de fin de año) en líneas de financiación para la investigación y el acceso a la información científica en discapacidad, una deuda todavía no asumida por Argentina ni debidamente por la Universidad.

k.- Seguimiento de la Convención:

Los Estados deberán asumir un rol interno activo de seguimiento del cumplimiento de esta Convención y para ello *“designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles”*. La sociedad civil también tendrá su rol de acuerdo a la Convención: *“La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento”*.

l.- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad- Informes presentados por los Estados Partes:

La Convención crea un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como órgano ejecutivo. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, que tomarán en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad.

Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite.²⁰ La Convención establece un procedimiento exhaustivo de desarrollo de estos informes. El Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención²¹. Finalmente, los Estados Partes se reunirán periódicamente en una Conferencia, a fin de considerar todo asunto relativo a la aplicación de la presente Convención.²² El mecanismo, como se puede observar, es similar a de la mayoría de las Convenciones.

Finalmente, junto con la firma de la Convención, se invitará a los Estados a suscribir un Protocolo Facultativo de la Convención, por el cual el Estado reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por **personas o grupos de personas** sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas (no se recibirán denuncias de un Estado que no sea parte).

²⁰ Artículo 35, pto 1 y 2 del proyecto.

²¹ Artículo 39.

²² Artículo 40.

Este Protocolo es el corazón de la Convención, pues habilita la vía ejecutiva del Comité para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de la Convención y lo más importante (a diferencia de la Convención Interamericana) es que este instrumento permite la presentación de personas físicas o Jurídicas denunciando los incumplimientos del Estado (imposible en la Interamericana). Esperemos no padecer lo que padecimos para la firma del Protocolo de la CEDAW.

m.- Entrada en vigor de la Convención:

La Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión. Para cada Estado y organización regional de integración²³ que ratifique la Convención, se adhiera a ella o la confirme oficialmente una vez que haya sido depositado el vigésimo instrumento a sus efectos, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado su propio instrumento.

Respecto a la posibilidad que algún Estado haga reservas a la Convención, estas son válidas en tanto “no sean incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención” las que no serán aceptadas. Se aceptarán enmiendas por partes de algún Estado. Respecto a la denuncia de la Convención por parte de algún Estado deberá realizarse mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas y tendrá efecto un año después de que el Secretario General haya recibido la notificación.

n.- Formato accesible del texto de la Convención:

El texto de la Convención debe difundirse en formatos accesibles. De acuerdo a ella, la «comunicación» incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y

²³ Por "organización regional de integración" se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencia respecto de las cuestiones regidas por la Convención y el Protocolo.

formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluíd la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso²⁴

III.- Conclusiones finales:

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad resulta un indudable avance en el derecho internacional, ya que al menos en las intenciones, constituye un instrumento concreto de derecho y un compromiso vinculante de los Estados que lo suscriban en el marco de los Derechos Humanos. El Protocolo que la acompaña abre una puerta muy importante a las personas con discapacidad ya que no solo les otorgaría voz en el ámbito internacional sino además una concreta oportunidad para quienes denuncien que el Estado no cumple con los compromisos asumidos por este instrumento.

La Convención es muy minuciosa en su texto, casi reiterativa de otros instrumentos similares (como la Convención de Derechos del Niño, la de Derechos de la Mujer o la Convención contra todas las formas de Discriminación), pero incorpora cuestiones específicas de este colectivo como: la exigencia que los Estados generen políticas y programas concretos, reales y efectivos en discapacidad; que en ellos y en su discusión e implementación participen con voz y voto las personas con discapacidad; la protección de la identidad lingüística de lenguajes como el Braille y el de señas; las consideraciones de género que atraviesan todas las temáticas; la protección de colectivos vulnerables como las mujeres y los niños/as (aunque con una lamentable omisión de los ancianos); la exigencia al Estado de un control amplio del cumplimiento de la Convención; fuerte impulso a la promoción de la vida independiente de las personas con discapacidad y a sus derechos sexuales y reproductivos.

En el caso de Argentina, muchas de las directrices que surgen de la Convención ya forman parte de la profusa y completa legislación sobre discapacidad, así que cuando entre en vigencia veremos si está Convención que viene “de afuera” tiene mas éxito entre nuestros representantes políticos y

²⁴ Artículo 2.

nuestra sociedad. Nuestro país ha tenido en estas últimas décadas la costumbre de suscribir todas y cada una de las Convenciones de Derechos Humanos que ha podido firmar, aunque el grado de cumplimiento interno ha sido en muchos casos deficiente (prueba de ello es, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema en el caso Verbitzky respecto a la política penitenciaria de la provincia de Buenos Aires o el caso del Riachuelo, respecto a política ambiental). Incluyo a la Sociedad y a las personas que la integran porque, como toda la gente del derecho conocemos, las normas no modifican conductas ni generan cambios, si no ocurren los cambios culturales necesarios para ello.