

Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Febrero 2014

Las organizaciones firmantes del presente documento celebramos la oportunidad de participar en la redacción de la *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley* por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante "el Comité"). Valoramos que el Comité establezca lineamientos interpretativos que facilitarán la efectiva implementación del artículo 12 al interior de los Estados Parte, y que haya promovido el trabajo participativo en el marco de este proceso. Desde nuestra perspectiva como organizaciones latinoamericanas con larga trayectoria de trabajo en la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, identificamos algunos aportes y sugerencias concretas al borrador CRPD/C/11/4 que reflejan distintos niveles de preocupaciones derivadas de los obstáculos comunes que enfrentamos para la efectiva implementación del artículo 12 en la región Latinoamericana.

Igualdad ante la Ley, Personalidad Jurídica y Capacidad Jurídica

Ha sido objeto de nuestra preocupación las confusiones hermenéuticas que podría generar el uso indistinto de los conceptos "personalidad jurídica" y "capacidad jurídica", cuestión que advertimos en distintas partes del borrador, y su relación con el derecho de igualdad ante la ley. Encontramos el uso al que hacemos mención, al menos, en los párrafos 27, 34 y 35. En cambio, en el párrafo 46.a se mencionan ambos conceptos. Si bien acordamos con el Comité en referir que el párrafo 1º del art. 12 hace alusión a la personalidad jurídica y el 2º regula la capacidad, consideramos importante delimitar mejor ambas nociones y precisar en qué momento de la observación se alude a una y otra.

Como es de conocimiento del Comité, la personalidad jurídica implica el reconocimiento de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones¹ por la simple condición de ser persona,² por lo que se erige como un requisito o condición ineludible para el goce de todos los demás derechos.³ Por su parte, el derecho a la capacidad jurídica supone que la persona sea titular del derecho y, a su vez, pueda ejercerlo en primera persona. En el contexto actual de desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante "DIDH"), podemos concluir que la capacidad jurídica es una derivación del derecho a la personalidad jurídica que, en los términos del art. 12, involucra obligaciones estatales adicionales al mero reconocimiento legal de la titularidad de ese derecho.

De allí la importancia de diferenciar los conceptos de "igualdad ante la ley" y "personalidad jurídica", que el proyecto alterna como si fueran sinónimos.⁴ En nuestra opinión no son nociones análogas y tienen efectos

¹ CortelDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179; CIADH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. párr. 176.

² Ob Cit. CortelDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Voto concurrente García Ramírez

³ CortelDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. párrafo. 188-190.

En el párrafo 189 de dicho caso CortelDH señaló que "el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares. Dicho reconocimiento determina su existencia efectiva ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana".

⁴ Por ejemplo, en el párrafo 8 donde el proyecto señala que "...*El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás...*".

normativos diferentes.⁵ Igualdad ante la ley es una derivación del derecho a la igualdad que involucra un contexto “comparativo” con relación a otras personas o grupos de personas. En cambio, la personalidad jurídica supone el reconocimiento de un derecho autónomo cuyo único presupuesto es la condición de persona. La inclusión de la noción de igualdad en el título del art. 12 no significa que los derechos amparados en dicha norma sean una consecuencia directa del derecho a la igualdad. A nuestro entender, con ello simplemente se persigue dejar en claro que esa norma debe ser interpretada desde la perspectiva de la igualdad y no desde la discriminación.

En el actual contexto de implementación del art. 12 consideramos fundamental dejar en claro en forma expresa que el objeto y fin último del art. 12 es asegurar a las personas con discapacidad que, además de ser titulares del derecho, puedan ejercerlo en primera persona, y evitar así que dicho objeto pierda virtualidad ante reservas⁶ o defectos interpretativos que persiguen acotar su alcance a la mera titularidad del derecho.

➤ Aportes a los párrafos 7 y 8

Con relación al párrafo 7, nos parece fundamental identificar expresamente, como lo ha hecho el Comité en forma previa,⁷ los institutos de la curatela y la interdicción, por ser los sistemas sustitutos por excelencia en nuestros continentes que deben ser derogados.

En el párrafo 8, consideramos importante incluir también a los derechos civiles y políticos, teniendo en cuenta que la interdependencia e indivisibilidad de todos y cada uno de los derechos humanos adquiere un impacto fundamental cuando se trata de personas cuyos derechos fundamentales siguen siendo vulnerados pese a su reconocimiento formal en tratados marco. Si bien no desconocemos la importancia de poner en relieve los factores que históricamente han obstaculizado la efectiva implementación de los DESC, en la práctica persiste la violación estructural de derechos civiles y políticos esenciales de personas con discapacidad, como el de votar o contraer matrimonio.

Contenido normativo del artículo 12

Artículo 12, párrafo 2: diferencia entre capacidad mental y capacidad jurídica

➤ Aportes al párrafo 12

Si bien reconocemos la importancia de conceptualizar la “capacidad mental” en el marco del modelo social de la discapacidad, consideramos que la distinción que hace el párrafo 12 entre dicha noción y la de “capacidad jurídica” podría generar algunas confusiones. En efecto, el borrador señala que *“se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores ambientales y sociales”*. Con la finalidad de poner de relieve cómo el entramado social impacta directamente en la construcción o deconstrucción de esa aptitud para tomar decisiones, consideramos importante poner el acento en la interacción entre lo singular y lo socio-ambiental, y no simplemente señalar que estos últimos factores pueden modificar las aptitudes personales.

⁵ Entendemos que esta distinción también podría responder a un error de traducción histórica, ya que las traducciones al español de los instrumentos previos a la CDPD como la DUDH (Art. 6) y el PIDCP (Art.16) hablan de “personalidad jurídica” y en inglés de “recognition of person before the law”.

⁶ En violación al artículo 19, inciso c) de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados (norma internacional vinculante también por derecho consuetudinario), cuyo texto establece que un Estado no puede formular reservas incompatibles con objeto y el fin del tratado.

⁷ Esto ha sido observado por el Comité CDPD respecto de los siguientes informes: Perú- CRPD/C/PER/CO/1 -16/05/12, párr. 24 y Argentina- CRPD/C/ARG/CO/1- 19/10/12, párr. 21.

Propuesta:

- Proponemos, en ese sentido, que la capacidad mental sea entendida como la aptitud de una persona para tomar las propias decisiones en un contexto que ofrezca alternativas en igualdad de condiciones con las demás personas de la sociedad, afirmando que dicha aptitud es singular en cada sujeto y cambiante en función de factores sociales, culturales y ambientales. Así, la discapacidad mental, también denominada discapacidad psicosocial, debe entenderse en la interacción entre la diversidad funcional de cada persona para adoptar decisiones y los factores externos que afectan directamente el desarrollo de aptitudes a partir de esa diversidad.

Artículo 12, párrafo 3: apoyos

➤ Aportes al párrafo 15

Compartimos la necesidad de que el Comité establezca lineamientos sobre el alcance de los apoyos, teniendo en cuenta las inquietudes que surgen en su implementación y la necesaria especificidad de acuerdo al contexto de cada persona. En este sentido consideramos importante despejar cualquier duda respecto de la finalidad que persiguen los apoyos y habilitar la posibilidad de que sean implementados mediante mecanismos formales⁸ o informales⁹. De la misma manera parece relevante señalar en la Observación que pueda ser llevado adelante de manera individual o colectiva y enumerar algunas de las distintas modalidades a través de las cuales puede prestarse dicho apoyo, aunque no de manera taxativa, para ilustrar a los Estados el abanico de alternativas mediante el cual pueden ser implementados.

Por otra parte, nos preocupan las confusiones que podría generar la anteúltima oración del párrafo 15 con relación a los apoyos y la accesibilidad. Si bien es posible analizar si el apoyo puede configurar parte del contenido esencial del derecho a la accesibilidad universal, las condiciones de accesibilidad (como la posibilidad de que las entidades financieras ofrezcan información comprensible o dispongan de un servicio de intérprete de lengua de señas) no serían, en estricto, medidas de apoyo. A nuestro entender son condiciones previas de diseño universal en el ámbito comunicacional. Diferente sería expresar que dichas entidades están obligadas a prestar un servicio de apoyo para quien lo requiriese, o que estén obligadas a permitir y formalizar que la persona con discapacidad cuente con una persona de apoyo en la firma de un contrato bancario. Pero el ofrecimiento de información comprensible (“accesible”) no debe confundirse con una medida de apoyo ni con un ajuste razonable, sino que debe interpretarse como una condición de accesibilidad que debe adoptarse a través del diseño universal en el ámbito comunicacional.

Propuestas:

- Señalar al inicio del párrafo que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica tiene como función promover la autonomía de la persona y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de su voluntad, para el ejercicio de sus derechos.
- Indicar que el apoyo debe ser diseñado a partir de la voluntad, necesidades y circunstancias concretas de la persona. A dicho fin debe respetar sus derechos, voluntad y preferencias y nunca debe consistir en decidir por ella.

⁸ Institucionalizado por algún medio, cuando las formalidades del acto lo requieran. Ya sea para proteger los derechos de las personas con discapacidad o para garantizar la seguridad jurídica.

⁹ En muchas actividades de la vida cotidiana en las que dicho requisito no se hace necesario.

- Señalar en forma expresa que el apoyo puede ser formal o informal, según los requerimientos de formalización del acto o actos en cuestión. También indicar que puede ser individual o colectivo, según sea conformado por una o varias personas.
- Agregar que el apoyo puede consistir en diferentes funciones, como la asistencia para la comprensión, la facilitación en la comunicación, el asesoramiento, la asistencia y la contención para la toma de decisiones, entre otras modalidades.
- Referenciar la obligación de los Estados parte de delimitar la responsabilidad legal que se derive de las acciones de las personas que cumplen funciones de apoyo, en tanto agentes de las personas con discapacidad que las designan.
- Eliminar la siguiente frase: *"el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales"*.

➤ Aportes al párrafo 16

El desafío que involucra que los Estados parte incorporen en sus sociedades la perspectiva del modelo social de la discapacidad, requiere reforzar la idea de interacción entre la diversidad de las personas y las barreras sociales, reafirmando que, a mayores barreras sociales, crecen las necesidades de apoyo. Incorporar referencias que pongan el acento en el "contexto" y la "situación" abre mayores posibilidades de implementación de sistemas de apoyos dentro de procesos de institucionalización.

Propuesta:

- Incorporar expresamente que el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar no solo varía de acuerdo a la diversidad de las personas con discapacidad, sino también según los contextos sociales en los que se desempeñan. Por la misma razón, recomendamos que el respeto de la autonomía individual y la capacidad de las personas sea una obligación en todo momento y también en toda situación y contexto.

➤ Aportes al párrafo 17

La interpretación que impulsa el borrador sobre los deberes que involucra el art. 12 es una oportunidad para dejar sentado de manera expresa que existen en cabeza del Estado dos obligaciones bien diferenciadas que se complementan.

Propuesta:

- Incorporar expresamente que el derecho al apoyo implica una doble obligación para los Estados Parte: por un lado la obligación de garantizar que la persona con discapacidad que lo requiera tenga acceso al apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que no se agota con el reconocimiento formal de la/s persona/s que se elijan para ejercer dicho apoyo. Además, el Estado deberá arbitrar las medidas necesarias para que la persona con discapacidad tenga acceso a la prestación de un servicio de apoyo. Como contra cara, existe un deber de respetar el derecho que tiene la persona con discapacidad a negarse a recibir apoyos, en igualdad de condiciones con el resto de personas.

➤ Apoyos para la autodeterminación

Teniendo en cuenta que los contextos de larga institucionalización provocan la anulación de la voluntad de las personas, consideramos importante señalar, a modo orientativo, algunas alternativas de apoyos para fortalecer la autodeterminación. En este sentido proponemos incorporar al texto de la Observación la obligación de los Estados Parte, en especial a personas que han sido institucionalizadas, de proveer: a) apoyo para que las personas definan sus propósitos, conozcan distintas alternativas para lograrlos, y tomen sus decisiones; b) apoyo para que puedan participar de manera efectiva en procesos que involucran otros actores, especialmente cuando aquellos pueden influir sobre sus propias decisiones; c) apoyo para obrar en consonancia con las decisiones tomadas y para cumplir con las obligaciones respectivas en virtud de los acuerdos alcanzados.¹⁰

Artículo 12, párrafo 4: salvaguardias

➤ Aportes al párrafo 18

Consideramos necesario enfatizar que las salvaguardias deben proveer mecanismos específicos para evitar abusos en ámbitos donde se registran en mayor medida. Debería destacarse que, a raíz de la evidente asimetría en la relación de poder que atraviesa una persona con discapacidad en el marco de la atención sanitaria, suelen ser víctimas de violaciones a su derecho a decidir (por ejemplo, en situaciones como esterilizaciones involuntarias, abortos o embarazos forzados, etc.). En este contexto, las salvaguardias deberían ser lo suficientemente eficaces y efectivas como para evitar la sustitución de la voluntad, así como adecuadas a las necesidades de cada persona.

También entendemos importante que la observación haga referencia expresa a algunas construcciones del DIDH que permiten orientar a los Estados sobre el alcance de las salvaguardias en diversos ámbitos, como por ejemplo los estándares relativos a las garantías del debido proceso y documentos específicos como el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹¹ Todo ello sin perjuicio de la evolución propia del desarrollo progresivo de los derechos humanos.¹²

Artículo 12, párrafo 5

➤ Aportes al párrafo 19

El Artículo 12.5 es una concreción en una esfera específica de los incisos 2 y 3 del artículo 12, al confirmar la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad “en todos los aspectos de la vida”, independientemente de la complejidad de los actos implicados. Obliga a los Estados Partes a abolir las leyes nacionales que usualmente descalifican a las personas con discapacidad para realizar estas tareas y a adoptar las medidas de apoyo adecuadas.

¹⁰ BACH M. y KERZNER L., “A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity”, Prepared for the Law Commission of Ontario, Canadá, 2010. Disponible en: <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>

¹¹ Informe 2013 del Relator Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Juan Méndez (A/HRC/22/53)

¹² Entre los documentos de importancia destacamos el informe 2008 del Relator contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak. Allí señalo que “El titular del mandato sigue recibiendo informes sobre el uso sistemático de intervenciones médicas forzosas en todo el mundo. Al igual que los órganos de las Naciones Unidas, ha establecido que el tratamiento involuntario y otras intervenciones psiquiátricas en centros de atención de la salud son formas de tortura y malos tratos. Las intervenciones médicas forzosas, que suelen justificarse erróneamente alegando teorías de incapacidad y de necesidad terapéutica contrarias a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se ven legitimadas por las leyes nacionales, y pueden llegar a gozar de un amplio apoyo público al realizarse en aras del presunto “interés superior” de la persona afectada. No obstante, en la medida en que infligen dolor o sufrimientos graves, contravienen la prohibición absoluta de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes (A/63/175, párrs. 38, 40 y 41. Notas al pie internas omitidas).

Propuesta:

- Destacar que los ámbitos enumerados en el art. 12.5 son sólo ejemplificativos, por lo que no deben restringirse exclusivamente al ámbito patrimonial o financiero, sino que también deben abarcar el ámbito personal.

Relación con otras disposiciones de la Convención

Art. 7: niños y niñas con discapacidad

➤ Aportes al párrafo 32

En atención a la discriminación interseccional que enfrentan los niños y las niñas con discapacidad, consideramos que es necesario solicitar medidas concretas por parte de los Estados a fin de crear mecanismos específicos que salvaguarden el derecho del/a niño/a a tomar decisiones autónomas. Más aún en cuestiones que afectan otros derechos fundamentales, como ocurre con el consentimiento informado y el derecho a la integridad personal y a la salud. Los conceptos de “edad y madurez” propios de la capacidad progresiva de niños/as¹³ deben adaptarse a los efectos de no ser soslayados por motivos de discapacidad y adecuarse a la situación específica de cada niño/a.

Art. 13: acceso a la justicia

➤ Aportes al párrafo 34

La relación entre el acceso a la justicia y la capacidad jurídica en el ámbito penal requiere reflexionar sobre algunos institutos jurídicos y su vinculación con el art. 12. Así, el derecho a la capacidad jurídica también involucra el reconocimiento de la aptitud para afrontar la responsabilidad penal ante la comisión de hechos considerados delitos por la legislación de cada Estado. En muchos regímenes existen supuestos eximentes de responsabilidad penal cuando la persona no pudo comprender la antijuridicidad del hecho, lo que supone conocer y comprender todos los elementos objetivos de la conducta descrita por la ley (supuestos de inimputabilidad o eximentes de punibilidad).

Si bien los Estados tienen la facultad de regular supuestos en los cuales no atribuirá reproche penal, en muchos casos la inimputabilidad se funda solamente en un diagnóstico (discriminación indirecta) y no responde a una evaluación de las posibilidades de comprensión de la persona al momento de la comisión del hecho, cuestión que varía de acuerdo a fenómenos dinámicos.¹⁴ En muchos casos además, aunque no necesariamente en todos los regímenes, esa declaratoria de inimputabilidad acarrea un etiquetamiento de “peligrosidad para la sociedad” y deriva en medidas alternativas a la pena. Estas medidas son de distintos órdenes pero, en su mayoría, importan un tratamiento o internamiento forzado en el marco de un proceso con menos garantías que las previstas para el proceso penal.

¹³ Art. 12 de la CND y art 7 CDPD

¹⁴ En general se entiende la imputabilidad como la “capacidad psíquica” de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta. Por tanto, una persona será declarada inimputable y por tanto no responsable penalmente cuando se considera que no posee dicha “capacidad psíquica”. En general los ordenamientos jurídicos incluyen entre las causales de inimputabilidad la edad (hasta los 16 años); la enfermedad mental o psicosis al momento de los hechos; la “grave insuficiencia de la inteligencia”, que en general es un estándar aplicado personas con discapacidad cognitiva o personas sordas y sordociegas; la grave afectación de la conciencia, que incluye situaciones de estado de embriaguez, ingestión de sustancias tóxicas o sonambulismo; en algunos ordenamientos jurídicos también se ha considerado la pertenencia a minorías étnicas no asimiladas a la sociedad mayoritaria como causal de inimputabilidad.

Propuestas:

- Mencionar que los eximentes de responsabilidad penal; civil o de otro tipo, basados únicamente en la discapacidad de una persona, son contrarios a la CDPD y constituyen una diferenciación discriminatoria.
- Señalar que los Estados deben asegurar los ajustes de procedimiento y apoyos necesarios para que las personas con discapacidad, en particular aquellas con discapacidad mental o intelectual, involucradas en un proceso penal gocen de las garantías del debido proceso, en igualdad de condiciones con las demás personas.
- Indicar que los Estados deben eliminar de sus legislaciones penales (o de otra índole) cualquier respuesta punitiva que sea más restrictiva para las personas con discapacidad, en particular para aquellas con discapacidad mental o intelectual, a diferencia de las que tiene prevista para el resto de las personas.

Artículos 14 y 25: Libertad, seguridad y consentimiento informado

➤ Aportes sobre los párrafos 36 y 37

En forma complementaria a las apreciaciones que hace el Comité sobre el impacto que tiene el respeto al derecho a la capacidad jurídica sobre la libertad y la seguridad de la persona, consideramos importante señalar que los Estados Parte deben implementar medidas de apoyo que garanticen el ejercicio efectivo e inmediato de la capacidad jurídica de las personas privadas de su libertad en cárceles e instituciones de salud mental. Asimismo, es importante destacar que la determinación del sistema específico de apoyo que requiera cada persona en el marco de una atención de salud no puede consistir en procedimientos inquisitivos o evaluaciones invasivas, determinantes y declarativas de un supuesto estado diagnóstico. También es necesario que los sistemas de apoyo que se establezcan no dependan de los agentes públicos que resguardan los contextos de encierro: es muy probable que exista un conflicto de interés entre el libre ejercicio de la capacidad jurídica de la persona y la privación de libertad que el agente debe sostener.

Por otra parte, teniendo en consideración que el internamiento forzado supone una restricción a la capacidad jurídica que, a su vez, se suele vincular con la inexistencia de servicios de salud insertos en la comunidad y ausencia de alternativas sociales que permitan la inclusión plena de las personas que han sido institucionalizadas por muchos años, es importante señalar la relación del artículo 12, 14 y 25 con el art. 19 de la CDPD. Si bien reconocemos la vinculación que existe entre todos los apoyos a los que refiere la CDPD (educativos, laborales, etc.), en muchos casos detectamos que cuando las personas padecen múltiples violaciones de derechos, la violación de un derecho se emplea como excusa de violación de otro.¹⁵

Propuestas:

- Distinguir entre los apoyos que requiera una persona para el ejercicio de la capacidad jurídica y otros apoyos necesarios para garantizar el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (como puede ser la asistencia personal).
- Hacer referencia a la importancia de implementar mecanismos de directivas anticipadas que garanticen el cumplimiento de la voluntad de la persona en situaciones en las que ella haya identificado como circunstancias específicas en que no puede manifestar su voluntad.

¹⁵ Por ejemplo, se afirma que la persona no puede ejercer su derecho al voto porque está privada de su capacidad jurídica judicialmente o porque está privada de su libertad.

Artículos 15,16 y 17. Respeto de la integridad personal y protección contra la tortura, la violencia, la explotación y el abuso

➤ Aportes al párrafo 38

Tal como lo señaló el Relator Especial Contra la Tortura, la definición de tortura requiere una continua revisión a la luz de las condiciones actuales.¹⁶ Teniendo en cuenta que su conceptualización en entornos de atención de la salud es un fenómeno relativamente reciente, consideramos importante orientar a los Estados Parte de la CDPD sobre los distintos elementos que puede involucrar la tortura sobre personas con discapacidad mental o intelectual privadas de la libertad en instituciones, a partir de la vulneración del art. 12 en intervenciones de salud. Para ampliar las posibilidades de prevención de la tortura sobre estas personas, es importante no acotar la definición de tortura al acto de infringir dolor o sufrimiento físico o mental, sino conceptualizarla de modo que incluya las prácticas frecuentes al interior de las instituciones psiquiátricas, como la medicación o sobremedicación sin mediar consentimiento informado.

Propuesta:

- Incorporar la importancia de que los Estados adopten en sus legislaciones locales definiciones de tortura que incluyan las particularidades de estas prácticas sobre personas con discapacidad psicossocial e intelectual en intervenciones de salud sin mediar consentimiento informado. Consideramos que una definición más adecuada es la que adopta la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.¹⁷

Art. 23: respeto del hogar y de la familia

➤ Aportes sobre la importancia de incluirlo

El art. 23 en conexión con el art. 12 impacta de forma directa en al menos tres cuestiones fundamentales del ejercicio de los derechos de familia de las personas con discapacidad: el derecho al matrimonio;¹⁸ el derecho a la filiación¹⁹ y la protección de los derechos sexuales y reproductivos. La CDPD reafirma el derecho a la

¹⁶ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013 (A/HRC/22/53), párrs. 14/15.

Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT), La prohibición de la tortura y los malos tratos en el sistema interamericano: Manual para víctimas y sus defensores (2006), pág. 104, en que se cita Cantoral-Benavides c. el Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, N° 69 (2000), párr. 99; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Selmouni v. France, demanda N° 25803/94 (1999), párr. 101.

¹⁷ Ello porque: 1) prescinde de la exigencia de la ultrafinalidad; 2) agrega un segundo supuesto más amplio: "se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica."

¹⁸ El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el derecho incluye la garantía de que el matrimonio cuente con el consentimiento libre y pleno de los contrayentes (de este modo evitar los llamados matrimonio concertados) y que el Estado tiene un margen de discrecionalidad para establecer limitaciones relacionadas con el parentesco o con la capacidad mental de los cónyuges (Observación General n° 19). También el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha señalado específicamente en relación con las personas con discapacidad que el artículo 10 del Pacto "implica también, con arreglo a los principios generales del derecho internacional en materia de derechos humanos, que las personas con discapacidad tienen derecho a casarse y a fundar su propia familia. A menudo se ignoran o se niegan esos derechos, especialmente en el caso de las personas con discapacidad mental. En este y otros contextos, el término "familia" debe interpretarse ampliamente y de conformidad con las costumbres locales apropiadas. Los Estados Partes deben velar por que las leyes y las prácticas y políticas sociales no impidan la realización de esos derechos" (Observación General n° 5).

¹⁹ Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). Párrafo 5.

familia de todas las personas con discapacidad y añade dos elementos normativos e interpretativos de suma importancia: la garantía de no discriminación por motivo de discapacidad y la garantía al reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Con lo cual su valor innovador cobra especial relevancia cuando se vincula con el art. 12. 2.

Con relación al derecho al matrimonio es importante señalar expresamente que el art. 23.1.a impone a los Estados la obligación de eliminar toda limitación al derecho al matrimonio con motivo en la discapacidad (discriminación directa). Además, su interpretación armónica con el artículo 12.2 exige que ninguna persona con discapacidad, incluyendo aquellas con discapacidades mentales o intelectuales, sea privada del derecho a manifestar su consentimiento libre y pleno para contraer matrimonio,²⁰ que usualmente se ve restringido con una declaración de incapacidad.

El derecho de las personas con discapacidad a vivir junto a su familia, incluye tanto el derecho de los padres a conservar la autoridad parental respecto de sus hijos, como el derecho de los hijos de no ser separados de sus padres por motivo de discapacidad de sus padres o de los hijos.²¹ Es importante señalar que los sistemas de incapacitación restringen ilegítimamente a las personas con discapacidad el derecho a decidir libremente sobre el número de hijos/as que quieren tener y a ejercer los derechos y deberes derivados de la relación filial (art. 23. b).²²

Los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad históricamente han sido objeto de tabú y de denegación sistemática, además de contener un componente de género (afecta principalmente a las mujeres y niñas con discapacidad). La observación es una oportunidad para resaltar que la relación entre el art. 12.2 y el 23.c incluye tanto la garantía de igualdad en el respeto por la sexualidad, como la protección de la capacidad reproductiva de las personas con discapacidad, la protección del embarazo y la garantía del derecho a decidir sobre el propio cuerpo. En algunas legislaciones, al sustraer la capacidad jurídica se restringe el derecho que tiene este grupo a tomar estas decisiones y se sustituye su voluntad por la de un tercero. En este contexto es fundamental señalar que los Estados deben eliminar prácticas como la esterilización y el aborto forzoso (sin mediar consentimiento informado) en personas con discapacidad, desde la perspectiva de no discriminación,²³ explicitando que dichas intervenciones constituyen *“un acto de violencia, una forma de control social y una violación del derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*.²⁴

Obligaciones de los Estados partes (aportes sobre párrafos 20 al 25)

- Sería favorable que el Comité haga una mención específica a la obligación de proveer también apoyos administrativos (no judiciales), para garantizar el derecho a decidir sobre determinadas prácticas (por ejemplo, de salud) en las que la intervención del ámbito judicial no sería necesaria.
- Si no existiesen referentes de confianza de la persona con discapacidad que puedan ser designados como apoyo, es importante señalar la obligación del Estado de proveer gratuitamente de distintas

²⁰ Esto ha sido observado por el Comité CDPD respecto del Informe de Perú. CRPD/C/PER/CO/1, 20 Abril 2012, párrafos 26-27

²¹ Esto ha sido observado por el Comité CDPD respecto del Informe de Paraguay CRPD/C/PRY/CO/1, 15 de mayo de 2013.

²² El TEDH se ha pronunciado respecto de este derecho cuestionando el efecto grave que la privación de la capacidad jurídica puede tener sobre el derecho al respecto de la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del CEDH. Véase por ejemplo: TEDH, *X v. Croacia*. Sentencia de 17 de julio de 2008. Aplicación no. 11223/04, párrafos. 47-55; o TEDH, *Krušković. V. Croacia*. Sentencia de 21 de junio de 2011. Aplicación no. 46185/08, párrafos 26-44

²³ Esto ha sido observado por el Comité CDPD respecto de varios informes de los Estados Partes. CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 37; CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012, párrafo 34; CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, párrafo 31; CRPD/C/CHN/CO/1, 15 de octubre de 2012, párrafo 33.

²⁴ A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párrafo 48.

alternativas que puedan realizar el asesoramiento y acompañamiento en el marco del sistema de apoyos. La decisión final sobre la selección debe ser siempre de la persona con discapacidad y nunca una imposición.

- Consideramos importante destacar que el respeto al derecho a acceder a apoyos implica una obligación de provisión de apoyos por parte del Estado y, en especial, el deber de aplicación por parte los ámbitos judiciales.

Alianza de organizaciones Latinoamericanas²⁵

- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, Argentina)
- Asociación para la promoción y protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad (Equal, Argentina)
- Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Alicia Moreau", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, (Argentina)
- Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS), Universidad de los Andes (Colombia)
- Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI, Argentina)
- Documenta, análisis y acción para la justicia social, AC (México)
- Colectivo Chuhcan A.C. (México)
- Asociación Colombiana Síndrome de Down - Asdown Colombia, Coordinadores Red de Familias por el Cambio y Representantes Inclusion International (Colombia)
- Liga Colombiana de Autismo (LICA)
- Fundamental Colombia
- Red Interuniversitaria Latinoamericana y del Caribe sobre Discapacidad y Derechos Humanos
- Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo (IIDI - Costa Rica, Uruguay y Estados Unidos).
- Foro por los Derechos de las Personas con Discapacidad de Costa Rica.
- Red Nacional de Organizaciones de Personas con Discapacidad (REDNOPEDIS, Costa Rica)
- Red de Organizaciones de Personas con Discapacidad de Centroamérica y El Caribe (REDODICEC).
- Grupo de Investigación en Discapacidad, Inclusión y Sociedad de la Universidad Nacional de Colombia
- Asociación por los Derechos Civiles (ADC, Argentina)
- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ, Argentina)
- Clínica jurídica de acciones de interés público, sección Discapacidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), Perú.

²⁵ Las siguientes organizaciones participaron en la elaboración del presente documento: Centro de Estudios Legales y Sociales; Asociación para la promoción y protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad; Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Alicia Moreau", Facultad de Derecho; Universidad Nacional de Mar del Plata; Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS), Universidad de los Andes y Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad.