

Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Avances y retos pendientes

Patricia Cuenca Gómez*

Resumen: Este trabajo pretende hacer balance de los cinco primeros años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para ello se analizan los avances y retos pendientes en la implantación del cambio de paradigma que impone esta Convención en el tratamiento de la discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en las legislaciones nacionales y se da cuenta de su proyección social.

Palabras clave: Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implementación en las legislaciones nacionales, proyección social.

Abstract: This paper intends to make balance of the five years of implementation of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Advances and challenges in the implementation of the paradigm shift imposed by this Convention in the treatment of disability in International Law of Human Rights, in national legislation and its social diffusion will be analyzed.

Keywords: Convention on the Rights of Persons with Disabilities, International Law of Human Rights, national implementation, social impact.

* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación «El tiempo de los derechos», (HURI-AGE) Consolider-Ingenio 2010 (CDS 2008-00007) y «Discapacidad, In-dependencia y Derechos Humanos» (DER 2011-22729).

1. Introducción

El 3 de mayo de 2013 se cumplieron cinco años desde la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) el primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI aprobado en el seno de Naciones Unidas¹. Es común entender que la CDPD supone un cambio de paradigma² en la concepción y regulación de la discapacidad orientado a lograr que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos y a garantizar su participación plena en la vida social.

Transcurrido un lustro de vigencia parece un momento apropiado para evaluar el impacto e implantación efectiva de este cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad en diferentes ámbitos —en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, en las legislaciones nacionales y en la percepción social de la discapacidad— dando cuenta de los avances logrados y de los principales retos pendientes. Con carácter previo a este análisis, procede exponer, sucintamente, las claves del punto de inflexión que la CDPD marca en la forma tradicional de entender y abordar la discapacidad.

2. Dimensiones del cambio de paradigma de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El cambio de paradigma que la CDPD impone en el tratamiento de la discapacidad se proyecta en una serie de dimensiones estrechamente relacionadas³.

En primer lugar, la CDPD exige abordar la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos y no desde un punto de vista meramente asistencial. Manejando esta perspectiva la Convención tiene por objeto (art. 1) «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igual-

¹ Aprobada en Nueva York por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

² Véase, por ejemplo, Agustina Palacios, Francisco Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Cinca, 2007), y Don Mackay, «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34 (2007): pp. 323-331, p. 328.

³ A algunas de ellas se ha referido R. de Asís Roig, «La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad», en Luis Cayo Pérez Bueno, dir., y Ana Sastre, coord., *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje a Rafael de Lorenzo* (Pamplona: Thomson, Arandazi, 2009), pp. 307-318, p. 314.

dad de todos los derechos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente» y los valores centrales que presiden el discurso de los derechos (dignidad, igualdad, independencia, autonomía, participación) se proclaman en su artículo 3 como principios generales que deben guiar su aplicación e interpretación. Estos principios incluyen, además, la igualdad de las niñas y niños con discapacidad y de las mujeres con discapacidad.

En segundo lugar, la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos está estrechamente relacionada en la CDPD con la asunción del modelo social de tratamiento de la discapacidad y la superación del modelo médico⁴. El modelo social considera que la discapacidad tiene su origen no tanto en las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia —según mantiene el modelo médico— como en las limitaciones de una sociedad diseñada sin tener en cuenta la situación de las personas con discapacidad que genera barreras que les excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y normalizarse para poder ser integradas en la comunidad. Es la sociedad la que debe rehabilitarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones.

Estos presupuestos se plasman nítidamente en todo el texto de la CDPD y también en la definición de personas con discapacidad⁵. En el Preámbulo se afirma *«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»* y en el artículo 1 se señala *«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»*. Ciertamente, aunque la CDPD sigue haciendo alusión al elemento individual (las deficiencias), es la interacción entre éstas y las barreras sociales la que puede dificultar su participación en la vida social.

Desde el modelo social las restricciones que las personas con discapacidad sufren en el ejercicio de sus derechos no se consideran una consecuencia natural de su deficiencia, inevitable y, por ende, tolerable sino

⁴ Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI (Madrid: Ediciones Cinca, 2008). Sobre la dialéctica modelo médico/modelo social, Len Barton, comp., *Discapacidad y sociedad* (Madrid: Morata, 1998), y Mike Oliver, *Understanding Disability, From theory to practice* (Malasia: Palgrave, 1996).

⁵ Agustina Palacios, op. cit., p. 323.

como el producto de una construcción social y de relaciones de poder que institucionalizan situaciones de discriminación. Asumiendo esta premisa la CDPD (artículo 2) define la discriminación «*por motivos de discapacidad*» como «*cualquier distinción, exclusión o restricción*» que tenga «*el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo*». Suele señalarse que la Convención protege contra la discriminación tanto a las personas con discapacidad como a las personas que, sin tener ellas mismas una discapacidad, pueden también ser discriminadas «*por motivos de discapacidad*»⁶.

El enfoque social determina también la estrategia adoptada por la CDPD en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Este instrumento no se limita a enunciar una serie de prescripciones genéricas contra la discriminación⁷, pero tampoco se dedica a crear nuevos derechos específicos basados en la especialidad del colectivo⁸. Frente a esta disyuntiva CDPD opta por extender en la práctica los derechos humanos universalmente reconocidos a las personas con discapacidad. Para ello aborda la regulación sustantiva de los derechos universales y generales que ya existen —civiles y políticos, económicos, sociales y culturales— procediendo a su adaptación a la situación específica de las personas con discapacidad. De esta forma, el principio de no discriminación «interactúa» con los derechos humanos recogidos en la CDPD asegurando su ejercicio y disfrute en igualdad de oportunidades por parte de las personas con discapacidad⁹. Ciertamente, esta estrategia da lugar al re-reconocimiento de los derechos humanos preexistentes en condiciones de igualdad, a su concreción y ampliación mediante la previsión de contenidos, medidas y garantías adicionales, a la incorporación de novedosas formulaciones y también al «florecimiento» de nuevos derechos no contemplados previamente en otros instrumentos de derechos humanos¹⁰.

⁶ Debido a la existencia de prejuicios y estereotipos una persona puede ser tratada de manera discriminatoria por la percepción errónea de que posee una discapacidad, por haber tenido una discapacidad en el pasado, por considerarse que puede tenerla en el futuro o por estar vinculada con personas con discapacidad, por ejemplo por trabajar con personas con discapacidad o tener un familiar con discapacidad, Agustina Palacios, op. cit., pp. 325 y ss.

⁷ En este sentido no se sigue el modelo de Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

⁸ Tampoco se sigue el modelo de la Convención de los Derechos del Niño.

⁹ Agustina Palacios, op. cit., p. 270.

¹⁰ Federic Megret, «The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?», *Humans Rights Quartely*, 30 (2008): pp. 494-516.

En la normalización de la sociedad y de los propios derechos resultan imprescindibles la accesibilidad universal, reconocida en la CDPD como un principio (artículo 3) y como un derecho (artículo 9¹¹), y los ajustes razonables (artículo 2¹²) cuya denegación se considera explícitamente como una forma de discriminación (artículo 5).

En tercer lugar, la CDPD rechaza cualquier tipo de paternalismo conducente a tratar a las personas con discapacidad como objetos de protección y les contempla como agentes activos que deben poder tomar parte en todas las decisiones —públicas o privadas— que les afectan. Esta consideración se plasma en la relevancia que la CDPD otorga a las ideas de participación y autonomía.

La participación de las personas con discapacidad y de las organizaciones que las representan caracterizó desde el inicio la negociación de la CDPD¹³, se impone en sus mecanismos de seguimiento¹⁴ y se incorpora en el contenido de diversos artículos¹⁵. La Convención considera que la negación o restricción arbitraria de la autonomía constituye la causa principal de la discriminación que sufren las personas con discapacidad. Desde esta idea, en su articulado la autonomía se presenta no tanto como un punto de partida de los derechos, sino como un punto de llegada. Esta visión se refleja claramente en el artículo 12 y en el artículo 19 que ocupan un lugar preeminente en la estructura de la CDPD.

¹¹ Este precepto establece que con el fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en toda una serie de ámbitos.

¹² Los ajustes razonables son, según la CDPD, «*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*».

¹³ En efecto, desde los primeros momentos de este proceso las personas con discapacidad y sus organizaciones tuvieron un papel protagonista. Agustina Palacios, op. cit., pp. 240 y ss.

¹⁴ En este sentido la CDPD artículo 4.3 establece la obligación de los Estados parte de consultar y colaborar con las personas con discapacidad y sus organizaciones en la elaboración y aplicación de la CDPD y en la adopción de cualquier decisión sobre cuestiones relacionadas con la discapacidad.

¹⁵ La participación en la sociedad se incluye en la definición de la discapacidad, se reconoce como un principio general, se concreta en sendos derechos a la participación «en la vida política y pública» y a «la vida cultural, la recreación, el ocio y al deporte» y se menciona en la formulación de otros, educación, derecho a la habilitación y la rehabilitación.

El artículo 12 CDPD reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y obliga a los Estados parte a garantizarles el acceso a los apoyos que puedan necesitar para hacer posible tal ejercicio¹⁶. La Convención supone, de nuevo en este ámbito, un trascendental cambio de perspectiva desde la limitación a la promoción de la capacidad y desde el modelo de sustitución al modelo de apoyo en la toma de decisiones. La igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica permitirá que las personas con discapacidad puedan ejercer por sí mismas los derechos de los que son titulares asumiendo el control de su propia vida.

Este empeño por hacer a las personas con discapacidad dueñas de sus propio destino inspira también el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad¹⁷ (artículo 19) que exige garantizar a las personas con discapacidad «*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*»; el «*acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta*»; y la puesta a su disposición, en igualdad de condiciones y atendiendo a sus necesidades, de «*las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general*».

Finalmente, conviene aludir a algunas cuestiones relacionadas con la garantía de la CDPD. La Convención establece, a nivel nacional, lo que se ha calificado como un triple triángulo de garantía¹⁸ que incluye la recopilación de datos y estadísticas, la cooperación internacional y la aplicación y seguimiento nacionales. En relación con el seguimiento internacional, la CDPD establece —como es común en el sistema ONU— un Comité ante el que los Estados parte tienen la obligación de presentar informes periódicos.

¹⁶ Véase, sobre el artículo 12, Francisco Bariffi, «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», en Luis Cayo Pérez Bueno, dir., y Ana Sastre, coord., op. cit. (2009), pp. 353-390, y Patricia Cuenca Gómez, «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español», *Derechos y Libertades*, 24 (2011): pp. 221- 257.

¹⁷ María del Carmen Barranco Avilés, coord., *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos* (Madrid: Dykinson, 2011).

¹⁸ Francisco Bariffi, «El triángulo de garantía en la aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», en Patricia Cuenca Gómez, ed., *Estudios sobre el impacto de la Convención* (Madrid: Dykinson, 2010), pp. 601-653.

Junto con la CDPD se aprobó un Protocolo Facultativo, al que voluntariamente pueden adherirse los Estados, que establece dos nuevos mecanismos de garantía: un procedimiento de comunicaciones o quejas individuales, que se inicia a instancia de particulares o grupos de particulares y un procedimiento de investigación de oficio que puede poner en marcha el propio Comité sobre los derechos de la persona con discapacidad cuando sospeche de la existencia de violaciones sistemáticas de las obligaciones establecidas por la Convención por parte de un Estado¹⁹.

3. El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y en la Unión Europea

La CDPD ha otorgado a las personas con discapacidad la necesaria visibilidad en el sistema universal de protección de los derechos humanos y en los sistemas de garantía regionales. Y ello no sólo porque la CDPD, al ofrecer por fin a las personas con discapacidad una herramienta jurídica de protección vinculante y específica deja claro que son sujetos de derechos humanos y que su no discriminación es una obligación impuesta por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no una cuestión que pueda dejarse a la buena voluntad de los Estados, sino, además, porque la Convención ha tenido una repercusión sumamente positiva en el uso y aplicación del resto de los instrumentos de Naciones Unidas en el ámbito de la discapacidad revelándose como el «mejor catalizador» posible para la integración de esta cuestión en todos los mecanismos de vigilancia de los tratados²⁰.

Hasta la aprobación de la CDPD únicamente existían en el contexto de Naciones Unidas instrumentos de *soft law*, sin carácter obligatorio²¹, especialmente referidos a la discapacidad. En cambio, ni la Declaración Univer-

¹⁹ Sobre estos procedimientos Ana Sastre Campo, «Mecanismos para la efectividad de la Convención de la ONU en España», en Luis Cayo Pérez Bueno, dir., y Ana Sastre, coord., op. cit. (2009), pp. 331-352, p. 346.

²⁰ Gerard Quinn y Theresia Deneger, *Derechos humanos y discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1 (Nueva York y Ginebra, 2002), p. 285, http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc.

²¹ En los años 70 cabe destacar la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1971 y la Declaración de los Derechos de los Impedidos, Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975 que responden todavía al modelo rehabilitador. Desde una visión más acorde con el modelo social cabe mencionar el «Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad», Resolución 37/52 de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1982 con el que comenzó el Decenio de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad (1983-1992) y las «Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades de las Personas

sal de Derechos Humanos, ni los Tratados que integran el núcleo duro del sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, a excepción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²², aluden expresamente a la discapacidad, tampoco en las cláusulas generales de prohibición de la discriminación.

Aunque parecía obvio que estos instrumentos protegían a las personas con discapacidad y pese a que presentaban un importante potencial y grandes posibilidades para la garantía de sus derechos, hasta la aparición de la CDPD no se habían terminado de aplicar de manera adecuada y suficiente en el ámbito de la discapacidad²³. Esta escasa incidencia estaba relacionada con la persistencia de barreras y particularmente con la falta de percepción, compartida por todos los operadores relevantes, de las limitaciones que padecen las personas con discapacidad para participar en la vida social como supuestos de discriminación y de vulneración de derechos²⁴. Los estudios desarrollados sobre la aplicación del sistema universal a las personas con discapacidad revelan que los Estados parte de los diferentes tratados no aludían a la discapacidad en sus informes, que los órganos de supervisión no realizaban recomendaciones que incorporasen referencias a la discapacidad, que las ONGS que no trabajaban específicamente en el ámbito de la discapacidad no se ocupaban de esta cuestión y que las organizaciones especializadas no tenían suficiente interacción con los mecanismos de vigilancia de los tratados²⁵. Las propias personas con discapacidad tampoco consideraban las restricciones que padecían para participar en la sociedad como violaciones de derechos, sino como un efecto «natural» de sus limitaciones personales.

Esta situación de invisibilidad se ha revertido radicalmente. La CDPD ha propiciado que la discapacidad —como cuestión de derechos humanos—

con Discapacidad» Resolución 48/96 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993 con las que se culminó dicho decenio.

²² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ONU Doc. A/6316 (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ONU Doc. A/6316 (1966); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, ONU Doc. A/39/51 (1984); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1982, ONU Doc. A/34/46 (1979); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, ONU Doc. A/6014 (1966); Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ONU Doc. A/44/49 (1989). Este último instrumento alude al «niño impedido» en su art. 23.

²³ Gerard Quinn y Theresia Deneger, op. cit. (2002), p. 23.

²⁴ Anna Lawson, «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34 (2007): pp. 563- 619, p. 571.

²⁵ Gerard Quinn y Theresia Deneger, op. cit. (2002), 286.

pase a incorporarse a las agendas de todos los organismos de Naciones Unidas implicados en la garantía y protección de los derechos²⁶ y que las organizaciones de personas con discapacidad —al menos las de ámbito internacional— estén mucho más involucradas en los mecanismos de seguimiento de todos tratados.

Desde la entrada en vigor de la CDPD los diferentes Comités incluyen asiduamente en sus observaciones finales a los informes de los Estados miembros referencias a la situación de las personas con discapacidad a quienes se menciona también en muchos comentarios generales²⁷. El Comité de Derechos Humanos adoptó en 2012 la resolución «Derechos de las personas con discapacidad: participación en la vida política y pública»²⁸ y desde 2009 ha venido desarrollando anualmente debates sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁹. La transversalización del tratamiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad se ha plasmado de forma manifiesta en las recomendaciones del segundo ciclo del Examen Periódico Universal, que comenzó en el 2012. La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos ha realizado diversos estudios temáticos³⁰, publicado un manual³¹ y una guía³² orientados respectivamente a potenciar la implementación y el monitoreo de la CDPD y ha desarrollado material de capacitación³³. Los procedimientos especiales también han ve-

²⁶ Puede consultarse la actividad general de Naciones Unidas en materia de discapacidad en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/DisabilityIndex.aspx>

²⁷ Véase, como ejemplo, la Observación número 20 sobre «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales» adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en mayo de 2009. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

²⁸ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/HRC.aspx>.

²⁹ Los últimos debates han versado sobre el derecho a la participación política y el derecho al empleo. Pueden consultarse todos los debates en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/HRC.aspx>

³⁰ Estos estudios temáticos se han centrado en el trabajo y empleo de las personas con discapacidad; su participación en la vida política y pública; la cooperación internacional como apoyo a la realización de los objetivos de la CDPD; la estructura y el papel de los mecanismos nacionales de implementación y monitoreo de la CDPD y las medidas jurídicas clave para la ratificación e implementación de la CDPD. <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/ThematicStudies.aspx>

³¹ «Manual para parlamentarios sobre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo», redactado conjuntamente con el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales y la Unión Interparlamentaria, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=42&pid=1410>

³² «Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Guidance for Human Rights Monitoring», http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf.

³³ http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/TrainingmaterialCRPDConvention_OptionalProtocol.aspx.

nido prestando en los últimos años una atención preferente a los derechos de las personas con discapacidad³⁴. Diferentes organismos han aprobado numerosos informes relativos a la aplicación del conjunto de la CDPD o de algunos de sus aspectos³⁵, la discapacidad se ha abordado en diferentes ámbitos temáticos³⁶ y ha incidido en la actividad de las agencias de Naciones Unidas³⁷ que están representadas en el Grupo de apoyo interagencial de la CDPD³⁸ y participan en el Partenariado sobre los derechos de las personas con discapacidad³⁹.

A pesar de estos avances, conviene advertir la existencia de algunas incoherencias en el tratamiento de la discapacidad por parte de los diferentes organismos, apuntar la conveniencia de aumentar la interacción de las organizaciones de personas con discapacidad de ámbito nacional con diversos instrumentos de derechos humanos y profundizar en la transversalidad y resaltar la necesidad de arbitrar más recursos destinados a la cooperación internacional para la favorecer la implementación de la CDPD en los países en desarrollo⁴⁰. En todo caso, el impacto de la CDPD en el sistema universal de protección de los derechos dependerá en un futuro próximo del posicionamiento de la discapacidad en el marco en la agenda de desarrollo de Naciones Unidas post 2015 que sustituirá a los objetivos del milenio⁴¹.

³⁴ Entre otros, el informe del Relator especial sobre la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que considera el internamiento forzoso de personas con discapacidad psicosocial como un caso de tortura y trato cruel y degradante y el informe del Relator especial sobre el derecho a la educación sobre «El derecho a la educación de las personas con discapacidad».

³⁵ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/UNStudiesAndReports.aspx>.

³⁶ Por ejemplo, por el Foro Permanente de Asuntos Indígenas, por el Alto Comisionado sobre Refugiados, en el diseño de la Estrategia internacional de reducción de riesgos por desastres. En los Boletines de la International Disability Alliance publicados mensualmente desde 2009 puede encontrarse un resumen detallado de la actividad de Naciones Unidas en materia de discapacidad <http://www.internationaldisabilityalliance.org/es>.

³⁷ Como la United Nations Children's Fund (UNICEF) o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

³⁸ La labor de este grupo consiste en contribuir a difundir la CDPD, proporcionar cooperación técnica y financiera a los Estados y a las organizaciones de personas con discapacidad y contribuir al seguimiento de las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

³⁹ <http://www.gpdd-online.org/>.

⁴⁰ Estos retos han sido señalados por Trömmel, Stefan (2013). Ponencia «La CDPD tras 5 años de su entrada en vigor», Conferencia internacional 2008-2013: *Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/conferencia_cdpd/Ponencias.

⁴¹ Para posicionar la discapacidad en esta agenda es de crucial importancia la Reunión de Alto Nivel sobre la Discapacidad y el desarrollo que del 23 de septiembre de 2013 en Nueva

En el sistema europeo —en el que, de nuevo, la realidad de las personas con discapacidad es ignorada con carácter general en los tratados de referencia⁴², también en las cláusulas de no discriminación⁴³, confinada a esferas relacionadas con el bienestar social o las políticas asistenciales, y abordada puntualmente desde parámetros médicos⁴⁴— la entrada en vigor de la CDPD también ha tenido como consecuencia positiva el aumento de la interacción de las personas con discapacidad con la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) que se ha traducido en un incremento más que significativo de los «casos de discapacidad» presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵ (TEDH). En este punto cabe mencionar la sentencia del TEDH en el caso *Glor. v. Switzerland*, de 30 de abril de 2009 en la que por primera vez se menciona la CDPD y en la que también por primera vez se considera expresamente que la cláusula abierta «cualquier otra situación» incluida en el artículo 14 de la CDPD prohíbe la discriminación por razón de discapacidad⁴⁶. Igualmente, importa resaltar la jurisprudencia reciente del TEDH en materia de capacidad jurídica⁴⁷.

York. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴² La discapacidad se aborda, de nuevo, en el contexto del sistema europeo en instrumentos de *soft law*. Un análisis de los mismos puede verse en Israel Biel Portero, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011).

⁴³ Ni el artículo 14 de la CEDH, que prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Convenio, ni el artículo 1 del Protocolo núm. 12 que extiende la protección antidiscriminatoria a cualquier derecho «reconocido por la ley», incluyen expresamente la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas.

⁴⁴ La Carta social europea, que recoge derechos económicos, sociales y culturales sí se refiere a la discapacidad pero desde una perspectiva propia del modelo médico, véase Jorge Cardona Llorens, «La protección de los derechos de los discapacitados en Europa», en Ferrando Mariño Menéndez y Carlos Fernández Liesa, *La protección de las Personas y los Grupos vulnerables en el Derecho Europeo* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2011), p. 353.

⁴⁵ Gerard Quinn y Lisa Waddington, eds., «The Council of Europe», *European Yearbook of Disability Law* (Netherlands: Intersentia 2011), pp. 243-301, p. 253. Véase también, Luke Clements y Janet Read, «The Dog that Didn't Bark: The Issue of Access to Rights under the European Convention on Human Rights by Disabled People», en Anna Lawson y Caroline Goodwing, eds., *Disability Rights in Europe, From Theory to Practice* (Oxford: Hart Publishing, 2004), pp. 23-33.

⁴⁶ Véase un resumen de este caso en «The Council of Europe», op. cit., pp. 253 y ss.

⁴⁷ Véase las sentencias *Shtukurov v. Russia* de 27 de marzo de 2008; *DD. v. Lithuania* de 4 de febrero de 2012; *Stanev v. Bulgaria* de 17 de enero 2012. Igualmente cabe mencionar la sentencia *Salontaji-Drobnjak v. Serbia* de 13 de octubre de 2009 sobre el derecho al voto. Véase, sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de capacidad jurídica, Patricia Cuenca Gómez, «Revisando el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Consejo de Europa desde la Convención de la ONU». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 20 (2012).

Ahora bien, en el sistema europeo de garantía de los derechos humanos existen algunas previsiones convencionales que se enfrentan claramente con la CDPD. La CEDH contiene una referencia aislada a la discapacidad en su artículo 5.1.e) que permite la privación de la libertad, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley, «de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un tóxicomano o de un vagabundo». El término enajenado, propio del modelo médico, debe entenderse referido a las personas con discapacidad mental. Esta disposición vulnera el artículo 5 de la CDPD que prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad, el artículo 12 relativo a la capacidad jurídica y el artículo 14 que expresamente señala que la existencia de una discapacidad no puede justificar «en ningún caso una privación de la libertad». De otro lado, el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, conocido como Convenio de Oviedo⁴⁸ establece una excepción al principio de autonomía del paciente, que exige que nadie puede ser sometido a una intervención en los ámbitos de la biología y la medicina sin su consentimiento informado, en el caso de las personas que no tienen capacidad para prestar su consentimiento «a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar» asumiendo un modelo de sustitución en la toma de las decisiones que de nuevo trasgrede la CDPD.

Estos conflictos entre los tratados del sistema europeo y la CDPD deben resolverse a favor de esta última sobre la base de tres grandes principios⁴⁹: el principio *lex posterior*, el principio *lex specialis*, al menos en relación con el CEDH, y el principio *pro homine* en tanto la Convención de la ONU se erige en el mayor estándar de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. No obstante, sería aconsejable la modificación de las disposiciones convencionales que vulneran la CDPD. Y mientras se produce esta reforma, lo que no parece probable en un plazo razonable, se debería proceder a reinterpretar estas disposiciones a la luz de la CDPD. Desafortunadamente y a pesar de la evolución que ha experimentado su jurisprudencia como consecuencia de la entrada en vigor de la CDPD el TEDH no ha cuestionado directamente en ningún caso ni el internamiento forzoso, ni los tratamientos médicos involuntarios ni tampoco la incapacitación total por razón de discapacidad.

⁴⁸ Sobre este Convenio, véase Carlos María Romeo Casabona, *El Convenio de Derechos Humanos y biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español* (Granada: Comares, 2002).

⁴⁹ Francisco Bariffi, op. cit. (2009), p. 376.

El Consejo de Europa también ha intensificado su preocupación por la discapacidad como consecuencia de la aprobación de la CDPD⁵⁰, si bien en algunas de sus resoluciones y declaraciones perviven reminiscencias del modelo médico⁵¹. De esta crítica puede salvarse la excelente labor desarrollada desde la aprobación de la CDPD por el ex Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa⁵².

En el ámbito interamericano encontramos el único instrumento convencional previo a la CDPD específicamente dedicado a las personas con discapacidad. Se ha señalado, certeramente, que la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en vigor desde 2001, se ve claramente superada por la CDPD⁵³. En este sentido, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) ha venido insistiendo en la necesidad de lograr la coordinación y complementariedad entre estos instrumentos y mostrando su preocupación por la discrepancia existente entre el art. 12 de la CDPD y el art. I.2 de la Convención Interamericana que, tras definir el término «discriminación contra las personas con discapacidad», entiende en el último inciso de su apartado b que *«en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación»*. En mayo de 2011 el CEDDIS adoptó, entre tanto se procede a la revisión de la Convención interamericana ya en marcha, una Observación General en la que pretende resolver esta discrepancia y en la que aboga rotundamente por la eliminación de la incapacitación y el reemplazo de los mecanismos de sustitución por mecanismos de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica en con-

⁵⁰ Véase el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) aprobado por el Comité de Ministros.

⁵¹ El Comité de Ministros ha aprobado, por ejemplo, la Recomendación (2009) 3 para monitorizar la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental y la Recomendación (2009) 9 sobre principios relativos a los poderes de representación y las directivas avanzadas por incapacidad. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también aprobó en 2009 la Resolución 1642 sobre «Acceso a los derechos para las personas con discapacidad y su participación plena y activa en la sociedad». Pues bien, estos instrumentos incluyen algunas consideraciones en materia de capacidad jurídica que responden al modelo médico que la CDPD pretende superar.

⁵² Thommas Hammarberg, «Contribution of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe», en Gerard Quinn y Lisa Waddington, eds., op. cit. (2011), pp. 153-159.

⁵³ Christian Courtis, «Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano», en Rafael de Lorenzo García y Luis Cayo Pérez Bueno, dirs., *Tratado sobre discapacidad* (Pamplona: Thomson, Aranzadi, 2007).

sonancia con las exigencias de la CDPD⁵⁴. Esta Observación resulta trascendental en el camino hacia la armonización de la legislación de los países latinoamericanos con la CDPD y debería servir de ejemplo para el sistema europeo de derechos humanos.

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos declaró el Decenio (2006-2016) de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad con un Programa de Acción inspirado en la CDPD⁵⁵. En cualquier caso, y como un déficit muy relevante que exigiría un estudio para la detección de posibles barreras, cabe cuestionar la todavía muy escasa presencia de la discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Con anterioridad a la aprobación de la CDPD el sistema africano de protección de los derechos humanos venía prestando una atención intermitente a la discapacidad en sus instrumentos de *hard law* y de *soft law*⁵⁶. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos, en vigor desde 1986, menciona expresamente en su artículo 18 la discapacidad cuando señala, desde un enfoque médico y asistencialista que «*los ancianos y personas con discapacidad tienen derecho a medidas especiales de protección relativas a sus necesidades físicas y morales*». La discapacidad se incluye también en el artículo 13 de la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño* (ACRWC) de 1990 denominado «Niños minusválidos»⁵⁷. En 1999 la Organización para la Unidad Africana declaró el periodo 1999-2009 como el Decenio Africano de las Personas con Discapacidad aunque el Plan de Acción diseñado no pudo implementarse adecuadamente por falta de recursos. En 2003 el artículo 23 del *Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África* alude a las mujeres con discapacidad, aunque esta referencia es omitida en otros instrumentos en los que resultaba conveniente y pertinente.

⁵⁴ Sobre esta observación Patricia Cuenca Gómez, «Hacia la armonización de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica con la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Reflexiones a la luz de la observación general del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 5, 2 (2011): pp. 1-26.

⁵⁵ <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/discapacidad.asp>

⁵⁶ Tobias Pieter van Reenen y Helene Combrinck, «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en África: Progresos después de 5 años», *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 14 (2011).

⁵⁷ Que otorga a todo niño y niña con discapacidad mental o física el derecho «a disfrutar de medidas especiales de protección para cubrir sus necesidades físicas y morales, y en condiciones que garanticen su dignidad y que fomenten su autosuficiencia y su participación activa en la comunidad».

Desde la aprobación de la CDPD la discapacidad se ha incluido, con un tratamiento más acorde con el modelo social, en la *Carta de la Juventud Africana* de 2007 y en la *Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África* de 2009 y se ha declarado el decenio 2010-2019 como la Segunda Década Africana de las Personas con Discapacidad. Igualmente se ha retomado la iniciativa, que ya se anunció en 2003, de aprobar un *Protocolo Africano sobre la Discapacidad*, cuyo primer borrador se paralizó al no haberse realizado las preceptivas consultas con las organizaciones estatales de personas con discapacidad.

Para cerrar este apartado procede aludir, también brevemente, a la incidencia de la CDPD en el ámbito de la Unión Europea (UE). La CDPD es el primer tratado internacional que contempla la posibilidad de adhesión de una organización de carácter regional y la UE la ratificó el 5 de enero de 2011. Esta ratificación inédita plantea una serie de cuestiones de gran interés acerca de la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de la UE que no me puedo detener a analizar en este trabajo⁵⁸. En todo caso, parece obvio que la adhesión de la UE determina la conversión de la CDPD en Derecho comunitario —situado por debajo del Derecho primario pero por encima del Derecho secundario— incrementa su impacto y tratamiento transversal en todos los instrumentos legislativos, exige la articulación de un mecanismo de monitoreo independiente⁵⁹ y, por ende, potencia su impacto en la normativa nacional de los países miembros. El compromiso de la UE con la CDPD se ha materializado en una renovada Estrategia de Discapacidad 2010-2020⁶⁰ y ha incidido también en la distribución de los fondos estructurales y en las relaciones internacionales.

De todo lo anterior se desprende la significativa repercusión de la CDPD en los sistemas internacionales de protección de los derechos y en la UE. Pero, a su vez, se deduce la necesidad de mejorar ciertos aspectos que pasan, en todo caso, por la plena concienciación de los operadores relevantes acerca del significado del modelo social y por la aplicación consistente en el ámbito de la discapacidad de la perspectiva de los derechos humanos.

⁵⁸ Véase Delia Ferri, «The conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: some reflections from a “constitutional” perspective», *I quiderni europei*, 4 (2010): pp. 1-19.

⁵⁹ Se ha nombrado para esta tarea al European Disability Forum.

⁶⁰ http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/disability_and_old_age/em0047_es.htm. Antes de la aprobación de la CDPD ya se había diseñado una Estrategia de Discapacidad y un Plan de Acción en Discapacidad (2004-2010) y elaborado algunas Directivas, como la Directiva 78/2000 de Igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

4. La implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las legislaciones nacionales

El artículo 4.2 de la CDPD establece la obligación de los Estados parte de «*adoptar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*». Antes de analizar, con carácter general, el estado de la implementación de la CDPD considero pertinente realizar algunas reflexiones que revelan el alcance de esta obligación.

En primer lugar, importa insistir en que la CDPD establece un trascendental cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad frente a su concepción tradicional que enriquece, además, el acervo común de los derechos humanos con nuevas perspectivas⁶¹. Nos encontramos, por tanto, con un supuesto claro en el que el canon internacional de los derechos humanos ha evolucionado más rápidamente que el canon nacional, que en el mejor de los casos se encuentra en un momento de tránsito hacia del nuevo modelo. En segundo lugar, conviene recordar que la CDPD contribuye a precisar el alcance de todos los derechos humanos en el contexto de la discapacidad abordando la regulación de ciertos aspectos especialmente problemáticos que no se habían considerado en otros tratados internacionales y cuya interpretación no se deja ya a la discrecionalidad de los Estados⁶². En muchos casos la normativa nacional en vigor sobre estos aspectos —de gran tradición— se enfrenta radicalmente con las exigencias de la CDPD. Nos hallamos, por ende, también ante un ejemplo paradigmático de influencia intensa y amplia del canon internacional de los derechos humanos en el canon nacional. Y, en tercer lugar, cabe resaltar que las disposiciones de la CDPD reconocen todo un catálogo de derechos a las personas con discapacidad que en ocasiones poseen una aptitud normativa —al formularse en disposiciones expresadas en términos lo bastante precisos y completos— que permite su aplicación de manera directa, sin perjuicio de que en algunos casos sea conveniente, además, su desarrollo y concreción en el Derecho interno. Por ello, al menos en aquellos países en los que el sistema de incorporación de los tratados internacionales lo permite, se trata de un caso en el que la incidencia de la normativa internacional en

⁶¹ Amparo San José Gil, «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 13 (2013): pp. 1-26, p. 13.

⁶² Federic Megret, *op. cit.* (2008), p. 504.

la legislación nacional puede ser inmediata a través su invocación ante el poder judicial interno.

Pues bien, hasta la fecha 130 Estados parte han ratificado la CDPD y 76 su Protocolo Facultativo. En la valoración de este dato, de entrada positivo, es importante aclarar que mientras algunos países, como España, optaron por ratificar primero la CDPD y abordar después la adaptación de su normativa otros Estados, por ejemplo, Irlanda o Japón, decidieron emprender antes la revisión de su legislación posponiendo la ratificación.

Resulta imposible, y más aún en un trabajo de estas características, dar cuenta de manera exhaustiva de todas las medidas que se han adoptado en los diferentes países para la implementación de la CDPD. Por ello me limitaré, de un lado, a mencionar algunos de los progresos normativos más relevantes y, de otro, a dar cuenta a través del análisis general y sistemático de las Observaciones finales aprobadas hasta el momento por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con los informes iniciales presentados por diferentes países en cumplimiento del artículo 35⁶³ de la CDPD de los retos todavía pendientes. Conviene destacar que en este proceso las organizaciones de personas con discapacidad han tenido un especial protagonismo.

Aunque se ha señalado la conveniencia de que la implementación de la CDPD se lleve al nivel constitucional⁶⁴, potenciando su visibilidad e incidencia normativa, pocos países —un buen ejemplo es Kenia— se han decantado hasta el momento por reformar sus normas constitucionales. Y ello a pesar de que muchas Constituciones nacionales no se refieren expresamente a la discapacidad en su articulado y las que lo hacen suelen estar inspiradas, como sucede en el caso de España, en un enfoque médico⁶⁵. En algunos Estados —entre ellos Japón, Perú, Nicaragua y otros países de Latinoamérica y Caribe o India— la adhesión a la CDPD ha propiciado la promulgación de leyes antidiscriminatorias o de leyes generales sobre los derechos de las personas con discapacidad o ha provocado la revisión —de nuevo España puede ser un ejemplo— de la normativa vigente⁶⁶. En aque-

⁶³ Según este precepto los Estados debían presentar un primer informe a los dos años de la entrada en vigor de la Convención. Hasta el momento se han aprobado, por orden cronológico, las Observaciones finales referentes a Túnez, España, Perú, Argentina, China, Hungría y Paraguay. En septiembre de 2013 se publicarán las de Austria, Australia y El Salvador. Estas observaciones pueden consultarse en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Sessions.aspx>.

⁶⁴ Don Mackay, *op. cit.* (2007).

⁶⁵ Véase el art. 49 de la Constitución española (CE).

⁶⁶ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que modifica la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

llos sistemas jurídicos en los que la legislación doméstica lo permite o favorece especialmente —otra vez cabe mencionar el caso español⁶⁷, pero también el argentino— algunas disposiciones de la CDPD han sido aplicadas directamente por el poder judicial interno. Ejemplos de buenas prácticas en la implementación de la CDPD que merecen ser mencionados son las medidas adoptadas en Australia orientadas a prestar mayor atención a la discapacidad en la cooperación internacional; la revisión de las previsiones sobre el derecho al voto (Japón, Alemania); la revisión y fortalecimiento de las estructuras de implementación y coordinación (Perú); la aprobación de nuevas leyes y servicios de asistencia personal (Serbia, Bulgaria); la adaptación de las leyes de educación para la implantación del modelo de educación inclusiva (Serbia, Ucrania, Perú) o la prohibición del internamiento forzoso (Perú)⁶⁸. En la actualidad diversos Estados —entre ellos, Argentina, Canadá, Irlanda, Hungría, los Balcanes, India y de nuevo España— están inmersos en procedimientos de reforma de su normativa interna en materia capacidad jurídica.

En todo caso, la implementación de la CDPD es un camino de largo recorrido en el que, aunque se han producido algunos avances, todavía queda mucho por andar. Así lo revelan las Observaciones finales aprobadas hasta el momento por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Del análisis de los pronunciamientos del Comité se desprende que ninguno de los países hasta el momento examinados ha terminado de adoptar en toda su amplitud la definición social de las personas con discapacidad⁶⁹ y la perspectiva de derechos humanos⁷⁰ que maneja la CDPD ni de asumir todas sus implicaciones. Y, en relación con lo anterior, la protección

⁶⁷ Como es sabido, en el caso español el artículo 96 CE permite la aplicación directa de los tratados internacionales que una vez publicados oficialmente pasan a formar parte del sistema jurídico español. En este punto cabe mencionar el art. 10.2 CE que obliga a interpretar las disposiciones constitucionales sobre los derechos fundamentales «de conformidad» con los tratados internacionales ratificados por España. Sobre la incidencia de este precepto en la aplicación de la CDPD en España en Patricia Cuenca Gómez, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU* (Madrid: Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2012).

⁶⁸ Stefan Trommel, op. cit. (2013).

⁶⁹ Así, en el caso de Paraguay el Comité lamenta el uso de terminología y definiciones peyorativas de las personas con discapacidad y en los de Túnez, Hungría y China apunta la prevalencia del modelo médico. En diversos informes el Comité muestra su preocupación por el riesgo de exclusión de las personas con discapacidad psicosocial. En el caso de Perú el Comité advierte la inexistencia de una estrategia coherente y general para aplicar el modelo social.

⁷⁰ En el caso de Argentina el Comité denuncia la ausencia de una estrategia coherente y general para aplicar el modelo de derechos humanos.

contra la discriminación por motivo de discapacidad que proporcionan las legislaciones nacionales resulta, a juicio del Comité, manifiestamente insuficiente⁷¹. En este punto, las Observaciones insisten en la obligación de considerar la denegación de los ajustes razonables como una forma de discriminación por motivos de discapacidad, consideración que no se asume expresamente en ninguno de los países examinados, a excepción de España⁷².

Por lo que respecta a la exigencia de accesibilidad el Comité considera insuficiente la legislación de Paraguay y Túnez limitada básicamente al medio físico y demasiado amplios los plazos establecidos por la legislación húngara para su cumplimiento. Asimismo, muestra su inquietud por la situación de las personas con discapacidad que viven en zonas rurales en China o por los pasajeros de aerolíneas en España. Con carácter general el Comité insiste en la necesidad de proyectar la normativa de accesibilidad en las entidades privadas y en vigilar mejor su cumplimiento en todos los ámbitos estableciendo mecanismos adecuados de supervisión, medidas para garantizar la efectividad de las sanciones y recursos financieros y humanos⁷³. La relevancia que el Comité otorga a esta materia explica que se le dedicara un día de debate general y que en la actualidad esté trabajando en una Observación general.

En los casos de España y Hungría el Comité cuestiona la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo al considerar que establece distinciones en los plazos basadas en la discapacidad.

En todos los informes —de forma más o menos rotunda según las diferentes situaciones— el Comité entiende insuficientes las consultas celebradas con las organizaciones nacionales de personas con discapacidad en los procesos de adopción de legislación y políticas en materia de discapacidad y echa en falta una mayor atención a la situación de las mujeres con discapacidad y los niñas y niños con discapacidad⁷⁴.

⁷¹ En el caso específico de España, que teóricamente adaptó en agosto de 2011 la definición legal de personas con discapacidad a la CDPD, al Comité le sigue preocupando, con razón, que no todas las personas con discapacidad gocen de la protección contra la discriminación con independencia de su nivel de discapacidad y aconseja que se amplíe esta protección para abarcar la discapacidad percibida y la asociación con una persona con discapacidad.

⁷² De acuerdo con lo señalado en la nota anterior en el contexto español el Comité teme que la protección contra la denegación de los ajustes se module en función del grado de discapacidad.

⁷³ En las Observaciones sobre España se denuncia la falta de eficacia general del sistema de infracciones y sanciones establecido en la Ley 49/2007 y de su sistema de arbitraje.

⁷⁴ En los casos de Argentina y Perú, se menciona además a la población indígena.

El Comité ha observado en relación con todos los Estados examinados que los regímenes vigentes permiten la incapacitación y la sustitución en la toma de decisiones y ha subrayado su incompatibilidad con la CDPD, aconsejando su derogación y su reemplazo por un sistema de apoyo en la toma de decisiones. El Comité ha mostrado su preocupación por la falta de adopción de medidas en este terreno. En el caso de Argentina, en el que pudo conocer el contenido de la futura reforma, se denuncia que continúa basándose en un modelo de sustitución en contradicción con la CDPD. La implementación de la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica y del sistema de apoyo se confirma, por ende, como el principal desafío que plantea la implementación de la Convención. El Comité también dedicó un día de debate general al artículo 12 y está trabajando, asimismo, en una Observación general, cuya publicación se viene retrasando.

El Comité establece en sus Observaciones finales la necesidad de revisar la legislación que en todos los países— con la excepción ahora de Perú— permiten, con más o menos garantías, el internamiento forzoso de personas con discapacidad psicosocial y su tratamiento médico involuntario. En el examen de España y China se alude específicamente a la cuestión de la esterilización. El Comité aconseja también la derogación de las restricciones existentes en todos los Estados en el ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad mental y en el caso de Paraguay de las personas sordas. En algunos informes el Comité realiza recomendaciones en relación con la aplicación de las medidas de seguridad en el ámbito penal a las personas con discapacidad⁷⁵.

Por lo que respecta al derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad el análisis de las Observaciones finales del Comité permite concluir que los Estados analizados lo incumplen con carácter general al no establecer recursos alternativos a la institucionalización en centros residenciales. El Comité insta en este punto a que se proporcione financiación adecuada para que las personas con discapacidad puedan elegir su residencia y acceder a servicios comunitarios, incluida la asistencia personal, que permitan su efectiva inclusión en la comunidad⁷⁶.

En relación con el derecho a la educación inclusiva si bien se admiten algunos avances el Comité denuncia la persistencia de la educación segregada y la ausencia de adaptaciones necesarias en la educación or-

⁷⁵ Estas recomendaciones deberían ser tenidas muy en cuenta por el legislador español cuyo anteproyecto de Código Penal incurre en algunos de los problemas señalados por el Comité.

⁷⁶ Especialmente grave le parece al Comité la situación de China y Paraguay.

dinaria⁷⁷. La falta de incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo ordinario, a pesar de algunas medidas adoptadas en este sentido por los Estados, es también la principal preocupación que el Comité muestra en todas sus Observaciones en relación con el ámbito laboral.

Cabe, por tanto, concluir que todos los países examinados inicialmente por el Comité de diferentes regiones, tradiciones y culturas jurídicas, tienen cuestiones pendientes en la adecuada implementación de casi todos los aspectos clave de la CDPD.

En estos y en otros aspectos incide de manera tremendamente negativa la crisis económica que tiene repercusiones especialmente trágicas para los colectivos expuestos a situaciones de mayor vulnerabilidad social. Tal y como se deduce claramente de la CDPD en el caso de las personas con discapacidad es todavía más evidente la interdependencia de las categorías de derechos⁷⁸ y la necesidad de que los poderes públicos adopten medidas positivas, presten apoyos y asistencia y doten de recursos para que puedan ejercer *todos* sus derechos (civiles, políticos y sociales) en igualdad de condiciones con los demás⁷⁹. Pues bien estas medidas, al menos cuando afectan a los derechos civiles y políticos y, en todo caso, cuando resultan imprescindibles para erradicar discriminaciones, son de exigencia inmediata y no de realización progresiva⁸⁰ y no son susceptibles de una política regresiva. Su cumplimiento y mantenimiento no puede excusarse en la falta de recursos disponibles. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debería vigilar especialmente que la crisis económica no suponga el desmantelamiento de la agenda de la discapacidad y frene en seco —como está sucediendo en países como España— la lenta andadura emprendida desde su aprobación hacia la inclusión social de las personas con discapacidad, provocando una marcha atrás en algunos ámbitos y poniendo en inminente peligro los precarios e insuficientes logros conquistados con tanto esfuerzo.

⁷⁷ En este caso las Observaciones de España parecen demasiado benévolas cuando existen casos en los que no se garantiza a los alumnos cuyos padres se niegan a llevarlos a centros especiales, su inclusión en la escuela ordinaria.

⁷⁸ Inciso c) del Preámbulo.

⁷⁹ Gerard Quinn y Christian Courtis, «Poverty, Invisibility and Disability: the Liberating Potential of Economic, Social and Cultural Rights», *Freedom from Poverty* (UNESCO, 2008).

⁸⁰ Se ha señalado, con razón, que la inclusión de la cláusula de «realización progresiva» de los derechos sociales resulta especialmente inadecuada en la CDPD que introduce en la formulación de muchos derechos, considerados tradicionalmente como derechos de libertad, dimensiones prestacionales y en cuyo articulado no se sostiene la división tajante entre las categorías de derechos. Véase, por ejemplo, Amparo San José Gil, op. cit., pp. 20 y ss.

5. La proyección social de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad

A mi modo de ver, el éxito del cambio de paradigma por el que aboga la CDPD en el tratamiento de la discapacidad y la superación de los déficits que se han detectado en su implantación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los sistemas jurídicos nacionales dependen de un modo básico de su proyección social. De nuevo en este ámbito se plantean algunos desafíos.

La propia CDPD detalla en su artículo 8 medidas concretas destinadas a la sensibilización social, la lucha contra los estereotipos y la promoción de la toma de conciencia acerca de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad que involucran no sólo al Estado, sino también a los medios de comunicación. Entre estas medidas considero especialmente relevante la obligación de *«fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad»* por su potencialidad para garantizar una socialización profunda, completa y coherente en el modelo de la CDPD. La Convención establece también, a lo largo de su articulado, la obligación de formar y capacitar a profesionales de diferentes ámbitos (educación, justicia, salud, rehabilitación, servicios sociales, etc.).

En relación con estas previsiones, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha denunciado en sus Observaciones finales que en ciertos países⁸¹ las campañas de sensibilización continúan basándose en el modelo médico y ha detectado en todos los casos importantes carencias en el diseño de programas de formación dirigidos a profesionales y a la sociedad en general⁸². Por otro lado, parece dudoso que en todos los contextos nacionales la discapacidad ocupe el papel que le corresponde a la luz de la CDPD en el curriculum educativo. En el caso español la desaparición de la asignatura de Educación para la ciudadanía supondrá la eliminación de un foro idóneo para la formación en la igualdad de derechos de las personas con discapacidad y en la educación superior esta materia no recibe la atención preferente que merece en ámbitos clave, por ejemplo, en los estudios de Derecho.

⁸¹ Paraguay, Perú, Túnez.

⁸² En el caso de España, por ejemplo, indica del Comité la necesidad de mejorar el conocimiento de la Convención y de su Protocolo Facultativo en todos los niveles, particularmente en la judicatura y la abogacía, los partidos políticos, los funcionarios parlamentarios y gubernamentales, la sociedad civil, los medios de información y las personas con discapacidad, así como entre el público en general.

Para cerrar estas reflexiones me referiré a tres ámbitos específicos en los que me parece particularmente importante la difusión social de la CDPD y en los que, de nuevo, los significativos avances logrados en los últimos cinco años no parecen suficientes.

En primer lugar, el de las propias personas con discapacidad, sus familias y las organizaciones que las representan. La lucha por la igualdad de las personas con discapacidad que la CDPD emprende exige que se les informe, que se les forme sobre sus derechos y que se les capacite adecuadamente para su efectivo ejercicio. Asimismo, resulta imprescindible diseñar estrategias de intervención orientadas a superar la resistencia que las familias de las personas con discapacidad y, consecuentemente, algunos sectores del movimiento asociativo, especialmente en el ámbito de la discapacidad intelectual, muestran todavía frente al modelo propugnado por la CDPD. Por otra parte, es importante superar la fragmentación que a veces se produce en la actuación de las organizaciones de personas con discapacidad en muchas ocasiones demasiado centradas —como consecuencia de una visión médica— en el tipo de discapacidad que tienen las personas a las que representan. Aunque resulta obvio que la CDPD ha fortalecido al movimiento de las personas con discapacidad, especialmente en el plano internacional, considero importante potenciar el papel de las organizaciones nacionales y promover su unidad de acción, con independencia de que puedan reclamar medidas y soluciones diversificadas en algunos ámbitos.

En segundo lugar, conviene destacar que la entrada en vigor de la CDPD ha significado el comienzo del fin de la incomunicación antes existente entre las organizaciones de personas con discapacidad y las organizaciones de derechos humanos. En este sentido, han comenzado a surgir importantes sinergias entre el movimiento asociativo de personas con discapacidad y las ONGS dedicadas a la defensa de los derechos de los niños y niñas, mujeres, personas inmigrantes etc. E igualmente las organizaciones más generalistas han empezado a incorporar en su agenda la cuestión de la discapacidad. En todo caso, de nuevo en este terreno es esencial incidir en la transversalidad y vigilar la coherencia de los enfoques adoptados con las exigencias de la CDPD.

Finalmente, se ha afirmado que la CDPD ha tenido como efecto muy positivo el creciente interés del mundo académico por la temática de los derechos de las personas con discapacidad. Ciertamente, en los últimos años han proliferado investigaciones y publicaciones académicas orientadas a determinar el impacto de las legislaciones y políticas públicas en la situación de las personas con discapacidad y a analizar su adecuación a los mandatos de la CDPD, lo que ha propiciado, además, el surgimiento de una importante alianza entre la academia y el movimiento asociativo de la discapacidad en la que se debe seguir profundizando y de la que am-

bas partes pueden sacar importantes beneficios. Con carácter general esta alianza puede incrementar la virtualidad que la CDPD viene mostrando como herramienta de incidencia política contribuyendo a justificar con mejores argumentos la necesidad de acometer reformas legislativas y a afrontarlas de forma más meditada y razonada.

En definitiva, el éxito del cambio de paradigma de la CDPD requiere la acción decidida de los organismos internacionales, la voluntad política de los gobiernos nacionales y la colaboración imprescindible de profesionales, asociaciones y organizaciones de derechos humanos, del mundo académico y de la sociedad en general en contacto estrecho y diálogo constante con sus principales protagonistas, las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan.

Derechos de autor (Copyright)

Los derechos de autor de esta publicación pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número del Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos (en adelante Anuario) es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley. Así mismo, los trabajos editados en el Anuario pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en el Anuario, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). La revista se vende impresa Bajo Demanda.