

**PACIDADERE
ECHOSDISCAPAC**

NUEVE conceptos claves
para entender la
CONVENCIÓN
sobre los **DERECHOS**
de las personas con
DISCAPACIDAD

Editoras: Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio

**SCAPACIDADERE
IDADERECHOSDISC
CIDADDERE
CAPACIDADERE
DERECHOSDISCAP
DADERECHOSDISCAP**

NUEVE conceptos claves
para entender la
CONVENCIÓN
sobre los DERECHOS
de las personas con
DISCAPACIDAD

Nueve conceptos claves para entender la Convención
sobre los derechos de las personas con discapacidad

Editado por:

Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801 – San Miguel
Lima 32

Elaboración:

Elizabeth Salmón, Agustina Palacios, Daniel Salas, Luis Miguel del Águila,
Renata Bregaglio, Rafael de Asis, Teresa Tovar, Alberto Vásquez, Luis Fernando Astorga

Diagramación: Renzo Espinel y Luis de la Lama

Impresión:

Grafica Delvi
Av. Petit Thouars 2017, Lince
Febrero 2015

El IDEHPUCP, creado en el 2004, es el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
2014
Calle Tomás Ramsey, 925, Lima 17 – Perú.
Teléfonos: (511) 6262000, anexo 7500; 2615859; 4613433
www.idehpucp.pucp.edu.pe

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de este documento por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

1era edición, enero 2015
Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-01259

ÍNDICE

1.	Introducción.....	5
	<i>Elizabeth Salmón</i>	
2.	El modelo social de la discapacidad	9
	<i>Agustina Palacios</i>	
3.	La discapacidad desde el análisis cultural	35
	<i>Daniel Salas</i>	
4.	La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector	51
	<i>Luis Miguel del Águila</i>	
5.	El principio de no discriminación por motivo de discapacidad.....	73
	<i>Renata Bregaglio</i>	
6.	Lo razonable en el concepto de ajuste razonable	99
	<i>Rafael de Asis</i>	
7.	El modelo de educación inclusiva.....	119
	<i>Teresa Tovar</i>	
8.	La vida en comunidad	147
	<i>Alberto Vásquez</i>	
9.	La consulta a las personas con discapacidad	165
	<i>Luis Fernando Astorga</i>	
10.	El rol del comité de personas con discapacidad en la tutela de la Convención.....	193
	<i>Elizabeth Salmón</i>	

INTRODUCCIÓN

La lucha por la vigencia plena de los derechos humanos no es un derrotero lineal ni continuo, sino que es un camino zigzagueante y lleno de avances, errores y enmiendas. En este sentido, si bien desde 1945, en primer lugar con la Carta de las Naciones Unidas y luego, en 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos se plasmó el ideal de la dignidad humana a nivel universal, es preciso señalar que ello no fue realidad inmediata para varios grupos en situación de vulnerabilidad. En efecto, muchos países continuaron (y en algunos casos continúan) legitimando la discriminación racial, la exclusión política de las mujeres, la prohibición del uso de lenguas indígenas o la denegación de derechos laborales a los migrantes en situación irregular. Frente a cada una de estas violaciones, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos estableció instituciones y generó instrumentos internacionales de diversa índole con el fin de defender los derechos de estos grupos excluidos. No obstante, un grupo en situación de vulnerabilidad y estigmatizado desde los albores de la Humanidad: las personas con discapacidad continuaba siendo invisibilizado.

Tal omisión empezó a ser subsanada desde los años 60. A partir de ese momento, las personas con discapacidad irrumpieron en el ámbito político, académico y jurídico en países anglosajones y nórdicos llamando la atención sobre la discriminación de la que eran víctimas. Reclamaban una participación igualitaria en la sociedad y no más benevolencia. Derechos y no favores. Tales reclamos se basaron en la adecuada constatación de que la discapacidad no surgía únicamente por la deficiencia de la persona, sino que la construcción social los había discriminado al no pensar en sus necesidades cuando definió los bienes y servicios. En tal sentido, y desde este modelo social, se entiende que la discapacidad surge cuando la deficiencia se combina con las distintas barreras jurídicas, arquitectónicas, tecnológicas y actitudinales que existen en la sociedad.

Las luchas de este colectivo pasaron de la esfera nacional a la internacional cuando la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció la necesidad de crear un instrumento jurídico específico para la protección y promoción de los derechos de las personas con

discapacidad. De esta forma, luego de un rico proceso de elaboración en el que participaron los Estados, las organizaciones de la sociedad civil y las propias organizaciones de las personas con discapacidad, se adoptó en diciembre de 2006 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención plantea un verdadero cambio de paradigma al recoger el modelo social y, si bien son varios los principios sobre los que se sustenta la Convención, la autonomía resulta ser el sustrato fundamental de todas sus disposiciones normativas. Y es que, si no se entiende que la finalidad última del ejercicio de los derechos es conseguir la plena autonomía de la persona, entonces, no se podrá crear la necesaria institucionalidad jurídica para que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad. Por tanto, todos los espacios sociales deberán ser plenamente inclusivos para que todos sus miembros puedan participar. Es así que, la educación –en todos sus niveles–, el trabajo, la formulación de políticas públicas, la deliberación política y los diferentes bienes y servicios deben plantearse para todas las personas sin generar exclusiones.

En este contexto, la labor de la universidad, como conciencia crítica de la sociedad, se vuelve más necesaria que nunca para reivindicar la personalidad plena de las personas con discapacidad frente a doctrinas que los excluyen de la participación en la sociedad o discursos que condicionan sus derechos en beneficio económico de algunos cuantos. Es así que, desde hace algunos años, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) ha incorporado el tema interperante y urgente de la discapacidad dentro de sus líneas principales de trabajo. Por ello nos complace especialmente presentar, en el marco de su décimo aniversario, esta publicación. En ella se abordan nueve conceptos novedosos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desde una perspectiva interdisciplinaria. De esta manera, el texto se inicia con la presentación del modelo social, sustrato de la Convención, a cargo de Agustina Palacios. Complementan esta mirada los textos de Luis Miguel del Águila sobre el principio de autonomía; de Daniel Salas, que presenta un análisis cultural de la discapacidad; y el artículo de Luis Fernando Astorga, que plantea el rol participativo de las organizaciones de personas con discapacidad en el marco de la Convención. Solo entendiendo los alcances del modelo social es posible lograr una real comprensión de conceptos como el de educación inclusiva, desarrollado por Teresa Tovar; vida en comunidad, analizado por Alberto Vásquez; o la no discriminación y las medidas específicas para su cumplimiento en el caso de las personas con discapacidad, abordado en el texto de Renata Bregaglio, respectivamente. Finalmente, el texto de Elizabeth Salmon aborda el funcionamiento del órgano de control de este novedoso instrumento internacional.

El IDEHPUCP expresa su profunda gratitud a la dedicada labor de todos los autores de esta publicación titulada «Diez conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», y espera que esta acerque a operadores jurídicos, formuladores de políticas públicas, médicos, educadores, investigadores, estudiantes y público en general a conocer mejor los derechos de las personas con discapacidad y así se pueda promover una vigencia real de sus derechos en el Perú.

Una INTRODUCCIÓN al MODELO SOCIAL de DISCAPACIDAD y su REFLEJO en la CONVENCIÓN INTERNACIONAL sobre los DERECHOS de las PERSONAS con DISCAPACIDAD

Agustina Palacios¹

Hoy en día, todo análisis en el marco de la discapacidad requiere partir de un marco filosófico y sociológico referencial que aborde la temática desde los valores y principios que sustentan a los derechos humanos. Rafael de Asís nos dice que «la filosofía que está detrás de buena parte de los cambios normativos acaecidos en los últimos años en materia de discapacidad, es la representada por el llamado modelo social de la discapacidad»². De Asís explica que la manera más sencilla de entender el significado de ese modelo se basa en dos conceptos fundamentales: la idea de normalización y la idea de de discriminación.³ Desde dicha premisa, y frente a los planteamientos que limitan la conceptualización de la discapacidad a una condición o rasgo derivado de la existencia de una serie de «deficiencias» personales que hay que combatir mediante políticas y actuaciones destinadas a normalizar a las personas que las «padecen», el modelo social entiende la discapacidad como una situación derivada de estructuras y condicionamientos sociales.⁴

1 Investigadora Adjunta del CONICET, Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos «Alicia Moreau», Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina).

2 DE ASIS ROIG, R. «Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito». En Papeles El Tiempo de los Derechos, n.1, (2011) ISSN: 1989-8797, pp. 1 y 2.

3 Idem, p. 2. Vid. asimismo BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCA MUGURZA C. Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

4 Ibidem

El modelo social de discapacidad, que ha sido conformado, por un lado, desde el activismo político; y, por el otro, desde el desarrollo de la sociología, ha sido profundamente reflejado en el Primer Tratado de Derechos Humanos del Siglo XXI, esto es: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, también CIDPD). En el presente trabajo, pretendo delinear una caracterización general del mencionado modelo, recorrer brevemente sus antecedentes, a la vez que apuntar los principios generales del instrumento internacional mencionado, que conforman en la actualidad principios ineludibles en materia de derecho internacional de los derechos humanos en el contexto de la discapacidad.⁵

1.- CARACTERIZACIÓN DEL MODELO SOCIAL

Para comprender el modelo social de discapacidad resulta de utilidad hacer un repaso a algunos paradigmas que le precedieron. A lo largo de la historia, es posible distinguir diversos tratamientos de consideración y tratamiento de las personas con discapacidad. En trabajos anteriores, he distinguido dichos tratamientos a través de la conformación de tres modelos: el modelo de prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social de discapacidad.⁶

1.1. El modelo de prescindencia

Desde un primer modelo se ha considerado que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso. Las personas con discapacidad han sido asumidas como innecesarias por diferentes razones: porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses o que –por lo desgraciadas– sus vidas no merecen la pena ser vividas. Como consecuencia de dichas creencias, la sociedad ha decidido *prescindir*

5 SALMÓN GÁRATE, E. «Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la protección del ser humano». En SALMÓN GÁRATE, E. (Coord.). Miradas que construyen. Perspectivas multidisciplinares sobre los derechos humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2006, pp. 146 a 164. Vid. en relación al sistema interamericano: BREGAGLIO, R. «La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-Convención». En ALFA – Red Dhes. Manual de derechos humanos de los grupos vulnerables, 2013.

6 Me basaré en los modelos identificados y desarrollados exhaustivamente en PALACIOS, A. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cinca, 2008. Vid. asimismo CUENCA, P. «Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad». En Papeles El Tiempo de los Derechos, n. 3, 2011, pp.1-16.

de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas que hoy serían consideradas eugenésicas, ya sea situándolas en el espacio destinado para los *anormales* y las clases pobres. Dentro de este modelo pueden distinguirse, a su vez, dos clases de paradigmas o submodelos que, si bien coinciden en los presupuestos respecto del origen de la discapacidad, no se ajustan en cuanto a sus consecuencias o características primordiales. Estos son:

- a. El submodelo *eugenésico*, que podría ser situado a modo ilustrativo en la antigüedad clásica. Tanto la sociedad griega como la romana, basándose en motivos religiosos y políticos, consideraban inconveniente el desarrollo y crecimiento de niños con diversidad funcional. La explicación respecto de las causas que daban origen a la discapacidad era religiosa: el nacimiento de un niño con discapacidad era el resultado de un pecado cometido por los padres en el caso de Grecia, o una advertencia de que la alianza con los dioses se encontraba rota en el caso de Roma. Ello, unido a la idea de que la vida de una persona con discapacidad no merecía la pena ser vivida, sumada a la consideración acerca de su condición de carga –para los padres o para el resto de la comunidad–, originaba que la solución adoptada por el submodelo bajo análisis fuera prescindir de estas personas, mediante el recurso hacia prácticas eugenésicas, como el infanticidio en el caso de niños y niñas con diversidad funcional.

- b. El submodelo de *marginación*. Aunque muchas de las características definitorias de este submodelo son una constante histórica, un ejemplo que puede resultar ilustrativo es el tratamiento brindado a las personas con discapacidad durante la Edad Media, en donde se encontraban insertas dentro del grupo de pobres y marginados, y signadas por un destino marcado esencialmente por la exclusión. Si bien las explicaciones religiosas medievales fueron diferentes de las alegadas por los antiguos, e incluso dentro del cristianismo se presentarían de manera fluctuante –el poder de Dios o la consecuencia del pecado original– o como obra del diablo desde la creencia supersticiosa, el hecho de considerar a la diversidad funcional como una situación inmodificable originaba que debiera ser aceptada con resignación. Los encargados de diagnosticar diferencialmente si un comportamiento extraño era un proceso natural o uno diabólico eran el médico y el sacerdote, aunque no olvidemos que – como destaca Aguado Díaz– en muchas ocasiones el peritaje médico se encontraba supeditado a la *lógica* teológica.⁷ El rasgo principal que caracteriza a este

7 AGUADO DÍAZ, A. Historia de las deficiencias. Colección Tesis y Praxis. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1995.

submodelo es la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o como advertencia de un peligro inminente. Es decir que, ya sea por menosprecio o por miedo, la exclusión parece ser la respuesta social que genera mayor tranquilidad. Así, a diferencia del submodelo eugenésico, ya no se comete infanticidio, aunque gran parte de los niños con discapacidad mueren como consecuencia de omisiones—ya sea por falta de interés y recursos, o por invocarse la fe como único medio de salvación—. Para quienes subsisten o a los mayores, la apelación a la caridad, el ejercicio de la mendicidad y ser objeto de diversión, han sido los medios de subsistencia obligados.⁸

1.2. El modelo rehabilitador

Desde la filosofía de este modelo se explican las causas que dan origen a la discapacidad en un supuesto déficit de la persona. Si bien las personas con discapacidad dejan de ser consideradas inútiles o innecesarias, como en el modelo anterior, ello será así pero siempre en la medida en que sean *rehabilitadas*. El fin primordial que se persigue desde este paradigma es *normalizar* a las personas, aunque ello implique forjar la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. El principal «problema» pasa a ser, entonces, la persona, —o mejor dicho, sus limitaciones—, a quien es imprescindible rehabilitar psíquica, física o sensorialmente. Aunque los primeros síntomas del modelo rehabilitador datan de los inicios del Mundo Moderno⁹, la consolidación del modelo mismo —sobre todo en el ámbito legislativo— puede ser situada en los inicios del Siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial.

La discapacidad es considerada exclusivamente un problema de la persona, producido por una enfermedad, accidente o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, o

8 LONGMORE, P. y UMANSKY L. (Eds.). *The New Disability History. American Perspectives*. University Press, New York, 2001; SCHEERENBERGER, R. C. *Historia del retraso mental*. Trad. de Isabel Villena Pérez. Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes. Servicio Internacional de Información sobre Subnormales, San Sebastián, 1984; y STIKER, H. J. *A History of Disability*. Trans. by William Sayers, Ann Arbor. The University of Michigan Press, United States of American, 1999.

9 La obra de Juan Luis Vives es ilustrativa de este modelo. Vid. PUIG DE LA BELLACASA, R. *La Discapacidad y la Rehabilitación en Juan Luis Vives. Homo homini par*. Madrid: Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, 1993.

una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela. La atención sanitaria se considera la materia fundamental, y en el ámbito de las políticas públicas, se centralizan los esfuerzos en la modificación y reforma de la política de atención a la salud, la institucionalización, la educación especial y el empleo protegido.¹⁰

Si bien el modelo rehabilitador, en su momento, ha significado un avance importante en el ámbito del reconocimiento de ciertos derechos de las personas con discapacidad, es criticado por diversas razones.¹¹ Fundamentalmente, en cuanto a su justificación teórica, se censura que el éxito de la integración que se persigue –si bien depende de una variedad de estrategias de asimilación– denota la existencia de una perturbada ideología a la que Sticker denomina el «ideal social de la goma de borrar» (*the social ideal of erasure*)¹². De este modo, el pasaporte de la integración pasa a ser la desaparición, o mejor dicho, el ocultamiento de la diferencia. Ello se debe a que la persona con discapacidad es considerada *desviada* de un supuesto estándar de normalidad, desconociendo que la configuración de lo estándar no es neutra, sino que se encuentra sesgada a favor de los parámetros físicos y psíquicos de quienes constituyen el estereotipo culturalmente dominante.¹³

10 Vid. Clasificación Internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud: CIF/ Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 2001.

11 Las críticas se dirigen hacia un modelo que se sustenta en una ideología, pero de ningún modo deben interpretarse orientadas al *proceso de rehabilitación* respecto de la diversidad funcional de una persona con discapacidad, herramienta totalmente necesaria y de enorme trascendencia. Vid. ABBERLEY, P. «Trabajo, Utopía y deficiencia». En BARTON, L. (Comp.). *Discapacidad y Sociedad*. Madrid: Morata S.L., 1998; BARNES, C. *Disabled People in Britain and Discrimination. A case for Anti-discrimination Legislation*. Third edition. Hurst and Company. London in association with the British Council of Organizations of Disabled People. United Kingdom, 2000; BARNES, C., «Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental». En BARTON, L. (Comp.). *Discapacidad y Sociedad*, cit.; MORRIS, J. (Ed.). *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad*. Madrid: Narcea, 1996; OLIVER, M. «Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?». En BARTON L. (Comp.). *Discapacidad y Sociedad*, cit.; SILVERS, A., WASSERMAN, D. y MAHOWALD M.B. *Disability, Difference, Discrimination. Perspective on Justice in Bioethics and Public Policy*. Rowman & Littlefield Publishers, Inc., United States of America, 1998.

12 Vid. STIKER, H.J.A. *History of Disability*, cit., p. 12.

13 COURTIS, C., «Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003». En *Jueces para la Democracia*, n. 51, 2004, p. 7.

Siguiendo a Iris Marion Young, se hace necesario destacar que el significado que suele atribuírsele a lo «estándar» o a lo «imparcial» se encuentra al servicio de al menos dos funciones ideológicas. En primer lugar, la apelación a la imparcialidad alimenta el imperialismo cultural al permitir que la experiencia y la perspectiva particular de grupos privilegiados se presente como universal. En segundo lugar, la convicción de que los burócratas y expertos pueden ejercer su poder en la toma de decisiones de manera imparcial legitima la jerarquía autoritaria.¹⁴ Precisamente es esto último, es decir, la incidencia de factores sociales en la creación del fenómeno mismo, lo que se tiene presente desde otro modelo de acercamiento al fenómeno de la discapacidad, que paso a describir.

1.3. El modelo social

Desde la filosofía del modelo social se cambia el eje de caracterización del «fenómeno» de la discapacidad. El problema de la discapacidad deja de explicarse a partir de la «deficiencia» de la persona, para pasar a hacerlo a partir de las «deficiencias» de la sociedad, que se traducen en barreras discapacitantes.¹⁵ Así, se considera que las causas que dan origen a la discapacidad son preponderantemente sociales, y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas sin discapacidad, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas que, en ciertos aspectos o respecto de determinadas condiciones, son diferentes a la media.¹⁶ Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social y asentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, participación, entre otros. El modelo parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y

14 Vid. YOUNG I. M. La justicia y la política de la diferencia. Trad. de Silvina Álvarez. Universidad de Valencia, Madrid: Cátedra, 2000, p. 24.

15 Vid. BROGNA, P. (Comp.). Visiones y revisiones de la discapacidad. Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

16 Vid. CUENCA GOMEZ, P. «Discapacidad, normalidad y derechos humanos». En Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos, cit., pp. 71-99.

para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades.¹⁷

Esencialmente, el modelo social se ha originado, desarrollado y articulado a partir del rechazo a los fundamentos expuestos desde el modelo que le precede. Uno de los presupuestos fundamentales del modelo social radica en que las causas que originan la discapacidad no son individuales, como se afirma desde el modelo rehabilitador, sino que son preponderantemente sociales. No son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.¹⁸

El modelo social requiere de otra mirada en el diseño e implementación de políticas en la materia.¹⁹

Por ende, si se considera que las causas que originan la discapacidad son sociales, las soluciones no deben apuntarse individualmente a la persona, sino más bien deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad. De este modo, el modelo anterior se centra en la rehabilitación o normalización de las personas con discapacidad, mientras que el modelo bajo análisis aboga por la rehabilitación o normalización de una sociedad pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades universales.

El modelo social de discapacidad presenta muchas coincidencias con los valores que sustentan a los derechos humanos, esto es: la dignidad; la libertad entendida como autonomía, en el sentido de desarrollo del sujeto moral, que exige entre otras cosas que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten; la igualdad inherente de todo ser humano –inclusiva de la diferencia–, la cual exige, asimismo, la satisfacción de ciertas necesidades básicas y la solidaridad.²⁰

17 PALACIOS, A. El modelo social de discapacidad, cit., pp. 27 y ss.

18 Es posible situar el nacimiento del modelo social a fines de la década de los años sesenta o principios de la del setenta del siglo XX, en Estados Unidos e Inglaterra.

19 BREGAGLIO, R. y VÁSQUEZ A. Materiales del curso «Actualización para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad», IDEHPUCP y Sodis, Lima, 2012.

20 DE ASÍS ROIG, R., «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder». En CAMPOY, I. (Ed.). Los derechos de las personas con discapacidad, perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas. Madrid: Dykinson, 2004 p. 62.

Gracias a lo anteriormente expuesto, en las últimas décadas se vienen gestando diferentes modos de ofrecer respuestas a las necesidades de las personas con discapacidad, que se basan en los valores intrínsecos que fundamentan a los derechos humanos. Ello ha generado una mirada diferente hacia la persona con discapacidad, centrada en primer término en su condición de ser humano en igualdad de derechos y dignidad que los demás, y en segundo lugar, en una condición (la diversidad funcional) que le acompaña y que requiere en determinadas circunstancias de medidas específicas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas. Para ello, desde el Derecho se utilizan una serie de técnicas promocionales, como podrían ser las medidas de acción positiva, así como también la plasmación de ciertos principios que tienen una repercusión importante sobre las políticas en la materia: no discriminación, ejercicio de la autonomía, vida independiente, accesibilidad universal, diálogo civil, diseño universal, transversalidad de políticas en materia de discapacidad y educación inclusiva, entre otros. Dichos principios, en realidad, persiguen un mismo objetivo: que las personas con discapacidad puedan tener iguales oportunidades que el resto de personas en el diseño y desarrollo de sus propios planes de vida.²¹

2.- EL MODELO SOCIAL EN LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido el Primer Tratado Internacional de Derechos Humanos del Siglo XXI. Cuenta con un preámbulo y cincuenta artículos.²² En el artículo 1 se define su propósito, así como también quiénes son consideradas personas con discapacidad. Ambas cuestiones han sido debatidas largamente durante el proceso de elaboración de la Convención, siendo la última –la definición de persona con discapacidad– uno de los puntos más difíciles para llegar a un consenso por parte de las Delegaciones.

21 En este sentido, Vid. DE LORENZO GARCÍA, R. El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y Discapacidad. Fundación ONCE, Madrid: Ediciones del Umbral, 2003.

22 Para un análisis más detallado, Vid. PALACIOS, A. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cinca, 2008.

El segundo artículo asume las definiciones de ciertos términos como comunicación, lenguaje, discriminación por motivo de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal. Durante el proceso de elaboración, se discutió largamente si debía adoptarse un artículo sobre definiciones y, en el caso de que así fuera, cuáles serían los términos por definir. Finalmente, se llegó a la conclusión de la necesidad de abordar determinadas cuestiones conceptuales a fin de evitar problemas de interpretación de ciertos conceptos claves en el ámbito de la discapacidad. El artículo 3, que se analizará más adelante, establece los principios generales que sirven de guía a los efectos de su interpretación y aplicación. El artículo 4 asume ciertas obligaciones específicas, más allá de las que derivan directamente del reconocimiento de derechos, a las cuales se comprometen los Estados Partes. Los artículos 6 y 7 asumen la situación de las mujeres con discapacidad y los niños y niñas con discapacidad, respectivamente. Ambas cuestiones suscitaban grandes debates respecto de la mejor manera de abordar una protección específica de los grupos en cuestión durante el proceso de elaboración. La fórmula adoptada presenta un doble enfoque en lo relativo a la situación de las mujeres con discapacidad y los niños y niñas con discapacidad. Por un lado, un artículo específico sobre la materia y, por otro, la transversalidad de la perspectiva de género o de la situación de niños y niñas a lo largo de todo el instrumento. El artículo 8 establece una serie de medidas a adoptar por los Estados, a los fines de sensibilizar y educar a la población respecto de los derechos de las personas con discapacidad, su dignidad y los prejuicios y barreras sociales que comúnmente enfrentan. El artículo 5 aborda una cuestión que tiene una aplicación transversal, como la de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. Los artículos 9 al 30 abordan, desde dicha perspectiva, una serie de derechos. El más debatido y que más problemas de aplicación está generando es el derecho a la igualdad en materia de capacidad jurídica, plasmado en el artículo 12.²³ El artículo 31 establece la obligación de que los Estados Partes recopilen datos estadísticos

23 Sobre este tema, Vid. PALACIOS, A. y BARIFFI F. (Coord.). Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires: Ediar, 2012; CUENCA GÓMEZ, P. Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU. Universidad de Alcalá, Madrid, 2012; BARIFFI, F. «El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos». Tesis doctoral. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2014; VILLAREAL LOPEZ, C. «El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyo en el Perú». Tesis de Maestría en Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, marzo de 2014.

y de investigación, requisito esencial para poder diseñar políticas efectivas. El artículo 32 reconoce la importancia de la cooperación internacional a los efectos de promover el cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas en la Convención. Los artículos 33 al 40 asumen las cuestiones relativas a la aplicación y supervisión de la Convención, tanto a nivel de los propios Estados Partes, como a nivel internacional. Finalmente, los artículos 41 al 50 son disposiciones finales, entre las que se abordan cuestiones tales como firma, ratificación, reservas, etc.

2.1. El modelo social y su reflejo en el objeto de la Convención

El modelo social pone el énfasis en la discriminación estructural que sufren las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida. La Convención no pretende crear nuevos derechos, sino «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»²⁴.

De este modo, desde el principio de dignidad inherente y el de no discriminación, uno de sus objetivos fundamentales ha sido *adaptar* las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes al contexto específico de la discapacidad. Este tema, sin embargo, fue objeto de debates durante el proceso de elaboración del Tratado. Algunas Delegaciones entendían que el fin de este instrumento no era reconocer los derechos humanos de las personas con discapacidad, dado que ello ya se encontraba previamente reconocido en los Tratados de derechos humanos anteriores, por lo que la Convención se debía limitar a contener cláusulas generales de no discriminación.²⁵ Desde otras posiciones, se explicaba que la mera cláusula de no discriminación era insuficiente y se abogaba respecto de la necesidad de una Convención que contuviera derechos sustantivos.²⁶ Una tercera opinión consideraba necesario un enfoque mixto,

24 Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

25 Esta fue la posición, entre otros actores, de la Unión Europea, que dejó claro desde el inicio de los debates que: «En esta etapa temprana del proceso, y sin perjuicio del debate sobre los principios generales que pueda realizar el Comité Especial, la preferencia inicial de la Unión Europea en cuanto a la forma y el contenido de un instrumento jurídico sería la de un instrumento que contuviera principios generales, que incluyeran principalmente la igualdad y la no discriminación con respecto a los derechos humanos en el contexto de la incapacidad». Cfr. A/AC.265/WP.2. Documento de posición presentado por la Unión Europea. Comité Especial encargado de preparar una convención amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, Nueva York, 29 de julio al 9 de agosto de 2002.

26 Esta fue la posición, entre otros actores, de gran parte del movimiento asociativo de personas con discapacidad desde los inicios.

que contuviera ambas estrategias.²⁷ Finalmente, la fórmula adoptada en la Convención aborda la protección contra la discriminación, pero asimismo, provee herramientas a fin de que el goce y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad no se quede solo sobre el papel, sino que resulte aplicable en cada uno de los derechos o ámbitos de actuación.

El objeto de la Convención, por tanto, es asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad. Con dicho fin, se identificó cuales son las necesidades extra que deben garantizarse para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad (dado que en términos de Bobbio, las personas con discapacidad no han sido incluidas en el proceso de generalización de los derechos).²⁸

En consecuencia, llegado el momento de programar políticas públicas en la materia, siguiendo la estructura de la Convención, deberían identificarse, en relación con cada ámbito de que se trate, cuáles son las necesidades extra que deberían garantizarse para lograr adaptar el ejercicio de los derechos al contexto específico de la discapacidad. Ello dado que, si bien la no discriminación es un principio vital de la Convención, no debe olvidarse que dicho principio interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que el instrumento regula.²⁹ Esto parece lógico toda vez que, como afirma Gerard Quinn, no es posible centrarse en la no discriminación sin abordar la sustancia de los derechos en los cuales el principio de no discriminación deberá aplicarse.³⁰

27 Esta fue la posición defendida, entre otras Delegaciones, por Nueva Zelanda. Cfr. Agenda Item 7, Contributions to proposals for a comprehensive and integral international convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities (Second Session), New York, 16 al 27 de junio de 2003.

28 BOBBIO, N. Igualdad y Libertad. Barcelona: Paidós, 1993; DE ASIS, R. Sobre discapacidad y derechos. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 66-70.

29 QUINN, G. «The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty. A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform». Conferencia pronunciada en Dublín el 16 de noviembre de 2006. National Disability Authority. Annual Research Conference.

30 Ibidem

2.2. El reflejo del modelo social en la definición de personas con discapacidad y el marco protectorio de la Convención

Al momento de establecer su objeto, el artículo 1 de la Convención ha brindado una definición de mínimos respecto del término «persona con discapacidad». No obstante, para una interpretación sistemática del texto bajo análisis, no solo debe leerse el artículo 1, sino también su preámbulo, además de tener muy presente la definición de discriminación por motivo de discapacidad que da el artículo 2.

El modelo social puede identificarse ya desde el preámbulo, cuando la Convención reconoce que

la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la *interacción* entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás³¹.

Asimismo, la conceptualización del modelo social se refleja en el artículo 1, que establece que

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 demás³².

Se desprende, por un lado, la indubitada asunción del modelo social de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno. El texto bajo análisis enfatiza dos cuestiones esenciales, a saber: la primera, que la discapacidad es un concepto en evolución (podría agregarse aquí que es también un concepto cultural, que varía en diferentes culturas y sociedades). Y la segunda, que la discapacidad es el resultado entre limitaciones individuales de las personas (deficiencias) y barreras *actitudinales* y del entorno. Se resalta además que estas barreras limitan e incluso impiden la participación de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto de personas.

31 Preámbulo, literal e).

32 Artículo 1, párrafo 2.

Por otro lado, la definición que la Convención asume no es cerrada, sino que *incluye* a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados, sino que fija un límite. Es decir, a los fines de la protección de este instrumento, 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. Ello no significa que en el caso de que un Estado, dentro de su legislación interna, adopte una definición más amplia de discapacidad que cubra otras situaciones, ello impida la aplicación de la Convención, sino todo lo contrario. Se entiende que este artículo debe interpretarse como un piso, a partir del cual cualquier otra interpretación que beneficie o amplíe su marco protector debe ser aplicada.

Por tanto, las políticas públicas a implementarse deberían ser diseñadas para las personas que encuadren bajo la definición de discapacidad según la legislación interna. Pero el tema parece no terminar aquí. Ello en razón de que la Convención bajo análisis adopta un concepto amplio de «discriminación por motivo de discapacidad», que parece tener consecuencias en lo que se refiere a las políticas antidiscriminatorias que vayan a diseñarse o implementarse en cualquier ámbito. Veamos por qué.

Cuando se define el concepto de «discriminación por motivos de discapacidad», la Convención entiende:

qualquier 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 condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables³³.

Los ajustes razonables son, según la Convención,

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

33 Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales³⁴.

Este artículo 2 comentado debe ser analizado junto al artículo 5, sobre Igualdad y No Discriminación, que establece que:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Tanto el artículo 2, al definir la discriminación por motivos de discapacidad, como el artículo 5, al establecer medidas contra la discriminación por motivos de discapacidad, coinciden en un punto esencial que merece ser destacado. Lo que se prohíbe es la «discriminación» «por motivos de» discapacidad. Por ende, siguiendo a Gerard Quinn³⁵, podría sostenerse que dicha fórmula pone la atención sobre el fenómeno de la discriminación, más allá de las peculiaridades de la persona.

Lo anterior implica reconocer que las personas pueden ser discriminadas «por motivo de» o «sobre la base de» discapacidad no teniendo ellas una discapacidad, pero siendo tratadas de manera discriminatoria por considerarse que tienen una discapacidad. Como destaca Quinn, aquellas personas que pueden ser susceptibles de tener una discapaci-

34 Idem

35 QUINN, G. Disability Discrimination Law in the European Union, op. cit.

dad, también son susceptibles de ser tratadas de manera discriminatoria «por motivo de» o «sobre la base de» discapacidad, aunque no la tengan actualmente. En este caso, nuevamente, si se mantiene la atención en el fenómeno de discriminación, entonces tiene sentido afirmar que esta categoría también entraría dentro del marco protector del derecho antidiscriminatorio esbozado por la Convención. Asimismo, puede haber otras personas que no tengan una discapacidad, pero que trabajen o se encuentren asociadas con personas que la tengan. Ello incluiría, por ejemplo, a una madre o padre de un niño o niña con discapacidad que estuviera buscando reubicarse en el mercado laboral, o afiliarse a un sistema pago de salud dentro de un plan familiar.³⁶ Dichas personas corren el riesgo de ser tratadas de manera discriminatoria «sobre la base de» o «por motivo de» discapacidad, aunque ellas no tengan una discapacidad.

2.3. El reflejo del modelo social en los principios generales de la Convención

Los principios que la Convención recoge plasman la filosofía del modelo social de discapacidad y resultan de suma importancia, tanto en el momento de elaborar políticas en la materia y de interpretar o de aplicar sus cláusulas, como de indagar en los derechos que el instrumento protege y en las obligaciones que establece.

Los principios de la Convención son, según el artículo 3:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

36 Vid., en el caso de Perú, Resolución Final N° 3329-2011/CPC de la Comisión de Protección al Consumidor, Expte. N° 272-2011/CPC, 13, 12, 2011, a través de la cual se establece la existencia de discriminación por parte de una Compañía de Seguros de Salud por no querer afiliarse a una persona con discapacidad.

Por razones de espacio, solo mencionaré algunas ideas respecto de la implementación de políticas públicas derivadas de los principios establecidos por la Convención.³⁷

El literal a) se refiere a tres principios o valores que se encuentran íntimamente relacionados: **dignidad, autonomía e independencia**, y que podrían resumirse en el primero, esto es, la idea de dignidad humana.

La noción de *dignidad humana* es la piedra fundamental sobre la que se asientan los derechos humanos. Piedra y columna vertebral dentro del subsistema de derechos humanos, la dignidad humana refuerza la idea de que las personas con discapacidad tienen un papel en la sociedad que hay que atender con absoluta independencia de cualquier consideración de utilidad social o económica. Ello se hace necesario porque, si partimos del valor de la autonomía, la simple idea de que cada persona se autogobierna y dirige sus metas, podemos advertir que todavía se niega a las personas con discapacidad el derecho a tomar sus propias decisiones sobre su propio destino. Y desde el modelo social se destaca que la respuesta correcta para aquellas personas que tienen restringida su autonomía funcional –o para quienes son percibidos con dicha restricción– sea la *asistencia* para poder llevar una vida independiente, y no la *sustitución* de su autonomía.³⁸

Este principio, que integra los de dignidad, autonomía e independencia, constituye el eje a partir del cual la Convención debe ser interpretada y aplicada. El principio se plasma en cada uno de los derechos que la Convención recoge, pero puede verse especialmente reflejado en el artículo 19, que regula el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad.

El artículo antes mencionado establece que los Estados Partes:

reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

37 Un análisis en mayor profundidad puede encontrarse en PALACIOS, A. y BARIFFI F. 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.

38 Este es el paradigma que la Convención claramente recoge en el artículo 12 que regula la materia capacidad jurídica.

- a) Las personas con discapacidad 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;
- b) Las personas con discapacidad tengan 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 esta;
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

El artículo citado prevé, entre otras cuestiones, un principio que se encuentra muy relacionado con la idea de dignidad humana y autonomía, y que se plasma en el derecho de las personas con discapacidad a vivir dónde y con quién deseen, y con acceso a servicios que faciliten su inclusión en la comunidad, incluida la asistencia personal.³⁹ Mediante el establecimiento de este principio, se ha dado respuesta a uno de los principales reclamos de las personas con discapacidad, que consiste en la posibilidad de formar parte de la toma de decisiones relativas a sus propias vidas. Ello exige que personas con discapacidad dejen de ser vistas como meros pacientes, o de estar sometidas a políticas paternalistas en las que se les intenta suplir y apartar de la toma de decisiones en aquellas cuestiones que les incumben. El reclamo de las personas con discapacidad es participar y ser artífices en lo que respecta a las decisiones que les atañen. El lema «Nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad», que surgió con el modelo de vida independiente, resume de manera efectiva esta postura.⁴⁰

Los literales b), c), d) y e) engloban cuatro principios, a saber: **la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la con-**

39 Vid. MARAÑA, J.J. y LOBATO M. «El movimiento de vida independiente en España». En VIDAL GARCIA ALONSO, J. (Coord.). El movimiento de vida independiente. Fundación Luis Vives, Madrid, 2003, pp. 259-280. Vid. DE ASIS ROIG, R. y PALACIOS A. Derechos Humanos y Situaciones de Dependencia. Madrid: Dykinson, 2007.

40 Vid. CHARLTON, J. I. Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment. University of California Press, Berkeley, 1998.

dicción humanas; y la igualdad de oportunidades. Estos cuatro principios son diferentes facetas, que pueden resumirse en una sola idea: la de igualdad.

El principio/derecho a la igualdad implica asumir que todas las personas poseen, no solo un valor intrínseco inestimable, sino también que son intrínsecamente iguales en su esencia, más allá de cualquier diversidad física, mental, intelectual o sensorial. Una sociedad que respeta auténticamente el principio de igualdad es aquella que adopta un criterio inclusivo respecto de las diferencias humanas y las tiene en cuenta en forma positiva.

Aquí entran en juego varios puntos ciertamente complejos, pero que podrían sintetizarse afirmando que las personas con discapacidad se encuentran socialmente excluidas. Esto significa, entre otras cuestiones, que se encuentran imposibilitadas de participar en una gran cantidad de actividades que sustentan una vida en sociedad, y que las eliminan de la corriente habitual de la vida cotidiana. Ello se debe a que todos los puntos de acceso a las estructuras de la vida diaria: educación, trabajo, familia, interacción social, etc., se establecen en gran medida en relación con la norma dominante, en este caso, el de las personas *sin* discapacidad. De este modo, como normalmente no se prevén adaptaciones para las *desviaciones* o las *diferencias* respecto de la norma elegida, la diferencia sirve como base para una sutil (y a veces no tan sutil) discriminación.⁴¹ Y, si bien existen diversas maneras de considerar el derecho a la igualdad y de luchar contra la discriminación, en el contexto de la Convención se ha llegado a un cierto consenso en cuanto a la elección de este derecho en su versión de igualdad de oportunidades.⁴²

La Convención asume, a través de sus principios, y en la regulación de los derechos que ampara, una concepción amplia de la igualdad, que no se queda en un simple trato no discriminatorio (igualdad formal), sino que asume la igualdad de oportunidades –que requiere en ciertos casos de medidas activas (igualdad material)–, la que debe pasar necesariamente por el respeto a la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas. Ello implica necesariamente

41 DEGENER, T. & QUINN G. «A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform», presentado en From Principles to Practice, an International Disability Law and Policy Symposium, 22 al 25 de octubre de 2000, organizado por DREDF, pp. 5 y ss.

42 Vid. en este sentido, CAMPOY CERVERA, I. «Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad». En I Jornadas Discapacidad y Desarrollo, COCEMFE, Madrid, 2005, –versión electrónica en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n. 8, 2004-2005–.

la adopción de políticas de reconocimiento⁴³, que tiendan a alcanzar una participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

Finalmente, es necesario tener presente que los principios aludidos se plasman en el artículo 5, sobre igualdad y no discriminación, y de manera transversal a lo largo de la Convención, al momento de garantizar cada derecho sustantivo que la misma protege.⁴⁴

Otro principio derivado del modelo social, y que se encuentra íntimamente relacionado con el de igualdad, es el principio de **accesibilidad universal**. Las barreras que enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos son la consecuencia del diseño de una sociedad pensada solo para una persona estándar (cuyo modelo, entre otras condiciones, suele ser caracterizado a partir de un hombre sin discapacidad). Para eliminar estas barreras, la CIDPD brinda algunas estrategias que requieren de una mirada amplia e inclusiva de la diversidad humana.

La principal estrategia es la accesibilidad universal, que es la condición que garantiza que todas las personas puedan, accedan, participen. Es una condición que se encuentra implícita para el ejercicio de los derechos, que forma parte del contenido esencial de cada uno de los derechos.

Para alcanzar esta condición de accesibilidad se cuenta con dos estrategias complementarias: el diseño universal (para todos y todas) y los ajustes razonables.

El diseño universal consiste en concebir o proyectar, desde el origen, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas. Mediante la técnica del diseño universal se aspira a la realización de la accesibilidad universal. Es un medio, un instrumento, una actividad, dirigida al alcance de dicho fin.⁴⁵

Los ajustes razonables son aquellas medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas que, por diferentes causas, se encuentran en

43 Sobre ese tema, Vid. YOUNG I. M. La justicia y la política de la diferencia. Trad. de Silvina Álvarez. Universidad de Valencia, Madrid: Cátedra, 2000.

44 ROSALES, P.O. «Una mirada desde lo legal acerca de la discriminación por discapacidad, los estereotipos y la necesidad de toma de conciencia. Su tratamiento en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». En Discapacidad, Justicia y Estado. Discriminación, estereotipos y toma de conciencia, Revista INFOJUS, Vol. 2, mayo de 2013, pp. 3-65.

45 Cfr. Art. 2 de la CIDPD.

una situación especial, que no ha podido ser prevista a través del diseño universal. Estas medidas tienden a facilitar la participación en igualdad de condiciones.⁴⁶ El concepto de ajustes razonables no debe restringirse al ámbito de la discapacidad, ya que cualquier persona puede (y es) sujeto de un ajuste razonable.

Teniendo en cuenta lo anterior, podríamos decir que la accesibilidad sería la situación a la que se aspira; el diseño universal, una estrategia a nivel general y previa para alcanzarla; y los ajustes razonables, una estrategia a nivel particular, cuando la prevención del diseño universal no llega a asegurar la accesibilidad.

En trabajos anteriores, he expresado que estos conceptos se encuentran suficientemente desarrollados en el ámbito de la accesibilidad arquitectónica y comunicacional y, en menor medida, en el de la accesibilidad actitudinal, en donde se hace necesario sumar una estrategia en el momento de aspirar a la accesibilidad universal: los sistemas de apoyo.⁴⁷

El modelo de apoyos estipulado en la CIDPD parte de la premisa de que la persona no necesita una medida de protección que le prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que lo que se requiere es de medidas de promoción destinadas a proporcionar la asistencia necesaria para potenciar el ejercicio de dicha capacidad jurídica. Ello supone crear y/o adaptar herramientas que garanticen la accesibilidad al ejercicio de la capacidad jurídica; es decir, a la toma de decisiones en nombre propio, con los apoyos necesarios en virtud de sus necesidades específicas (esto es, «un traje a medida»)⁴⁸.

46 Idem

47 PALACIOS, A. «Igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso efectivo a la justicia». En La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad, cit. Vid., asimismo, CISTERNAS, M. S. «Las obligaciones internacionales para los Estados Partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculos con el artículo 13 e impacto en el Derecho interno». En PALACIOS, A. y BARIFFI F. (Coord.). Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Ediar, 2012; ROSALES, P. (Comp.). «Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de Personas con Discapacidad». Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012; CUENCA GOMEZ, P. (Ed.). Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. Madrid: Dykinson, 2010.

48 Se hace necesario, asimismo, diferenciar entre diversos tipos de «apoyo». Esta diferenciación debe establecerse, en primer lugar, en relación con el tipo de acto; y, en segundo lugar, con el tipo de figura de apoyo adecuado. En cuanto a lo primero, es preciso diferenciar entre actos trascendentales para la vida (matrimonio, ejercicio de la maternidad, operaciones quirúrgicas, venta o compra de una casa, donación) y actos ordinarios de la vida común (compras cotidianas, ir de viaje, suscribirse a un club deportivo). En cuanto a lo segundo, es preciso poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que se adapten a su situación particular. Un estudio en profundidad sobre el tema puede verse en PALACIOS, A. y BARIFFI F. (Coord.). Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, cit.

La Convención recepta la accesibilidad en varias de sus normas, entre otras, como principio en el literal f) del artículo 3, y como derecho en el artículo 9. Merece destacarse la importancia de que la accesibilidad universal haya sido prevista, no solo como derecho sino también como principio de la Convención, ya que este principio/derecho resulta ser una condición ineludible para el ejercicio de los derechos –en igualdad de oportunidades– por todas las personas, y para, en último término, lograr la igual dignidad humana del libre desarrollo de la personalidad. Por otro lado, y en ello hace falta insistir, si desde la Convención se asume que la discapacidad es un fenómeno complejo, que está integrado por factores sociales que se traducen en barreras, la accesibilidad universal pasa a ser, desde la otra cara de la moneda, uno de los modos más idóneos para la prevención de la discapacidad. De esta manera, podría decirse que la prevención de la discapacidad está integrada tanto por las medidas que prevengan, por ejemplo, accidentes de tráfico, como aquellas que prevengan la construcción de entornos inaccesibles. Evidentemente, por la materia que regula y por el marco que esta Convención ampara, la prevención que nos interesa se corresponde con el segundo tipo de medidas.

Además, la Convención deja en claro que la falta de accesibilidad universal se traduce en una discriminación. El artículo 2 se establece expresamente con relación a la falta de ajustes razonables, al definir la discriminación por motivo de discapacidad, pero resulta evidente que la falta de accesibilidad cabría perfectamente dentro del concepto: «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» que el mismo artículo establece.⁴⁹

Otro principio que prevé el artículo 3 es el de la **igualdad entre el hombre y la mujer**.⁵⁰ En este tema, la Convención adopta un doble enfoque. Por un lado, un artículo específico sobre la materia y, por el otro, la transversalidad de la perspectiva de género a lo largo del instrumento. Durante el proceso de elaboración del documento, resultó difícil decidir si era conveniente adoptar solo un artículo sobre mujer con discapacidad, o una perspectiva de transversalidad a lo largo de toda la Convención, o ambos. Finalmente se decidió el doble enfoque, que implica, por un lado, un artículo específico (para dar

49 Sobre este tema, Vid. ASIS ROIG, R., et al. Sobre la accesibilidad universal en el Derecho. Madrid: Dykinson, 2007.

50 Vid. PELAEZ NARAVAEZ, A. y VILLARINO P. Manual «La transversalidad del género en las políticas públicas de discapacidad». Madrid: Cinca, 2012.

visibilidad) y, por el otro, la transversalidad de las cuestiones de género a lo largo de la Convención, aunque podría decirse que la transversalidad alcanzó a algunos artículos y no a otros.⁵¹

De este modo, el artículo específico establece:

Artículo 6. Mujeres con Discapacidad.

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y las niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y que, a ese respecto, deben adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

En esta norma específica se reconoce, entre otras cuestiones, la discriminación interseccional que sufren las mujeres con discapacidad y la obligación de adoptar medidas a fin de garantizar el disfrute pleno y en igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales.⁵² Asimismo, más allá de este artículo específico, la Convención adopta una perspectiva de transversalidad al momento de garantizar ciertos derechos, que se

51 La ventaja sobre un artículo específico era llamar la atención a los Estados sobre las principales cuestiones de género implicadas y la necesidad de medidas específicas diseñadas a dicho fin. Pero el peligro –que alegaban algunas Delegaciones– era que sucediera lo mismo que con la Convención de Derechos del Niño, que luego era interpretado por los Estados como si los niños con discapacidad solo cayeran bajo la protección del artículo 23, y no bajo el resto del articulado. El trabajo posterior a la Convención de Derechos del Niño demostró que los Estados solo informaban sobre los niños con discapacidad a través del artículo 23, lo restringían a esa sola norma, y no realizaban un informe sobre la situación de los derechos del niño a través de toda la Convención (de manera transversal).

52 En el caso de mujeres con discapacidad, los derechos corren el riesgo de ser objeto de restricciones, limitaciones y/o vulneraciones, que son la consecuencia de una discriminación estructural e interseccional que suele sufrir este colectivo, la cual no se conforma por la simple suma de condiciones (el género y la discapacidad) en situaciones concretas de discriminación simultánea, sino que de esa combinación de factores, se genera una nueva condición, distinta de los anteriores y más compleja que su simple sumatoria. A la que podrán añadirse otros criterios y/o diversas y múltiples condiciones. BARRERE UNZUETA, M.A. y MORONDO TARAMUNDI D. «Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio». Anales de la Cátedra Francisco Suárez 45 (2011).

encuentra plasmada en los artículos que regulan la toma de conciencia (art. 8), el derecho a la protección contra la explotación, la violencia y los abusos (art. 16), el derecho a la salud (art. 25), el derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social (art. 28) y la regulación de la conformación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 34).

No obstante la existencia de algunas omisiones⁵³, se considera que el gran mérito de la Convención en la materia es precisamente ese doble enfoque, por lo cual, los artículos que requerían un enfoque de género y no lo tuvieron quedarían salvados a partir de una interpretación sistemática del artículo 6, el preámbulo y el resto de instrumentos de protección de los derechos humanos en general, que son enteramente aplicables a las mujeres con discapacidad.

El último principio que el artículo 3 prevé es el relativo al **respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad**. Este principio se debe, en gran parte, a la insistencia de algunas organizaciones no gubernamentales respecto de la necesidad de una mención explícita sobre los derechos de los niños y niñas con discapacidad en relación con sus capacidades evolutivas.⁵⁴

En todo caso, los niños y niñas, de manera gradual, cuando van adquiriendo capacidad natural, van adquiriendo la capacidad jurídica para ejercitar sus propios derechos. Pero, en el caso de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, suele existir una mayor limitación en el ejercicio de sus derechos por sí mismos. De este modo, la CIDPD consideró necesaria una mención explícita sobre los derechos de los niños y niñas con discapacidad en relación con sus capacidades evolutivas, frente al riesgo de que, en caso de no realizarse, se les excluyeran de facto. Una conclusión que, en realidad, se deriva directamente de los principios de dignidad, autonomía e independencia, que se plasma en el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, aunque adaptado a las circunstancias de la infancia y adolescencia.⁵⁵

53 PALACIOS, A. «Igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso a la justicia». En el Manual «La transversalidad del género en las políticas públicas de discapacidad», cit., pp.143-180.

54 En relación al derecho a preservar su identidad, se incluye la visión de las personas sordas, y su consideración como minoría cultural y lingüística. En dicho sentido, la CIDPD prevé la lengua de señas desde dos perspectivas. La primera –desde el modelo social- como condición de accesibilidad; la segunda –desde el reconocimiento como minoría cultural y lingüística- como parte del derecho a la identidad. Vid. CUENCA, P. (Ed.) Estudios sobre los Derechos de las Personas Sordas. Madrid: Dykinson, 2012.

55 Vid. sobre dicho principio aplicado a la infancia en general, el libro de CAMPOY CERVERA, I. La funda

Al igual que sucede con el género, la Convención adopta un doble enfoque cuando debe proteger la situación de los niños y niñas con discapacidad. Por un lado, le dedica un artículo específico (para dar visibilidad a su situación) y, por el otro, adopta una perspectiva de transversalidad a lo largo de toda la Convención.

Así, el artículo 7 sobre niños y niñas con discapacidad, establece:

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.
2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.
3. Los Estados Partes garantizarán 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 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.

En primer lugar, la norma impone una cláusula general de igualdad de derechos con el resto de niños y niñas, para cuya consecución los Estados se comprometen a adoptar las medidas que se requieran a dicho fin.⁵⁶ Una disposición acertada y que coincide con las premisas del modelo social de discapacidad en esta materia.⁵⁷

En segundo lugar, se establece el principio del interés superior como consideración primordial en todas las actividades relacionadas con niños y niñas con discapacidad. Es interesante destacar que los antecedentes de la elaboración de este artículo inspiran

mentación de los derechos del niño: modelos de reconocimiento y protección. Madrid: Dykinson, 2006. Vid., asimismo, en particular, la obra de MUÑIZ FERNANDEZ, M. Menores con discapacidad en Puerto Rico. Problemática socio jurídica de la discapacidad y límites del derecho. San Juan: Publicaciones Puertorriqueñas, 2006.

56 «1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.»

interpretaciones que deben tener presente la autonomía y la igualdad pero, asimismo, la especificidad de la discapacidad y sus implicaciones en este contexto en el momento de dilucidar el interés superior del niño, niña y/o adolescente.⁵⁸

Por último, en tercer lugar, es necesario referirse al aspecto crucial de la participación del niño, niña y/o adolescente con discapacidad en la toma de todas aquellas decisiones que le afecten. Ello tiene una importancia considerable desde la visión del modelo social de discapacidad, desde donde se enfatiza la necesidad de potenciar el ejercicio de la autonomía. Se tiene en cuenta el contexto de la infancia, pero también se destaca la necesidad de que estos niños, niñas y adolescentes sean partícipes de la toma de decisiones que les afecten, teniendo en cuenta su edad y madurez. En este punto, la Convención adopta la consideración de la *edad y madurez* para tomar en cuenta sus opiniones (estableciendo de este modo un mismo trato que al resto de la infancia y adolescencia).

Los dos criterios mencionados, edad y madurez, son los que –de esta manera– deben condicionar las valoraciones respecto de su autonomía. Se destaca que dichas valoraciones no deben estar basadas, como suele suceder, en el tipo o grado de diversidad funcional ni en el diagnóstico de estos niños y niñas, lo que nos conecta con la filosofía del modelo social a través de la consideración de la no discriminación en razón de discapacidad (a la que se aludió anteriormente). Estos niños y niñas, en igual medida que el resto de ellos, deben ser escuchados, del mismo modo en que sus opiniones deben ser tenidas en cuenta cuando participen en la toma de decisiones que les afecten. Y, para ello, no se debe partir de una visión médica centrada en su «anomalía» o diagnóstico, sino simplemente constatar los mismos recaudos que se tendrían en cuenta como criterio de participación y decisión para valorar la situación, que si se tratase del resto de niños, niñas y adolescentes.

Desde una perspectiva de transversalidad, la Convención asume –a lo largo de su articulado– las siguientes cuestiones que afectan más directamente a niños y niñas, entre los que se destaca el derecho a la participación política, (art. 4 sobre obligaciones generales); el derecho al respeto del hogar y de la familia (art. 23); el derecho a la educación (art. 24); y el derecho a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30).

57 Y una forma de enfocar la cuestión de los derechos de los niños y las niñas con discapacidad que ya se había apuntado en los literales p) y, sobre todo, r) en el preámbulo.

58 Vid. PALACIOS, A. El modelo social de discapacidad, cit., pp. 350 y ss.