



MEDIDAS RELACIONADAS CON LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Intervención de Agustina Palacios

**(Centro de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Mar del Plata,
agustina.palacios@uc3m.es)**

**CONSULTATION ON KEY LEGAL MEASURES FOR RATIFICATION AND IMPLEMENTATION
OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES**

24 October 2008- Geneva, Palais des Nations, Room XXI

...Muchas gracias. Por cuestiones de tipo iré directamente al nudo de la cuestión. Mi intervención durará aproximadamente 15 minutos, por tanto, he identificado 4 cuestiones que me parecieron prioritarias para este panel, intentado al final de cada una de ellas, presentar una serie de preguntas abiertas como propuesta de base para iniciar el debate. Esta selección responde a un criterio subjetivo por lo que el debate quedará abierto para todo tipo de cuestión que ustedes quieran sugerir.

(1) La primera cuestión que quisiera señalar se relaciona con el tipo de Convención y sus consecuencias en la implementación del texto a nivel nacional.



Muy brevemente recordemos el intenso debate que esta cuestión suscitó en el proceso de negociación, principalmente en las primeras sesiones. Algunas Delegaciones y expertos entendían que, como 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, la Convención se debía limitar a contener cláusulas generales de no discriminación. Por otro lado, se entendía que la mera cláusula de no discriminación no era suficiente y se abogaba respecto de la necesidad de una Convención que contuviera derechos sustantivos.

Una tercera opinión consideraba necesario un enfoque mixto, que contuviera ambas estrategias. Esta última versión fue finalmente la que se asumió. Nos encontramos frente a una Convención comprensiva, que por un lado reafirma la titularidad de las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales. Pero que asimismo establece ciertas herramientas y garantías específicas para el goce y ejercicio de estos derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas.

Sabemos que el objeto, en principio, no fue crear nuevos derechos, sino 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. Para ello, se debió identificar, a la hora de regular cada derecho, cuáles eran las necesidades extra que debían garantizarse, para lograr *adaptar* dichos derechos al contexto específico de la discapacidad. Así, 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.

En este sentido, nos encontramos ante un Tratado que requerirá de un tratamiento especializado, sin perjuicio de que se puedan extraer experiencias de otros Tratados de derechos humanos en cuestiones concretas. Ello nos conduce a la primera faceta de la igualdad y la no discriminación en la Convención:

Más allá de la proyección de este principio en los múltiples ámbitos, la Convención debe ser leída, interpretada y aplicada siempre desde el prisma de la no discriminación. Antes de leer este instrumento, debemos ponernos las gafas de la no discriminación y ajustar esta visión a cada derecho en concreto.

Esto tendrá una consecuencia directa en el tipo de legislación antidiscriminatoria que se refleje en los derechos internos.



Ahora bien, resulta de vital importancia tener muy claro cuál es el concepto de no discriminación que recoge la Convención y sobre todo qué implicaciones prácticas y legales tiene dicho concepto.

Cuestiones a debatir.

1. ¿La implementación de la Convención requiere que los Estados adopten una legislación antidiscriminatoria específica sobre discapacidad o es mejor abordar esta cuestión de manera transversal?
2. ¿Qué experiencias han sido llevadas a cabo en relación a la implementación de otros Tratados de Derechos Humanos en esta materia, como por ejemplo la Convención contra la Discriminación Racial o la CEDAW?

(2) Lo anterior nos conduce a la segunda de las cuestiones, es decir, el concepto de discriminación que recoge la Convención.

El principio general de igualdad y no discriminación en la Convención se construye a partir de la interpretación sistemática de ciertos artículos y puntos de Preámbulo.

El derecho a la igualdad constituye un pilar básico de la estructura de la Convención, y tiene, por tanto, una aplicación transversal en todos sus artículos. Asimismo, hace varias referencias en el Preámbulo (que si bien no tiene el mismo valor jurídico que el texto propiamente dicho, es de gran valía a la hora de interpretar y aplicar el Tratado).

Ahora bien, respecto de los artículos que específicamente aluden a la igualdad y la no discriminación y que conforman su contenido, podemos decir que la Convención contiene este principio desde diversas perspectivas.

1. En primer lugar como propósito del instrumento:

Según el artículo 1 su objeto es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales.



2. En segundo lugar como principio y como valor:

Según el artículo 3, que prevé como principios la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, y la accesibilidad.

Todas estas son diferentes facetas del contenido del principio de igualdad que deben ser muy tenidas en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la Convención.

3. En tercer lugar como obligaciones de los Estados:

Artículo 4.1 los Estados se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivo de discapacidad

Artículo 4.1.b, tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

4.1.e. tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivo de discapacidad.

4. En cuarto lugar como derecho:

El artículo 5 inc. 1 establece el derecho a ser considerado igual ante la ley y en virtud de ella, como asimismo el derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

El inc 2 establece la obligación de los Estados de prohibir toda discriminación por motivo de discapacidad, y de garantizar a las personas una protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

El inc 3 establece la obligación de tomar las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables (a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación).

Finalmente el inc 4 aclara que las medidas específicas que sean



necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas no serán consideradas discriminatorias.

Por otro lado, en el artículo 2 se define lo que la Convención entiende por “discriminación por motivo de discapacidad” y por “ajustes razonables”

"cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad, que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables"

Podría decirse que el concepto de no-discriminación recogido en la Convención tiene las siguientes características:

1. Se centra en el resultado discriminatorio y no en la voluntad de la persona (“que tenga el propósito o el efecto”)

Es decir que no se exige intencionalidad, sino que se tienen en cuenta los efectos adversos de la norma, práctica o conducta.

2. Abarca todo tipo de discriminación (comprende tanto la discriminación directa como indirecta, así como la discriminación estructural, entre otras).

La Convención no hace una distinción entre discriminación directa e indirecta, pero adopta una fórmula donde claramente incluye ambos tipos de discriminaciones. Asimismo, también deja abierto a otro tipo de discriminaciones cuando al final del artículo 5 dice “incluye todas las formas de discriminación” donde podríamos incluir a las “represalias”.

3. Comprende la discriminación no solo a la persona con discapacidad, sino “por motivo de discapacidad”

De este modo, lo que prohíbe la norma es la “discriminación” “por motivos de” discapacidad. Por ende, siguiendo a Gerard Quinn, podría sostenerse que dicha formulación pone el acento sobre el fenómeno de la discriminación más que en las peculiaridades de la persona.



Conforme a lo anterior, se podría sostener que las personas pueden ser discriminadas “por motivo de” discapacidad, no teniendo ellas mismas una discapacidad, pero siendo tratadas de manera discriminatoria por considerarse que tienen una discapacidad. Un ejemplo de ello es una desfiguración facial que no es por sí misma considerada una discapacidad, pero que genera un trato discriminatorio hacia la persona, similar al que recibe una persona con discapacidad, por considerarla como si lo fuera.

También estarían protegidas frente a la discriminación aquellas personas que en un futuro pueden ser susceptibles de tener una discapacidad, aunque no la tengan actualmente.

Por último, ciertas personas que no tengan una discapacidad, pero que trabajen o se encuentren asociadas con personas que la tengan, pueden ser discriminadas en razón de discapacidad.

Dado los argumentos relatados, podría decirse que la Convención ha adoptado un enfoque amplio en cuanto al marco protector del derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades.

Esta es una cuestión que se deberá tener muy en cuenta a la hora de analizar las legislaciones internas antidiscriminatorias existentes en los Estados Parte, o a la hora de elaborarla si es que no existe en el contexto de la discapacidad.

4. Reconoce que la denegación de ajustes razonables es un tipo de discriminación

La obligación de realizar ajustes razonables, y la expresa consideración de su denegación como discriminación, es una herramienta muy valiosa a los fines de garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad.

Esta herramienta, no obstante, debe ser incorporada a las legislaciones internas de los Estados Parte y para ello resulta importante tener en cuenta determinadas cuestiones:

-En primer lugar, dilucidar claramente la delimitación conceptual del término “ajustes razonables”. En dicha tarea es importante no confundir dicho concepto con las exigencias de accesibilidad universal, ni con las medidas de acción positiva. Sobre esto volveré más adelante.



-En segundo lugar, establecer la necesidad de que en los ordenamientos jurídicos internos se establezcan herramientas para valorar la existencia o no de la obligación de realizar dichos ajustes. Esto es: cuál va a ser el órgano decisor, en base a qué criterios.

-En tercer lugar, en cuanto a la posible concreción del contenido de los ajustes razonables, se podría entender que cabrían dos formas de dotarles de ese contenido.

- La primera, sería entender que los contenidos de los ajustes razonables han de quedar normativamente indeterminados, y, en este sentido, al exigirse su cumplimiento, habrá que tener presente los principios de proporcionalidad y razonabilidad al entrar en consideración otros criterios.

- Pero también podría ser que la normativa especificase –tal como lo establecen ciertas legislaciones, por ejemplo, de manera no taxativa-, la posibilidad de contenidos concretos del ajuste razonable en los diferentes ámbitos, que se entiende que son necesarios en determinadas situaciones para garantizar la accesibilidad universal.

Ambas variantes son perfectamente compatibles, aunque la primera es inevitable en algún grado (pues es imposible determinar a priori todos los posibles ajustes razonables que son necesarios realizar para garantizar la accesibilidad universal en un ámbito concreto).

5. La no discriminación exige una especificidad para su efectiva aplicación

El concepto amplio y comprensivo de no-discriminación de la Convención demanda una especificidad al momento de que dicho concepto es aplicado en un ámbito concreto. Es decir, que requiere de una tarea positiva por parte del Estado de especificar las medidas necesarias a cada ámbito para lograr la igualdad.

Por ello, no basta con incluir una cláusula genérica de no-discriminación en cada ámbito de mayor influencia para la discapacidad como el empleo, la educación, la salud, el acceso a bienes y servicios, sino más bien especificar, como lo hace la Convención, las medidas necesarias para equiparar las oportunidades.



Cuestión a debatir.

1. ¿Qué medidas son necesarias delinear a los fines de que los Estados asuman un concepto de discriminación por motivo de discapacidad en concordancia con lo estipulado en la Convención?

(3) La tercera cuestión quería comentar es la relativa a la delimitación del concepto de accesibilidad universal, y su relación con el concepto de ajustes razonables.

La función de los ajustes razonables no es reemplazar los incumplimientos de las condiciones de accesibilidad.

Una cuestión es la obligación de realizar un ajuste razonable, que se considera necesario ante una circunstancia particular (por ejemplo, modificar la iluminación en el sitio de trabajo de una persona con discapacidad visual que entra a trabajar en dicho puesto y que requiere, por su problema en la visión, un tipo de luz especial); y otra diferente son las obligaciones que exige la accesibilidad (por ejemplo, la existencia de una rampa en un edificio público), ante cuyo incumplimiento se producirá la sanción correspondiente a la infracción cometida, pudiéndose, así, establecer la obligación de realizar las acciones necesarias para que se produzca la efectiva accesibilidad (en el ejemplo, se establecería la obligación de construir la rampa en el edificio).

La accesibilidad puede alcanzarse a través de diferentes vías. En todo caso, pueden, destacarse dos: el diseño para todos y los ajustes razonables.

- Si la accesibilidad universal puede, entre otras facetas, ser entendida como una condición para el goce y ejercicio de los derechos, el principio de diseño para todos puede ser comprendido como una estrategia para el logro de dicha condición. Es decir, puede entenderse que mediante la técnica del diseño para todos se aspira a la realización de la accesibilidad universal. Es por ello que el principio de diseño para todos puede ser considerado como un medio, un instrumento, una actividad, dirigida al alcance de dicho fin.

- Puede entenderse que los ajustes razonables son unas medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos



particulares, pero que se adoptan cuando ésta no es posible desde la previsión del diseño para todos, teniendo en consideración las necesidades específicas de una persona. Esto significa, en gran medida, que el ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad, excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio. En este sentido, la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño para todos una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever desde el diseño para todos.

De este modo, la necesidad de realizar ajustes razonables surgirá porque no siempre será posible diseñar y hacer todos los productos o servicios de forma que puedan ser utilizados por todo el mundo. En ciertas ocasiones habrá personas que no podrán utilizar un producto o un servicio determinado, o que requerirán de una modificación o adaptación especial en el modo de realizar una tarea o de recibir una información. Desde esta perspectiva, los ajustes razonables serán siempre necesarios.

La Convención prevé la discriminación por ausencia de accesibilidad en la misma definición de discriminación por motivo de discapacidad (de manera implícita) y al momento de establecer que el incumplimiento de la obligación de realizar un ajuste razonable es discriminación (de manera expresa).

Por tanto, si una persona con discapacidad viera restringido, limitado o impedido el goce o ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, en razón de su discapacidad – por falta de accesibilidad-, podría acudir a los tribunales a través de dicha garantía. Es decir, por violación del derecho a la igualdad.

Ello porque la falta de accesibilidad estaría limitando a la persona el ejercicio de un derecho en igualdad de condiciones. Por tanto, por ejemplo, si a una persona con movilidad reducida, se le limitara, restringiera o impidiera el ejercicio de derechos laborales o del derecho al ocio (o de cualquier otro derecho) en igualdad de condiciones que a las personas sin discapacidad, a través de barreras arquitectónicas, según esta línea de pensamiento se estaría vulnerando el derecho a la igualdad a través de una discriminación.

La distinción que se propone va más allá de una mera cuestión semántica ya que tiene importantes consecuencias jurídicas.



- Cuando el Estado fija unas condiciones de accesibilidad, en dicho acto está evaluando la razonabilidad y la proporcionalidad de la exigencia. Por ello, una vez aprobado legalmente las condiciones no cabría en el obligado a cumplirlas excepción alguna basada en la razonabilidad o proporcionalidad (entre otras cuestiones, no podría alegar que la carga es desproporcionada o indebida)

- En cambio, en materia de ajustes, al aplicarse a una persona particular y en un caso concreto, las consideraciones de razonabilidad y proporcionalidad pueden legalmente discutirse.

Por ello, es importante que los Estados Parte al momento de diseñar leyes sobre accesibilidad universal tengan en cuenta:

- definir los ámbitos de accesibilidad (la accesibilidad no se restringe al entorno arquitectónico, y la Convención establece diferentes ámbitos en el art. 9 que probablemente haya que desarrollar)

- el establecimiento de estándares de accesibilidad (condiciones básicas de accesibilidad) La “estandarización” resulta esencial para transformar el postulado abstracto de accesibilidad en una acción específica y determinada. Su principal importancia reside, por un lado, en facilitar y esclarecer al sujeto obligado el modo o la forma de adaptar el espacio, producto o servicio en cuestión, y, por otro, en contribuir a que dicha adaptación se produzca de un modo uniforme.

- el otorgamiento de plazos claros para ponerse al día con dichos estándares (en los cuales se distinga la construcción nueva de lo que haya que remodelar)

- el establecimiento de sanciones para el incumplimiento de los estándares

- la participación de las personas con discapacidad a la hora de la elaboración de los estándares.

- la diferencia clara con los ajustes razonables desde su propia definición conceptual y consecuencias jurídicas

Cuestiones a debatir:

1. ¿Es posible delimitar conceptual y legalmente los conceptos de



accesibilidad y los ajustes razonables según la Convención?

2. ¿Cuáles son las principales cuestiones a tener en cuenta a la hora de legislar estas materias en los ámbitos de los Derechos internos?

(4) Finalmente la cuarta de las cuestiones que me gustaría plantear es la que se podría denominar como “medidas de ejecución para garantizar la igualdad de oportunidades”.

Disponer de buenas leyes es un paso necesario e importante pero las leyes por si mismas no garantizan su aplicación. Por ello, más allá de las reformas o adaptaciones legislativas necesarias para implementar la Convención, no debemos de olvidar dentro del proceso de implementación, las medidas de ejecución para garantizar la igualdad de oportunidades.

Aunque esto depende en gran medida del sistema jurídico y del contexto específico de cada Estado Parte, igualmente es posible identificar una serie de ámbitos o esferas a través de los cuales lograr el cumplimiento de la no-discriminación, siendo todos estos ámbitos incluyentes entre sí.

El primero el que podríamos denominar como “promocional”, es decir, generar conciencia e interés social para que la no-discriminación sea cada vez más efectiva. Para ello el Estado cuenta con dos estrategias, esto es, la educación en no discriminación (en todos los niveles), y los incentivos fiscales, económicos y otro tipo que permiten alentar a los actores sociales a procurar no-discriminar (y esto es muy importante cuando la discriminación es indirecta) mediante recurso a la recompensa.

El segundo el que podríamos denominar como “sancionador”, es decir, el Estado impone a través de su facultad sancionadora, de oficio y sin mediar un perjuicio directo, un castigo al discriminador. Es importante tener en cuenta que el castigo o la sanción no debe reducirse únicamente a la imposición de una multa, sino también que puede tomar forma de una sanción que, en muchos casos, puede resultar mucho más perjudicial que una simple multa económica. Un ejemplo de esto, es la exclusión de personas que registren actos discriminatorios de las contrataciones públicas. En aplicación de esta facultad sancionadora, algunas experiencias nacionales demuestran gran efectividad cuando estas funciones han sido transferidas a unos o varios organismos especializados en discapacidad que tengan entre sus funciones



supervisar la implementación de la normativa antidiscriminatoria (Por ejemplo, defensores públicos u Ombudsman de las personas con discapacidad).

El tercero el que podríamos denominar como judicial, y que supone que el Estado conjuntamente con la sanción de una legislación sustantiva antidiscriminatoria, prevea la disponibilidad de herramientas procesales adecuadas para facilitar a la persona discriminada que muy a menudo se encuentra en una situación de gran desventaja con el presunto discriminador, un acceso real a la justicia. En este sentido, la normativa Comunitaria Europea, al igual de algunas legislaciones nacionales, han recogido en materia de procedimiento judicial por discriminación la llamada “inversión de la carga de la prueba” que facilita al discriminado de la engorrosa y muchas veces diabólica tarea de probar la discriminación. Otra herramienta procesal importante para facilitar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, es la de permitir a las asociaciones representativas de personas con discapacidad, proporcionar apoyo legal y representar judicialmente a las personas con discapacidad que hayan visto vulnerado sus derechos fundamentales.

Cuestiones a debatir

¿Qué pueden hacer las instituciones nacionales de promoción de los derechos humanos, y las propias personas con discapacidad para lograr el cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria?

¿Es posible diseñar una estrategia a nivel internacional sobre medidas de ejecución para garantizar la igualdad de oportunidades aplicable a todos los Estados?

Muchas gracias y si les parece les cedo la palabra para el debate.