

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



*Repensando los estándares de la Convención Americana sobre Derechos  
Humanos frente a los desafíos actuales de la institucionalización de  
las personas con diversidad funcional mental*

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta:

**ERICK ANTONIO ACUÑA PEREDA**

**2010**

## Índice

|                   |      |
|-------------------|------|
| Introducción..... | p. 1 |
|-------------------|------|

### Capítulo I

De la discapacidad a la diversidad funcional. Conceptos fundamentales y  
apertura gradual pero insuficiente para la protección y garantía de los derechos humanos

|                                                                                                                                                                                                                      |       |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Buscando una definición bajo el Derecho internacional.....                                                                                                                                                        | p. 8  |
| 1.1. Preocupación incipiente por parte del Derecho internacional.....                                                                                                                                                | p. 10 |
| 1.2. Conceptos que desvirtúan a la persona con discapacidad ¿Discapacidad y enfermedad<br>como sinónimos indisociables?.....                                                                                         | p. 12 |
| 1.3. Hacia una nueva concepción guiada por la evolución de los derechos humanos. La<br>discapacidad como modelo social.....                                                                                          | p. 19 |
| 1.4. De la discapacidad a la diversidad funcional.....                                                                                                                                                               | p. 28 |
| 2. Desafíos contemporáneos que sufren las personas con diversidad funcional mental: ¿Una<br>guerra perdida de antemano?.....                                                                                         | p. 31 |
| 2.1. Diversidad funcional mental e igualdad ante la ley.....                                                                                                                                                         | p. 33 |
| 2.1.1. El estigma presente en las personas con diversidad funcional mental.....                                                                                                                                      | p. 37 |
| 2.1.2. Falta de integración de las personas con diversidad funcional mental en la<br>sociedad.....                                                                                                                   | p. 39 |
| 2.1.3. Inacción estatal frente a las necesidades de las personas con diversidad funcional<br>mental: Políticas públicas y compatibilidad con sus obligaciones internacionales en<br>materia de derechos humanos..... | p. 41 |
| 2.1.4. Pobreza y diversidad funcional mental: ¿Nexo inseparable?.....                                                                                                                                                | p. 44 |

|                                                                                                                                                                                                                                |       |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 2.2. Personas con diversidad funcional mental: ¿Cuál es la importancia de considerar este grupo como uno en situación de vulnerabilidad?.....                                                                                  | p. 46 |
| 3. ¿Surgimiento del Derecho internacional de las personas con diversidad funcional mental?.....                                                                                                                                | p. 53 |
| 3.1. Sobrepoblación de instrumentos de carácter <i>soft law</i> : ¿Naturaleza engañosa?.....                                                                                                                                   | p. 58 |
| 3.2. Inexistencia de estándares uniformizados en los distintos sistemas de protección de derechos humanos.....                                                                                                                 | p. 66 |
| 3.3. Necesidad fundamental: Obligación de respetar los derechos de las personas con diversidad funcional y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos..... | p. 70 |

## Capítulo II

La institucionalización de la personas con diversidad funcional mental bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Construyendo el incipiente desarrollo bajo el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

|                                                                                                                              |       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Personalidad jurídica y la (in)capacidad de ejercer derechos.....                                                         | p. 74 |
| 2. Derecho a la libertad personal de las personas con diversidad funcional mental. Una triste realidad.....                  | p. 82 |
| 2.1. Tratamiento del derecho a la libertad personal bajo los sistemas internacionales de protección de derechos humanos..... | p. 85 |
| 2.2. Replanteando requisitos para la restricción del derecho a la libertad personal en el ámbito interamericano.....         | p. 94 |

|                                                                                                              |        |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 2.2.1. Reserva de ley: ¿Dejando de lado los supuestos de detención bajo orden judicial o en flagrancia?..... | p. 94  |
| 2.2.2. ¿Cuándo una detención no es arbitraria?.....                                                          | p. 98  |
| 2.2.3. Finalidad legítima e idónea: En búsqueda de una real justificación.....                               | p. 99  |
| 2.2.4. Necesidad y proporcionalidad: ¿Aplicación de medidas menos restrictivas? Motivos de la detención..... | p. 100 |
| 2.2.5. Ser informado (¿de qué forma?) de las razones de la detención y los cargos formulados.....            | p. 103 |
| 2.2.6. ¿Ser o no ser... llevado inmediatamente ante un juez?.....                                            | p. 105 |
| 3. Condiciones de detención bajo el derecho a la integridad personal.....                                    | p. 107 |
| 3.1. ¿Detención en centro penitenciario o en institución mental?.....                                        | p. 109 |
| 3.2. Obligaciones estatales en las condiciones de detención.....                                             | p. 112 |
| 4. El derecho a las garantías y protección judiciales: Tutelando más que derechos.....                       | p. 119 |
| 4.1. Naturaleza del proceso: ¿Carácter administrativo o judicial?.....                                       | p. 122 |
| 4.2. Traducción gratuita: ¿Implicancia de un intérprete de idioma, de señas o de algún otro tipo?.....       | p. 125 |
| 4.3. Preparando la buena defensa: ¿Abogados proporcionados por el estado?.....                               | p. 128 |
| 4.4. Entrenando a autoridades: El deber de motivación.....                                                   | p. 134 |
| 4.5. La duración del proceso.....                                                                            | p. 136 |
| 4.6. Necesidad de recursos adecuados y efectivos. El derecho a la protección judicial.....                   | p. 138 |
| 5. Derecho a la vida privada y familiar. Nexos con los derechos de los/as niños/as.....                      | p. 140 |
| 5.1. Estructurando una protección integral del derecho a la vida familiar.....                               | p. 141 |
| 5.2. Los derechos de los niños/as: Descubriendo un panorama nada alentador.....                              | p. 146 |

|                                                                                                          |        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 5.2.1. Una norma -¿nada específica?- en la Convención Americana.....                                     | p. 148 |
| 5.2.2. Niños/as en instituciones mentales: ¿Bienestar y desarrollo Vs. Separación de sus<br>padres?..... | p. 152 |
| 5.2.3. Silencio en la sala: Escuchando a los/as niños/as.....                                            | p. 157 |
| 6. Hacia un futuro sin institucionalización: ¿Compromiso utópico?.....                                   | p. 159 |
| Conclusiones.....                                                                                        | p. 166 |
| Bibliografía.....                                                                                        | p. 170 |
| Agradecimientos.....                                                                                     | p. 213 |



## Introducción

*“Nada para nosotros, sin nosotros”*

Frase recogida por las organizaciones de derechos humanos  
de las personas con diversidad funcional mental

Esequiel Pacheco Tavera. 34 años. Casado y con 3 hijos. Proveniente de una familia en situación de pobreza, trabajaba lavando carros en la Plaza Mayor de la ciudad de Lima. Un día, fue atropellado por un auto. En la posta médica le dijeron que sólo tenía un leve hematoma. No obstante, luego de un par de meses, su situación se agravó. Le era difícil poder comunicarse; su familia lo veía comportarse de manera extraña. Un día salió a la calle sin vestimenta alguna, por lo que fue detenido por un agente policial que lo vio. Luego de forcejear con dicho policía, Esequiel fue llevado a un centro penitenciario, donde fue golpeado y aislado en una pequeña habitación. Dos semanas después, fue hallado muerto debido a que no recibió atención médica. Nunca le dijeron las razones de su detención, ni fue llevado ante una autoridad para determinar la validez de la misma.

Ignacio Soldevilla Reátegui. 10 años. Vivía con sus padres y asistía a una escuela privada de educación primaria. Su profesora se empezó a dar cuenta de que Ignacio no prestaba atención durante las clases y que su rendimiento académico era muy bajo. El problema radicaba en que desde que empezó el colegio, siempre mostró esa conducta, solo que ahora se había acrecentado. Un par de semanas después de un examen, dos agentes de una institución mental estatal acudieron a su casa y se lo llevaron a dicho centro. No pudo comunicarse con sus padres durante la primera semana, ya que los médicos argumentaban que estaban “verificando” la salud del menor. El proceso judicial para determinar su situación ha durado un año y medio y todavía no hay resolución firme. Asimismo, se le ha impedido participar de las actuaciones procesales.

¿Qué tienen en común estos dos ejemplos? Dos respuestas saltan a la vista. En primer lugar, que estas situaciones no son fragmentos del guión de una película ni mucho menos. Son situaciones que se presentan diariamente en nuestra región. En segundo lugar, que estamos frente a personas con diversidad funcional mental. Tal vez esta expresión no sea muy común escucharla. No obstante, si utilizamos términos comunes -pero a la vez con una connotación negativa- como loco o retrasado mental, el panorama podría aclararse.

Los ejemplos descritos representan la actual y dramática situación de las personas con diversidad funcional mental. Pasemos a revisar algunas cifras que ilustrarán de una mejor forma la ardua tarea que se nos viene por delante. Hoy en día, más de 650 millones de personas en el mundo presentan algún tipo de diversidad funcional<sup>1</sup>. Ello representa el 10% de la población. Una cifra nada pequeña, la cual les ha valido la calificación del “la minoría más grande del mundo”.

Ahora bien, las personas con diversidad funcional han sido víctimas, históricamente, de una serie de abusos y violaciones a sus derechos, negándoles incluso la calificación de “personas”, y, en consecuencia, incapaces de ostentar los mismos derechos que los/as demás. Frente a esta situación, esperaríamos que los estados dispongan, dentro de sus legislaciones, normas específicas enfocadas a salvaguardar los derechos de estas personas. Sin embargo, nos topamos con una cruda realidad. Menos de cincuenta estados tienen algún tipo de normativa relacionada con la diversidad funcional y, en muchos casos, ésta es sumamente deficiente y no se ajusta con sus reales necesidades<sup>2</sup>.

Ello nos puede llevar a pensar en las obligaciones internacionales en materia de protección y garantía de los derechos de las personas con diversidad funcional que los estados están obligados

---

<sup>1</sup> Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Naciones Unidas. Enable. En: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=495>

<sup>2</sup> LORD, Janet y Michael Ashley STEIN. "The domestic incorporation of human rights law and the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities". En: Washington Law Review. Nov. 2008, p. 451.

a cumplir. No obstante, una nueva pared se erige frente a nosotros. Por un lado, los pocos instrumentos internacionales sobre el tema tienen un carácter *soft law*, los cuales, en estricto, no son vinculantes ni jurídicamente obligatorios para los estados. Por el otro lado, muchos estados afirman que no existen estándares claros y uniformes sobre el tipo de protección que les deben brindar a las personas con diversidad funcional. Por ello, alegando la vieja excusa de su soberanía, toman las acciones que “mejor” crean pertinentes sobre estas personas.

Esta situación genera numerosas violaciones a los derechos humanos de las personas con diversidad funcional, y, en particular, aquellas con diversidad funcional mental. Por ejemplo, la detención arbitraria de estas personas, sin ningún criterio objetivo y razonable, sin decirles las razones de la restricción de su libertad y sin posibilidad de cuestionar esta medida es una imagen frecuente en el mundo y, principalmente, en nuestra región. Adicionalmente, son llevadas a centros penitenciarios junto con reos comunes, o sin son llevados a instituciones mentales -situación denominada institucionalización-, éstas no cuentan con las condiciones mínimas acordes con su dignidad humana. A ello debemos agregar la falta de garantías y protección judiciales en el proceso para determinar su situación y la vulneración del derecho a la familia. Asimismo, cuando nos referimos a la institucionalización de los/as niños/as, la situación se torna mucho más grave.

Los órganos del Sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión Interamericana) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana) no se han pronunciado sobre muchos casos que se refieran a las personas con diversidad funcional mental. De esta forma, ¿cabría afirmar que en nuestro continente no existen criterios uniformes a nivel internacional sobre el tratamiento que los estados deben otorgar a las personas con diversidad funcional mental?

Consideramos que la respuesta debe ser negativa. Justamente, la presente tesis tiene como hipótesis central afirmar la existencia de estándares uniformes de protección y garantía de derechos humanos para las personas con diversidad funcional mental en el Sistema interamericano de protección de derechos humanos, específicamente, aquellos relacionados con su institucionalización.

En ese sentido, y para el desarrollo de nuestra hipótesis, consideramos necesario plantear cuál va a ser la estructura de nuestra investigación. Ésta se encuentra dividida en dos capítulos. El primero de ellos busca introducirnos al tratamiento que el Derecho internacional ha brindado a las personas con diversidad funcional. Para ello, partimos del desafío que actualmente se presenta para poder definir a una persona con diversidad funcional. De esta forma, a través de un análisis integral de todos los instrumentos internacionales que han surgido desde la aparición del Derecho internacional contemporáneo, podremos establecer cuatro fases que permitirán plantear la saludable -pero lenta- evolución que este complejo fenómeno ha venido alcanzando.

Seguidamente, se remarcarán los principales desafíos que las personas con diversidad funcional mental encuentran en su vida diaria, tales como la discriminación, el prejuicio, la exclusión social, la pobreza, entre otros. De este modo, partiendo de una interpretación del derecho a la igualdad acorde con las necesidades de estas personas, estableceremos cuáles deben ser las medidas que los estados tienen que adoptar a fin de evitar dichas situaciones. Luego de ello, nos enfocaremos en mostrar las diversas razones que han dificultado contar con criterios uniformes respecto al tratamiento que se les otorga a las personas con diversidad funcional mental.

Por su parte, el segundo capítulo se centra en determinar cuáles deben ser los criterios de protección de las personas con diversidad funcional -específicamente, el relacionado a su institucionalización- en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana) en tanto ésta no menciona nada sobre el tema. Al respecto, y en

base al análisis jurisprudencial de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, interpretaremos las disposiciones de dicho tratado (en particular, los derechos a la libertad personal, integridad personal, garantías y protección judiciales, y vida privada y familiar) a fin de garantizar a las personas con diversidad funcional mental el ejercicio adecuado y efectivo de éstos. Asimismo, se hará referencia a las obligaciones internacionales específicas que deben tener los estados en relación con la institucionalización de los niños/as, en tanto permitirá complementar de manera más integral el análisis previo.

Finalmente, haremos una pequeña referencia a la reciente, pero esperanzadora, gestación de un futuro derecho de las personas con diversidad funcional mental. Nos referimos al derecho a la no institucionalización. De esta forma, explicaremos su fundamento, así como de los argumentos que se han ido dando a favor de su creación, principalmente enfocados en los/as niños, lo cual es un aporte valioso. Claro está que aún estamos lejos de tentar esta posibilidad. Sin embargo, ello no puede ser un obstáculo para hacer una referencia a este movimiento y establecer las ventajas comparativas que tendría en relación con la institucionalización.

En conclusión, debemos señalar que el limitado -por no decir nulo- conocimiento de los estándares de protección constituye uno de los factores más importantes que generan las repetidas violaciones de los derechos básicos y libertades fundamentales de las personas con diversidad funcional mental. Consecuentemente, un planteamiento que establezca estos criterios de forma clara, así como su difusión, permitirá que los estados dejen de escudarse y puedan, de una vez por todas, proteger y garantizar eficazmente sus derechos. Esperamos que esta investigación pueda, de algún modo, ser un pequeño aporte más en esta difícil lucha por la reivindicación de los derechos de las personas con diversidad funcional mental.

La metodología empleada en esta investigación es diversa. En primer lugar, utilizamos el método histórico, sociológico y sistemático a fin de poder analizar cada uno de los instrumentos que han

surgido en el Derecho internacional relacionados con los derechos de las personas con diversidad funcional mental. Ello nos permitirá distinguir cuatro etapas distintas, las cuales ayudarán a entender de una mejor manera la evolución que ha tenido dicho concepto.

En segundo lugar, acudimos al método deductivo y comparativo. A partir del estudio de las decisiones y sentencias de los Comités del Sistema universal de derechos humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo), respectivamente, se establecerán cuáles deben ser los estándares en materia de protección y garantía de las personas con diversidad funcional mental. A nivel del Sistema interamericano de protección de derechos humanos, utilizaremos una interpretación dinámica de su jurisprudencia a fin de confirmar nuestra hipótesis al dotar de un mayor contenido a la literalidad de la Convención Americana, a fin de que los derechos de las personas con diversidad funcional mental se vean protegidos.

En lo que se refiere a fuentes de investigación, el material bibliográfico utilizado comprende tres elementos: doctrina general como especializada, instrumentos internacionales y jurisprudencia de los distintos sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Respecto a la doctrina, se han empleado libros y artículos sobre Derecho internacional público y Derecho internacional de los derechos humanos (International Journal of Human Rights, Oxford University Press Law Journal, California Law Review, Harvard Law School Review, Stanford Journal of International Law, entre otros).

Adicionalmente, hemos recurrido a informes y documentos de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) y Organización Panamericana de la Salud (en adelante, OPS), así como a artículos de Psicología (Journal of Developmental and Physical Disabilities, International Journal of Law and Psychiatry, Revista Panamericana de Salud Pública, entre otros), en tanto esta ciencia juega un rol trascendental en las personas con diversidad funcional mental. Las fuentes

consultadas se encuentran en español, inglés y francés por lo que, a fin de utilizarlas válidamente, hemos transcrito los párrafos en el idioma en el que fueron escritas.

Asimismo, hemos utilizados diversos instrumentos internacionales (convenios, protocolos, declaraciones, directrices, reglas, etc.) relacionados al Derecho internacional público, Derecho internacional de los derechos humanos e incluso Derecho internacional laboral. En tercer lugar, he recurrido a la jurisprudencia de los distintos sistemas internacionales de protección de derechos humanos. En el ámbito universal, se ha empleado los dictámenes de los Comités del Sistema universal de derechos humanos, así como sus observaciones generales. Además, las sentencias del Tribunal Europeo han sido un aporte sumamente valioso en la definición de los estándares de protección y garantía de los derechos humanos de las personas con diversidad funcional mental. Finalmente, en el Sistema interamericano, se han utilizado los informes de admisibilidad y fondo de la Comisión Interamericana, así como las sentencias, opiniones consultivas y medidas provisionales de la Corte Interamericana.

Por todo lo expuesto, esperamos que el presente trabajo de investigación suponga un aporte en el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos de las personas con diversidad funcional mental. Es una ardua y compleja tarea, pero consideramos que el análisis realizado a lo largo de esta tesis contribuirá positivamente a fijar lineamientos y estándares internacionales en torno a la problemática de la institucionalización de estas personas.

## Capítulo I

### **De las personas con discapacidad a la diversidad funcional. Conceptos fundamentales y apertura gradual pero insuficiente para la protección y garantía de sus derechos humanos**

El presente capítulo pretende analizar el tratamiento que el Derecho internacional le ha ido brindando a las personas con diversidad funcional. Para ello, es fundamental partir de la premisa de que el propio concepto de discapacidad, como suele utilizarse actualmente, es relativo en tanto ha ido variando a lo largo de los años y guarda una serie de connotaciones implícitas. De esta forma, se podrá distinguir las distintas etapas que se han configurado relativas a la protección de las personas con diversidad funcional, nuevo término propuesto que pretende reemplazar al de “discapacidad”.

Asimismo, se expondrán, en base al estudio realizado, cuáles son los principales desafíos que actualmente afrontan las personas con diversidad funcional mental (discriminación, pobreza, exclusión social y falta de políticas públicas con enfoque de derecho). Frente a ello, sostendremos que uno de los objetivos primordiales, a fin de establecer una real protección y garantía de los derechos de estas personas, consistirá en establecer estándares internacionales adecuados.

#### **1. Buscando una definición bajo el Derecho internacional**

Antes de empezar con nuestro análisis, detengámonos a reflexionar sobre la siguiente frase: *Se deben respetar los derechos de las personas con discapacidad.*

Una somera lectura nos indica que estamos frente a un enunciado totalmente válido y en el que no debería haber ninguna controversia al respecto. Al fin y al cabo, todas las personas deberían ver respetados y garantizados sus derechos. Sin embargo, si analizamos detenidamente dicha premisa podemos encontrar una serie de dificultades a fin de lograr una efectiva plasmación de esta afirmación a la realidad.

En primer lugar, nos topamos con una pregunta fundamental: ¿quiénes son discapacitados? Se nos podría ocurrir que una persona en silla de ruedas o tal vez alguien con Síndrome de Down lo son. No obstante, la calificación ha sido un tema que ha generado controversia a lo largo de los años. Principalmente, la amplia diversidad de las personas ha generado que la determinación de quiénes son sujetos con discapacidad, y sobre la base de qué criterios, siga siendo una preocupación constante, a fin de garantizar una efectiva protección. En efecto, el término discapacidad es un concepto que, tal como analizaremos, ha ido evolucionando a lo largo de los años e incluso, no queda en la actualidad exento de cuestionamientos.

Ahora bien, en segundo lugar, nos ponemos frente a una nueva disyuntiva: ¿los derechos de las personas con discapacidad deben ser garantizados de la misma manera que a las personas que no pertenecen a este grupo? Y si no es así, ¿de qué forma debería de establecerse a fin de brindar un marco general de respeto y garantía?

Dichas preguntas plantean una serie de retos que actualmente siguen abriendo debates entre los actores de la comunidad internacional. Ciertamente, partiendo de la complejidad social de este fenómeno<sup>3</sup>, pretendemos esclarecer los difusos conceptos que se han venido asentando a lo largo de los años.

Han existido numerosas corrientes que han intentado definir el concepto de discapacidad y los distintos tratamientos que se les daba a estas personas<sup>4</sup>. Sin embargo, nuestra intención no es enumerar las diversas escuelas que han estudiado la manera en que debemos entender la discapacidad. Por el contrario, y a fin de analizar cuál ha sido el tratamiento que el Derecho internacional le ha dado a la discapacidad, hemos considerado necesario dividirlo en cuatro

---

<sup>3</sup> PALACIOS, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Ediciones CINCA, 2008, p. 25.

<sup>4</sup> Por ejemplo, Agustina Palacios distingue tres modelos de tratamiento que a lo largo del tiempo se ha dispensado a las personas con discapacidad, y que, en algunos ámbitos coexisten (en mayor o menor medida) en el presente. Véase: PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 28.

etapas, basándonos en los distintos instrumentos internacionales sobre el tema. Cabe mencionar que la mayoría de éstos (declaraciones, resoluciones, entre otros) tienen un carácter no vinculante para los estados, puesto que son normas de *soft law* -en el punto 3.1, ampliaremos esta compleja situación-. No obstante, y a efectos de poder dar una visión integral de cómo el Derecho internacional viene desarrollando la definición de discapacidad, hemos considerado indispensable utilizar cada uno de los instrumentos internacionales relacionados con este complejo tema.

### 1.1. Preocupación incipiente por parte del Derecho internacional

El primer instrumento que debemos abordar es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Ésta no hace mayor referencia a las personas con discapacidad, por lo que no establece una protección especial que los estados deberían tomar, con excepción del artículo 25. En éste, se indica que las personas con invalidez tienen el derecho a la seguridad social. No obstante, la disposición resulta sumamente vaga en tanto no establece qué debemos entender por invalidez.

Asimismo, el artículo 2, al señalar los criterios prohibidos para realizar distinción entre personas, no menciona a las personas con discapacidad<sup>5</sup>. Lo mismo sucede en el caso de la Declaración Americana sobre derechos y deberes del hombre<sup>6</sup>. Ahora bien, tampoco podemos desconocer la importancia que ambas declaraciones tuvieron para el desarrollo del Derecho internacional y, en consecuencia, no es posible que se les haya exigido tomar en cuenta una protección amplia a un grupo de personas que, hasta ese entonces, eran excluidas y hasta consideradas invisibles. A ello se suma el hecho de que ambas declaraciones establecen una lista no cerrada de criterios en

---

<sup>5</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 10 de diciembre de 1948. Artículo 2: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. No se hace ninguna referencia a la igualdad en base a la diversidad funcional". En: [www.un.org/es/documents/udhr/](http://www.un.org/es/documents/udhr/). Para mayor información, véase: STEIN, Michael Ashley. "Disability Human Rights". En: California Law Review. Nº 1, 2007. pp. 75-121.

<sup>6</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia. 2 de mayo de 1948. En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res98/res1591.htm>

cuanto a la prohibición de discriminación, por lo que también podrían incluirse a las personas con discapacidad.

En 1950, en el marco del Consejo Económico y Social, órgano de las Naciones Unidas, se publicó una resolución sobre la rehabilitación social del disminuido físico. Dicho documento, además de no considerar los diversos tipos de discapacidades, se limitaba a llamar a los estados a que se encarguen de su tratamiento. No obstante, la resolución no señala qué estándares deberían tomarse para ello<sup>7</sup>. Ese mismo año, se adoptó el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que se refiere, de forma poco clara, a las personas con discapacidad. En efecto, el artículo 5, referido al derecho a la libertad personal, señala que es válida la detención a un “enajenado”<sup>8</sup>. Tomando en cuenta la definición de la Real Academia, un enajenado sería la persona que ha perdido la razón de una manera permanente o transitoria<sup>9</sup>. A primera impresión, parece que se estaría refiriendo a las personas con discapacidad mental o sensorial. Sin embargo, a pesar de que este tema será materia de análisis en el segundo capítulo, podemos apreciar que existe cierta ambigüedad en la literalidad de la disposición en tanto no llega a definir qué debemos entender por enajenado<sup>10</sup>.

Frente a lo expuesto, es posible coincidir con Hendricks, quien sostiene:

<sup>7</sup> GOYAL, O.P. Understanding and scouting with physically handicapped. Delhi: Chawla Offset Press. 2005, pp. 223-224.

<sup>8</sup> Convención europea sobre derechos humanos. Adoptada: 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor (revisado de conformidad con el Protocolo nº 11): 1 de noviembre de 1998. Artículo 5.1.e: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley (...) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”. En: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>

<sup>9</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. En: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=enajenado](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=enajenado)

<sup>10</sup> Por ejemplo, en uno de los primeros casos que trató el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), éste señaló que una persona encajaba dentro de este término debido a que dos médicos habían declarado que tenía una “enfermedad mental”. En: TEDH. Luberti v. Italia. Sentencia 9019/80. 23 de febrero de 1984, párr. 29.

Despite large scale eugenics, involuntary sterilisation, 'euthanasia' and medical experimentation programmes and policies, not confined to Nazi-Germany, the human rights of people with disabilities were systematically ignored, if not neglected, by the drafters of such instruments as the Universal Declaration of Human Rights (and) the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>11</sup>.

Por ello, de los instrumentos previamente señalados podemos extraer dos conclusiones generales. Por un lado, no nos ayudan en la búsqueda de una definición de discapacidad en tanto la vaguedad en las disposiciones referidas no contribuye a su comprensión cabal. Por el otro, tienden a contribuir con la idea del discapacitado como una persona que no merece una protección especial y que no es tomada en cuenta por realmente por el Derecho internacional<sup>12</sup>. En definitiva, esta etapa se caracteriza por brindarnos un marco general de invisibilidad frente a las personas con discapacidad.

## **1.2. Conceptos que desvirtúan a la persona con discapacidad. ¿Discapacidad y enfermedad como sinónimos indisociables?**

La aparición de una real preocupación sobre las personas con discapacidad se empieza a percibir en las reivindicaciones raciales y feministas que, a inicios de 1960, exigían un tratamiento igualitario de oportunidades y servicios<sup>13</sup>. Estos movimientos permitieron que se empiece a gestar la formación de un grupo de personas preocupadas por la exclusión y la denegación de los derechos humanos de las personas con discapacidad<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> HENDRIKS, Aart. "UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities". En: European Journal of Health Law. Nov. 2007, p. 273.

<sup>12</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 26.

<sup>13</sup> Las críticas más agudas y constructivas para el fortalecimiento de tales derechos parten en Estados Unidos de América y del Reino Unido. Véase: MIDDLETON, Renee A., Carolyn W. Rollins y Debra A. Harley. "The historical and political context of the civil rights of persons with disabilities: A Multicultural Perspective for Counselors". En: Journal of Multicultural Counseling & Development. Apr. 1999, p. 105.

<sup>14</sup> Para mayor información, véase: BICKENBACH, Jerome E. "Minority Rights of Universal Participation: the Politics of Disablement". En: Disability, Diversity and Legal Change. The Hague – Boston - London: Martinus Nijhoff Publishers. 1999, pp. 101-116.

No obstante, a pesar de la reciente gestación de este movimiento, ni el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos<sup>15</sup> ni el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales<sup>16</sup>, hicieron referencia alguna a las personas con discapacidad. Es más, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció que el hecho de que en el Pacto no haya una disposición explícita que trate de la discapacidad se atribuyó al desconocimiento de la importancia que tenía -y tiene- el ocuparse explícitamente de esta cuestión<sup>17</sup>.

En el plano internacional, en 1969 se elaboró la Declaración sobre el progreso y desarrollo social<sup>18</sup>. Dicha declaración se basó en el deber de cooperación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, según el cual los estados miembros debían prestarse ayuda con el objetivo de promover niveles de vida más elevados, así como condiciones de progreso y desarrollo económico y social.

Particularmente, es la primera vez que encontramos una garantía específica dirigida hacia las personas con discapacidad, puesto que se dispuso, como uno de sus objetivos principales el proteger los derechos de “los impedidos y las personas física o mentalmente desfavorecidas”<sup>19</sup>. Asimismo, también señaló que:

La institución de medidas apropiadas para la rehabilitación de las personas mental o físicamente impedidas, especialmente los niños y los jóvenes, a fin de permitirles en la mayor medida posible, ser miembros útiles de la sociedad -entre estas medidas deben figurar la provisión de tratamiento y

<sup>15</sup> Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Resolución 2200 A (XXI). Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada: 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

<sup>16</sup> Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Resolución 2200 A (XXI). Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada: 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

<sup>17</sup> Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general nº 5. Las personas con discapacidad. 1994, párr. 6.

<sup>18</sup> Declaración sobre el progreso y desarrollo social. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2542 (XXIV). Nueva York, 11 de diciembre de 1969. En: [http://www.oit.org.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2068:declaraciobre-el-progreso-y-el-desarrollo-en-lo-social&catid=297:instrumentos-jurcos-onu&Itemid=1365](http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2068:declaraciobre-el-progreso-y-el-desarrollo-en-lo-social&catid=297:instrumentos-jurcos-onu&Itemid=1365)

<sup>19</sup> Declaración sobre el progreso y desarrollo social. Art. 11.

prótesis y otros aparatos técnicos, los servicios de educación, orientación profesional y social, formación y colocación selectiva y la demás ayuda necesaria- y la creación de condiciones sociales en las que los impedidos no sean objeto de discriminación debido a sus incapacidades<sup>20</sup>.

A pesar de que es un aporte interesante, puesto que se refiere a la prestación de servicios de salud, seguridad social y asistencia social a las personas con discapacidad, podemos empezar a notar el uso de conceptos que tienen una connotación negativa, como “impedidos”. Asimismo, podemos desprender de la disposición señalada que las personas con discapacidad, *per se*, no son útiles a la sociedad.

Tres años después, en 1971, se adoptó la Declaración de los derechos del retrasado mental<sup>21</sup>, la cual realizó una distinción desafortunada entre las personas que tienen “derecho a todos los derechos”, y aquellos que tienen “derecho solo a algunos” (las personas con discapacidad). Esta premisa se ve corroborada cuando el artículo 1 indica que “El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos.”

A pesar de constituirse en uno de los primeros intentos de reconocimiento de la situación de las personas con discapacidad mental, los términos utilizados continúan demostrando la perspectiva que el Derecho internacional tenía sobre este grupo; esto es, personas sin la capacidad de poder tener los mismos derechos que los demás.

En 1975, con la Declaración de los derechos de los impedidos<sup>22</sup>, se volvió a presentar, en términos bastante peyorativos y simplificados, la presunta “protección especial” de las personas

<sup>20</sup> Declaración sobre el progreso y desarrollo social. Art. 19.

<sup>21</sup> Declaración de los derechos del retrasado mental. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2856 (XXVI). Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 20 de diciembre de 1971. En: <http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/integracion/ares2856xxvi.htm>

<sup>22</sup> Declaración de los derechos de los impedidos. Resolución 3447 (XXX). Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 9 de diciembre de 1975. En: [http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/integracion/ares\\_3477xxx.htm](http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/integracion/ares_3477xxx.htm)

con discapacidad. En primer lugar, el artículo 1.1 califica al impedido como “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”<sup>23</sup>. Ello lleva a señalar que “el impedido (...) tiene los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos de la misma edad (...) lo que supone, en primer lugar, el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible”<sup>24</sup>.

Nuevamente, nos tenemos que preguntar, ¿qué debe entenderse por “vida normal”? La literalidad de la disposición parece indicar que el “impedido” solo puede alcanzar ciertos derechos, y ello dependerá de la condición de discapacidad que tenga. Asimismo, vamos encontrando una repetición en el término impedido. ¿Impedido a qué? La connotación que podemos deducir es que las personas con discapacidad siguen siendo relativizadas a sujetos menores de derecho, sin responsabilidades ni obligaciones.

Los instrumentos antes mencionados dan la idea de que estamos frente a una concepción de la persona con discapacidad como alguien enfermo, sin la capacidad suficiente para valerse por sí mismo y que, en consecuencia, no podría alcanzar los mismos derechos que las “personas normales”. Es más, en base a este contexto, la Organización Mundial de la Salud, en 1976, aprobó la “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías” (CIDDM)<sup>25</sup>. Las organizaciones de derechos humanos acusaron el informe de no tomar en cuenta factores sociales

---

<sup>23</sup> Declaración de los derechos de los impedidos. Art. 1.1.

<sup>24</sup> Declaración de los derechos de los impedidos. Art. 1.3.

<sup>25</sup> El informe establecía conceptos tales como: las deficiencias hacen referencia a las anomalías de la estructura corporal y de la apariencia y a la función de un órgano o sistema, cualquiera que sea su causa; es decir, representan trastornos a nivel de órgano. Las discapacidades reflejan las consecuencias de la deficiencia desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo; por lo tanto, representan trastornos a nivel de la persona. Las minusvalías hacen referencia a las desventajas que experimenta el individuo como consecuencia de las deficiencias y discapacidades; es decir, reflejan la adaptación del individuo al entorno. Para mayor información, véase: BADLEY, Elizabeth y otros. “Impairment, disability, and the ICIDH (International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps) Model. II: The nature of the underlying condition and patterns of impairment”. En: International Rehabilitation Medicine. 1987.

que acompañan, influyen y determinan las deficiencias, discapacidades y minusvalías<sup>26</sup>. Sin dudas, compartimos dicha posición en tanto la discapacidad era vista en esta época como una situación meramente científica, en la que no influían los factores ya señalados.

En el seno de las Naciones Unidas, la Asamblea General emitió, un año después, la resolución 31/82 del 13 de diciembre de 1976 en la cual recomendaba a los estados que incorporen en sus planes, políticas y programas, el contenido de la Declaración de los derechos de los impedidos. Claro está que esta interesante iniciativa solo quedó en eso, puesto que, tal como veremos en la tercera parte de este capítulo, las políticas públicas de los estados, en relación con las personas con discapacidad, han sido sumamente insuficientes.

De otro lado, la Organización Internacional de Trabajo decidió pronunciarse sobre los derechos laborales de las personas con discapacidad. En particular, el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas<sup>27</sup>, reiterada por la Recomendación 168<sup>28</sup>, establecía como persona inválida a “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida<sup>29</sup>”. Asimismo sancionaba el deber de los estados partes de que las personas “inválidas” obtengan y conserven un empleo adecuado y progrese en el mismo y que se promueva así la integración o reintegración de las personas con discapacidad a la sociedad.

<sup>26</sup> EGEA GARCÍA, Carlos y Alicia SARABIA SÁNCHEZ. Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad. En: <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/art/ClasificacionesOMSDiscapacidad.pdf>

<sup>27</sup> Convenio 159. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra. Adoptado: 22 de junio de 1983. En: <http://www.down21.org/legislacion/internacionales/convenio159.asp>

<sup>28</sup> Recomendación 168. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra. Adoptada: 20 de junio de 1983. En: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>

<sup>29</sup> Convenio 159. Art. 1.1.

Asimismo, la Iglesia Católica también se pronunció sobre los derechos laborales de las personas con discapacidad en esta época. De acuerdo a la doctrina social de la Iglesia en 1981, el papa Juan Pablo II señaló que:

Sería radicalmente indigno del hombre y negación de la común humanidad admitir en la vida de la sociedad, y, por consiguiente, en el trabajo, únicamente a los miembros plenamente funcionales, porque obrando así se caería en una grave forma de discriminación (...) Se debe prestar gran atención no sólo a las condiciones de trabajo físicas y psicológicas, a la justa remuneración, a la posibilidad de promoción y a la eliminación de los diversos obstáculos, sino también a las dimensiones afectivas y sexuales de la persona minusválida<sup>30</sup>.

De esta forma, un tema tan controversial en esa época como los derechos laborales de las personas con discapacidad parecía estar encaminándose hacia un resultado fructífero<sup>31</sup>. Se empieza a originar la idea del trabajo como una forma de integración a estas personas, lo cual va permitiendo que las personas con discapacidad puedan desarrollar diversas labores en igualdad de oportunidades que las demás personas. En ese sentido, se empezaría a forjar el derecho a que tengan la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible<sup>32</sup>.

Finalmente, a inicios de la década de los noventas, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la

<sup>30</sup> IGLESIA CATÓLICA. “Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia”. En: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html)

<sup>31</sup> Entre las principales demandas de las personas con discapacidad, podemos señalar: accesibilidad a los centros de trabajo, denegación de seguros médicos, así como de beneficios o utilidades, entre otros. En: GLUCK MEZEY, Susan y otros. “The Americans with Disabilities Act in Federal Court: litigating against public entities”. En: Disability and society. Vol. 17, nº 1. London: Carfax Publishing. 2002, p. 55.

<sup>32</sup> Posteriormente, el artículo 27 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establecerá la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, la igualdad de oportunidades, salarios y seguridad social, derechos sindicales, entre otros. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/61/106. Adoptada: 13 de diciembre de 2006. Entrada en vigor: 3 de mayo de 2008. En: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

atención de la salud<sup>33</sup>. La importancia de este instrumento radica en que es el primero en tratar de manera global el tema de la salud mental<sup>34</sup>.

Cabe recordar que la atención efectuada en centros de salud mental ha sido duramente cuestionada debido a las condiciones deplorables en las que se encontraban las personas con discapacidad. De esta forma, este instrumento prevé ciertos mecanismos a adoptar con el objetivo de establecer un tratamiento con humanidad y respeto a las personas discapacitadas. Asimismo, estos principios constituyen una guía para los estados en la tarea de delinear y reformar los sistemas de salud mental<sup>35</sup>.

A pesar de este progreso, podemos observar que se denomina a las personas con discapacidad mental, enfermos mentales. Nuevamente la idea recurrente de tratar a las personas con discapacidad como enfermos aflora, más que en las disposiciones, en el propio concepto empleado.

En conclusión, el estudio de estos instrumentos nos permiten ir estableciendo que nos encontrábamos en una etapa donde se empezó a referirse a las personas con discapacidad. Sin embargo, por ser los primeros esfuerzos en resguardar a estas personas, hemos visto los conceptos que se empleaban tenían una connotación negativa, limitando a las personas con discapacidad como alguien sin los mismos derechos que cualquier otra persona.

En tal sentido, podemos considerar que estamos frente a una concepción que empezó considerando a las personas con discapacidad como inútiles o sin la capacidad de ostentar los

---

<sup>33</sup> Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud. Resolución 46/119. Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 17 de noviembre de 1991. En: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2014.pdf>

<sup>34</sup> ROSENTHAL, Norman y Leonard RUBENSTEIN. "International human rights advocacy under the Principles for the Protection of Persons with Mental Illness". En: International Journal of Law and Psychiatry. Vol. 16, 1993, p. 262.

<sup>35</sup> IGLESIAS, Elizabeth. Derechos Humanos y Salud Mental en el Uruguay. Mental Disability Rights International. Washington: American University. 1995, p. 4.

misimos derechos que cualquier otra persona y termina considerándolas como personas que son enfermas y deben ser rehabilitadas<sup>36</sup>.

### **1.3. Hacia una nueva concepción guiada por la evolución de los derechos humanos. La discapacidad como modelo social**

Con el inicio de la década de los noventas, y tras los débiles avances que se habían realizado en materia de protección de las personas con discapacidad, se empezó a plantear la posibilidad de analizar la discapacidad no como una enfermedad que debía ser sanada, sino como una situación a la cual se le debía otorgar una protección particular compatible con sus necesidades y exigencias<sup>37</sup>.

Es así como en 1993, las “Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad<sup>38</sup>” pretendieron identificar a las personas con discapacidad como un grupo necesitado de una protección especial. Mediante este instrumento, se señaló que la real igualdad debe girar en torno a la mayor toma de conciencia, atención médica, rehabilitación y servicios de apoyo a las personas con discapacidad. A pesar de no tener un carácter convencional, se propuso crear las condiciones en los ordenamientos nacionales para la formación de reglas consuetudinarias que puedan ser oponibles en la comunidad internacional. De esta forma, las esferas para la igualdad de participación son el acceso<sup>39</sup>, la educación<sup>40</sup>, el empleo y

<sup>36</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 26.

<sup>37</sup> Para mayor información, véase: SANJOSÉ GIL, Amparo. El primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI: La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En: <http://sid.usal.es/docs/F8/ART10638/sanjosegil.pdf>

<sup>38</sup> Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Resolución 46/96. Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 20 de diciembre de 1993. En: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissres0.htm>

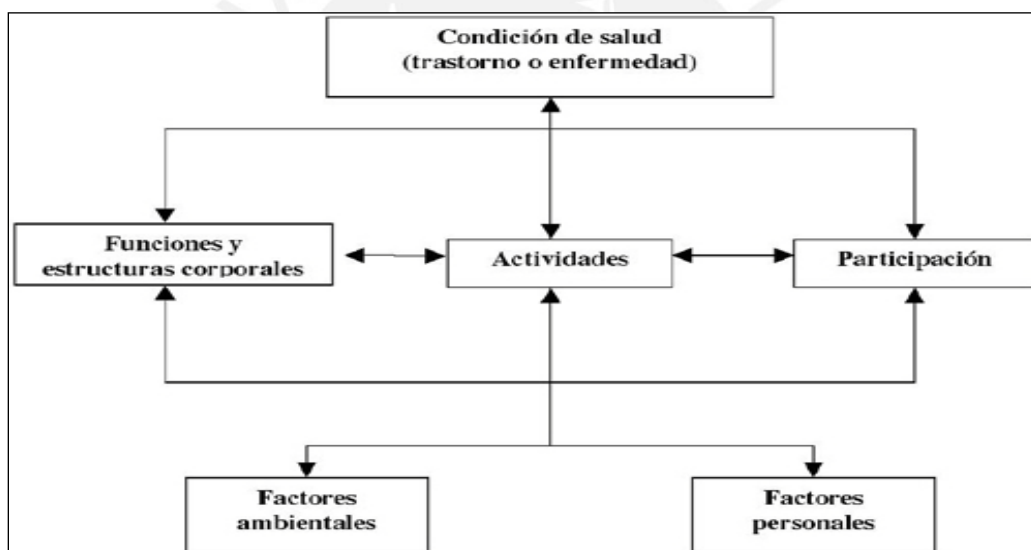
<sup>39</sup> El artículo 5 exige a los estados a que (i) establezcan programas de acción para que el entorno físico sea accesible, y (ii) adopten medidas para garantizar el acceso a la información y la comunicación.

<sup>40</sup> “Los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados, y deben velar por que la educación de las personas con discapacidad constituya una parte integrante del sistema de enseñanza”. Art. 6.

mantenimiento de ingresos y seguridad social<sup>41</sup>, la cultura<sup>42</sup>, las actividades recreativas y deportivas<sup>43</sup>, la religión<sup>44</sup>, entre otros.

Las concepciones de discapacidad, analizadas en el punto precedente, parecen quedar relegadas a favor de una nueva perspectiva; esto es, bajo una protección real e íntegra de los derechos de las personas con discapacidad. Ello se ve reforzado por el calificativo de discapacidad, concepto que no había sido utilizado hasta el momento en el Derecho internacional.

Ahora bien, a fin de entender este modelo social, analicemos el siguiente cuadro elaborado por la OMS y veamos si existe alguna diferencia con las distintas acepciones que hemos ido encontrando respecto a las personas con discapacidad.



<sup>41</sup> El artículo 7 dispone que tanto en las zonas rurales como en las urbanas debe haber igualdad de oportunidades para obtener un empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo. Por su parte, el artículo 8 afirma que los Estados son responsables de las prestaciones de seguridad social y mantenimiento del ingreso para las personas con discapacidad.

<sup>42</sup> "Los Estados deben velar por que las personas con discapacidad se integren y puedan participar en las actividades culturales en condiciones de igualdad". Art. 10.

<sup>43</sup> El artículo 11 dispone que existan lugares donde las personas con discapacidad puedan llevar a cabo sus actividades recreativas y deportivas. Asimismo, se demanda el fomento de oportunidades de participación en actividades deportivas.

<sup>44</sup> "Los Estados, en consulta con las autoridades religiosas, deben promover la adopción de medidas para eliminar la discriminación y para que las actividades religiosas sean accesibles a las personas con discapacidad". Art. 12.1.

Este gráfico fue elaborado en el año 2001, cuando, en el marco de la 54ª Asamblea Mundial de la Salud se aprobó la que sería la sucesora de la CIDDM: la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud<sup>45</sup>. Esta nueva clasificación, la cual se publicó luego de más de una década de estudios<sup>46</sup>, revoluciona el entendimiento de la concepción de la discapacidad como enfermedad. Es más, ya desde el propio nombre del documento encontramos un enfoque distinto que analiza el estado de la salud de modo integral, antes que referirse a la enfermedad. Es así como la OMS propone:

A better model of disability, in short, is one that synthesizes what is true in the medical and social models, without making the mistake each makes in reducing the whole, complex notion of disability to one of its aspects. This more useful model of disability might be called the biopsychosocial model. ICF (Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud) is based on this model, an integration of medical and social. ICF provides, by this synthesis, a coherent view of different perspectives of health: biological, individual and social<sup>47</sup>.

Bajo el modelo social, se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de personas, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos de los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud. Resolución WHA 54.21. Asamblea Mundial de la Salud. Aprobada: 22 de mayo de 2001. En: <http://www.who.int/classifications/icf/en/>

<sup>46</sup> Para mayor información, véase: MATILDE, Leonardi y otros. "The definition of disability: what is in a name". En: The Lancet. Vol. 368, N° 9543. 2006.

<sup>47</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. Towards a common language for functioning, disability and health. Documento WHO/EIP/CAS/01.3. Ginebra, 2002. En: <http://www.who.int/classifications/icf/training/icfbeginnersguide.pdf>

<sup>48</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 27.

Siguiendo esta premisa, en el ámbito americano se adoptó en el 2004 la Declaración de Montreal<sup>49</sup>. Dicho instrumento internacional no pretendió referirse a cada uno de los derechos de las personas con diversidad funcional intelectual enunciados en los instrumentos internacionales ya descritos. Su objetivo se centró en recordar a la comunidad internacional la especificidad que conlleva la discapacidad intelectual en materia de los derechos de estas personas.

De esta forma, la Declaración de Montreal supuso un primer paso importante en nuestra región en la lucha contra la marginalización de las personas que tienen alguna discapacidad intelectual. Es más, Paul Hunt, ex Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, le ha reconocido una importancia similar a la que tienen instrumentos muy importantes, como son los Principios para la protección de las personas con enfermedad mental y las Normas para la igualdad de oportunidades de las personas discapacitadas<sup>50</sup>.

Es así como, la sociedad internacional empezó a ser consciente de la necesidad de establecer normas vinculantes para la protección de los derechos de las personas con discapacidad<sup>51</sup>. Claro está que existía un precio alto que algunos estados no querían pagar<sup>52</sup>. No obstante, ello no impidió que, en diciembre de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableciera un Comité *ad hoc* con el objetivo de redactar un tratado en el cual se consigne de forma integral la

<sup>49</sup> Declaración de Montreal. Conferencia de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Adoptada: 6 de octubre del 2004 (75 participantes y representantes de diecisiete estados). En: <http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/investigacion/Salud%20mental/Legislacion/decl-montreal-disca-intelectual.pdf>

<sup>50</sup> Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Consejo de Derechos Humanos. E/CN.4/2005/51. 11 de febrero de 2005.

<sup>51</sup> AL ABOUDI, Adnan. "What the UN Can Do for the Disabled". En: UN Chronicle. Sep. 2005, p. 71.

<sup>52</sup> Ello implicaba una estructura del sistema educativo que implicaría más gastos, inversiones en infraestructuras adecuadas, acceso a servicios de salud, entre otros. En: CARDONA LLORENS, Jorge y Amparo SANJOSÉ GIL. "La promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad: en el camino de su reconocimiento universal". En: Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos. México D.F.: Editorial Porrúa México. 2005, p. 149.

promoción y protección de las personas con discapacidad<sup>53</sup>. Todo lo mencionado anteriormente fue tomado por el primer instrumento en recoger convencionalmente, y en consecuencia, de naturaleza vinculante para los estados, la protección para personas con discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>54</sup>.

Respecto al concepto de la palabra “discapacidad”, es importante resaltar que en este tratado sí se pudo llegar a un acuerdo respecto de la elaboración de una definición de mínimos, que sirviera como guía o parámetro para los estados. En ese sentido, la convención señala 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 demás<sup>55</sup>”. Existieron numerosas opiniones encontradas en cuanto a la necesidad de introducir una definición, debido a la complejidad de este fenómeno y del riesgo de limitar el alcance de la Convención<sup>56</sup>.

Otro aspecto que también alertó a los estados fue que no se señala exactamente el tipo de deficiencia que una persona debería tener para poder calzar dentro del estatus de persona con discapacidad. Con ello, podría correrse el riesgo de que en los ordenamientos jurídicos internos se exija un determinado grado de “deficiencia” para entrar dentro del ámbito protector de este instrumento<sup>57</sup>. Así, al referirse al fenómeno de la discriminación y no tanto en las peculiaridades de la persona, se salvarían interpretaciones restrictivas que determinados estados pudieran alegar

<sup>53</sup> Creación de Comité ad hoc. Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Resolución A/RES/56/168. Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 19 de diciembre de 2001. Una descripción detallada del proceso que llevó a la adopción de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad puede encontrarse en: [http://www.ncd.gov/newsroom/publications/2003/history\\_process.htm](http://www.ncd.gov/newsroom/publications/2003/history_process.htm)

<sup>54</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. A la fecha, cuenta con 57 ratificaciones. El Perú ratificó esta Convención el 30 de enero de 2008. En: [www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf)

<sup>55</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Art. 1.

<sup>56</sup> Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial Ad-Hoc. Documento A/AC.265/2004/WG.1. 27 de enero de 2004. Anexo I, p. 10.

<sup>57</sup> Por ejemplo, en España, el artículo 1.2 de la ley 51/2003 establece: “A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento...”. España. Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 2 de diciembre de 2003.

basándose en sus legislaciones internas cuando éstas sean limitadas o se encuentren basadas en el modelo médico de discapacidad<sup>58</sup>.

De todas formas, debemos considerar este intento de definición como positiva. Ello se debe principalmente a que no estamos frente a una definición taxativa<sup>59</sup>, sino que permite la inclusión de distintas formas y niveles de discapacidad. Asimismo, la propia Convención reconoce en su preámbulo que la discapacidad es un concepto que se encuentra en constante evolución. El elemento clave radica en que la discapacidad no solo implica estas características físicas, sino que para poder ser considerado como una persona con discapacidad es necesario que, al interactuar con diversas barreras, se le impida su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que con los demás. En tal sentido, estaríamos frente a dos elementos que deberían concurrir para que a una persona se la pueda calificar con discapacidad<sup>60</sup>.

Ahora bien, la importancia central de este instrumento es que aclara y precisa cómo se aplican a las personas con discapacidad todas las categorías de derechos que han sido regidos en los diversos tratados de derechos humanos. Asimismo, se indica las esferas en las que es necesario introducir adaptaciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer en forma efectiva sus derechos.

Adicionalmente, podemos encontrar una doble dimensión de derechos en esta convención. Por un lado, los derechos ya establecidos en otros tratados, pero redirigidos a una protección real para las

<sup>58</sup> DEGENER, T., Definition of Disability. EU Network of Legal Experts on Disability Discrimination Law, 2004. En: [http://www.europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/aneval/disabdef.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/disabdef.pdf)

<sup>59</sup> Para mayor información, véase: BICKENBACH, Jerome y otros. "Models of disablement, universalism and the international classification of impairments, disabilities and handicaps". En: Social Science and Medicine. May. 1999, pp. 1173–1187.

<sup>60</sup> De acuerdo a los documentos preparatorios del proceso de elaboración de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se puede observar que de las definiciones internas presentadas por treinta y seis países, solo tres incluyen factores sociales a la hora de definir la discapacidad: (i) Estados Unidos. American with disabilities Act. 1990; (ii) Filipinas. Magna Carta for Disabled Persons 1991; y (iii) Zimbawe. Disabled Persons Act. 1992. En: Comité ad hoc. Octava Sesión. 14-25 de diciembre de 2006. Documento: Definition of disability in selected national legislation.

personas con discapacidad<sup>61</sup>. En este sentido, es importante destacar la inclusión de derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales<sup>62</sup>. Por el otro lado, también debemos rescatar la aparición de derechos que no habían sido establecidos previamente, pero que son fundamentales para garantizar el efectivo disfrute de todos sus derechos.

De esta forma, disentimos de un reciente informe que elaboró la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en donde señala que “la Convención no crea ningún derecho nuevo, sino que aclara las obligaciones de los Estados en relación con los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales ya existentes”<sup>63</sup>. Por lo señalado, existen ciertos derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que son específicos tales como la accesibilidad universal, la movilidad personal y a la habilitación. A pesar de que en estas disposiciones no se las señala expresamente como derechos, consideramos que a través de una interpretación sistemática sí pueden ser considerados como tales, y no como principios o herramientas para la plasmación de otros derechos<sup>64</sup>. Es claro que estas disposiciones pueden ser catalogadas como directrices que cruzan transversalmente los diversos derechos contenidos en la Convención. No obstante, su contenido específico permite referirnos a ellos como nuevos derechos, que se han ido creando debido a las necesidades de las personas con discapacidad<sup>65</sup>.

Esta posición ha sido corroborada por el recientemente conformado Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la

<sup>61</sup> MÉGRET, Frédéric. "The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights". En: International Journal of Human Rights. Summer 2008, p. 265.

<sup>62</sup> Ídem, p. 266

<sup>63</sup> Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad. Resolución A/HRC/4/75. 17 de enero de 2007. párr. 19. Asimismo, véase: LEE, Yanghee. "Expanding human rights to persons with disabilities: laying the groundwork for a twenty-first century movement". En: Pacific Rim Law & Policy Journal. Jan. 2009, p. 285

<sup>64</sup> Por ejemplo, De Asís afirma que es posible determinar el carácter jurídico positivo de la accesibilidad como un derecho independiente. Para mayor información, véase: DE ASÍS, Rafael y otros. La Accesibilidad Universal en el Derecho. En: Cuadernos Bartolomé de las Casas. N° 42. Madrid: Dykinson, 2007. Capítulo II.

<sup>65</sup> HENDRIKS, Aart. Óp. cit., p. 277.

Convención sobre los Derechos de las Personas<sup>66</sup>. En su tercera sesión, realizada entre el 22 y 26 de febrero de 2010, señaló que los estados deben adoptar las medidas apropiadas que permitan que las personas con discapacidades puedan desarrollarse de forma independiente y así poder participar plenamente de todas las facetas de la vida. En ese sentido, afirmó que el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas establece el derecho a la accesibilidad, el cual impone a los estados la adopción de medidas que aseguren el acceso de las personas con discapacidades a todo lo que les rodea, el transporte, la información y las comunicaciones – incluyendo las tecnologías y los sistemas de información y comunicaciones- y a otros locales y servicios abiertos al público, tanto en áreas urbanas como rurales, todo ello en igualdad de condiciones con otros ciudadanos<sup>67</sup>.

Por otro lado, en el marco del Sistema interamericano de protección de derechos humanos, también encontramos un instrumento convencional sumamente importante, el cual es la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad<sup>68</sup>. A diferencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ofrece una protección mucho más amplia y estructurada, este instrumento regional parece expresar una serie de consejos sobre políticas de desarrollo social a seguir. Asimismo, nos ayuda en la búsqueda de la definición de las personas con discapacidad, al indicar, en su artículo 1 que:

El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

<sup>66</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 34.

<sup>67</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Comunicado de prensa. 26 de febrero de 2010. En: <http://spainun.org/binarydata/files/rightsofpersonswithdisabilities.pdf>

<sup>68</sup> Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Resolución AG/RES. 1608 (XXIX-O/99). Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Adoptada: 7 de junio de 1999. Entrada en vigor: 14 de setiembre de 2001.

La definición esgrimida no se aleja en demasía de la proporcionada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No obstante, resulta interesante resaltar que dicha disposición establece que la discapacidad “puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Claramente, se distingue una aproximación regional a la idea de la discapacidad provocada por las condiciones de pobreza y falta de recursos básicos., características existentes en nuestra región. De esta forma, a pesar de que el elemento de las barreras sociales que impiden el desarrollo de las personas con discapacidad está presente en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, los enfoques para definir las son distintos en tanto cada uno de los tratados responde a necesidades particulares.

La importancia de este instrumento ha sido resaltada por la propia Comisión Interamericana, la cual ha señalado que establece principios destinados a garantizar el derecho de las personas con discapacidad de ejercer sus derechos y libertades fundamentales libres de discriminación. Además, actualmente se encuentra exhortando a los estados de la región para lo ratifiquen<sup>69</sup>. En conclusión, el modelo social parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de exclusión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. De esta forma, se va dejando de lado la idea de que la causa que da origen a la discapacidad es científica, sino que son preponderantemente sociales.

Esto implica que no serían las limitaciones individuales las causas de la discapacidad, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social<sup>70</sup>. Claro está que no es una tarea fácil. La concepción arraigada de la sociedad, la cual excluye a las

---

<sup>69</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe sobre Guatemala. 2001, párr. 42.

<sup>70</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 314.

personas con discapacidad debido a sus “inherentes limitaciones”, sigue presente<sup>71</sup>. Por ello, se hace necesario estructurar, mediante adecuadas políticas estatales, una concepción que establezca que las personas con discapacidad pueden contribuir a las necesidades sociales en la misma medida que el resto de personas, siempre que se eliminen los obstáculos contruidos por la propia sociedad<sup>72</sup>.

#### 1.4. De la discapacidad a la diversidad funcional

A pesar de la apertura, lenta pero gradual, de la protección a las personas con discapacidad, actualmente se está debatiendo un tema que no es posible dejar de lado en esta investigación. Nos referimos al propio concepto de discapacidad. De acuerdo a la Real Academia Española, por discapacidad debe entenderse a aquella persona “que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas<sup>73</sup>”. Dicha definición nos hace preguntarnos, ¿a qué nos referimos con actividades consideradas normales? Parece ser que se deja al contexto de la comunidad y la época el decidir qué entendemos por normalidad, situación por demás controversial e insuficiente.

Por ello, frente a esta acepción, cargada de una connotación de anormalidad de este grupo respecto a “la mayoría”, ¿no sería posible encontrar otro concepto para denominar a éste grupo de personas? Partiendo de un primer punto, podemos señalar que las personas con discapacidad son diferentes, desde el punto de vista biofísico, de la mayor parte de la población. Esto está fuera de discusión. Sin embargo, al presentar distintas características, y dadas las condiciones de entorno, generadas por la propia sociedad, las personas con discapacidad se ven obligadas a realizar las mismas tareas o funciones de una manera diferente, algunas veces a través de terceras personas.

<sup>71</sup> Para mayor información, véase: JOLLS, Christine. “Antidiscrimination and Accommodation”. En: Harvard Law School Review. 2001, pp. 643-644.

<sup>72</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 472.

<sup>73</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésima segunda edición. 2010. En: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=discapacidad](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=discapacidad)

Dicho análisis nos permite afirmar que, más que referirnos a una situación de ventaja frente a otra persona, o el ser menos capaces que otras personas, estamos frente a personas que son diversas<sup>74</sup>. Es por ello que algunas organizaciones de derechos humanos están denominando a las personas con discapacidad como “personas con diversidad funcional”<sup>75</sup>. La diversidad funcional es algo inherente al ser humano y que, en muchas ocasiones, puede ser de carácter transitorio o circunstancial, por lo que aflora su carácter de conflicto social que de forma directa, indirecta, transitoria o definitiva, a todos nos alcanza<sup>76</sup>.

Por otro lado, además de la literalidad del concepto, resulta importante analizarlo desde el punto de vista de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En primer lugar, el hecho de que este importante tratado señale el término discapacitado, no puede implicar desconocer la connotación negativa que podría extraerse de él<sup>77</sup>. En segundo lugar, tal como se afirmó previamente, este tratado define la discapacidad como un fenómeno que está integrado por dos pilares entrelazados: (i) el factor humano, compuesto por la “deficiencia” de la persona; y (ii) el factor social, que incluye las barreras sociales discapacitantes<sup>78</sup>.

Sin embargo, ¿por qué la definición de discapacidad está ligada de esta forma al aspecto social?

Más bien, podríamos considerar que el factor social (entendido como las barreras de

<sup>74</sup> Funciones de los órganos o partes de nuestro cuerpo (ojos, oídos, piernas, cerebro, etc.) y también a las funciones que realizamos habitualmente (desplazarse, ver, comunicarse, etc.). Para mayor información, véase: STEIN, Michael Ashley. Óp. cit.

<sup>75</sup> Mensaje 9622 de la comunidad virtual del Foro de Vida Independiente. En: <http://es.groups.yahoo.com/groups/vidaindependiente/messages/9622>

<sup>76</sup> ROMANACH, Javier y Manuel LOBATO. “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”. En: Foro de Vida Independiente. Mayo de 2005. En: [http://www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/pdf/diversidad\\_funcional.pdf](http://www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/pdf/diversidad_funcional.pdf)

<sup>77</sup> Cabe recordar que, en el Sistema interamericano de derechos humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Pacto de San Salvador), establece la protección de las “personas minusválidas” en su artículo 18. Adoptado: 17 de noviembre de 1988. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999. En: [www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html)

<sup>78</sup> Al respecto, En el año 2000, la Corte Suprema de Canadá estableció un precedente importante en el caso denominado “Mercier”. La Corte señaló que era imposible desconocer las percepciones subjetivas y sociales de las personas con discapacidad, al momento de delimitar la definición de “discapacidad”. En: Quebec (Commission de droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montreal. 3 de mayo de 2000, párr. 48.

discriminación) es una consecuencia que se deriva de la diversidad funcional de una persona<sup>79</sup>.

¿Acaso en la definición de otros grupos que requieren protección -como los pueblos indígenas o los extranjeros en situación migratoria irregular- se incluye el factor social? Ciertamente, no. Es así que debemos partir de una definición que incluya la diversidad funcional, para luego destinar nuestros esfuerzos a la erradicación de las barreras sociales, culturales y actitudinales<sup>80</sup>.

De esta forma, consideramos que la utilización del término “personas con diversidad funcional”, para referirnos a lo que actualmente se denomina personas con discapacidad, es una evolución importante en la lucha por la erradicación de los prejuicios y connotaciones negativas a este grupo de individuos. Nuestra propuesta no es derrocar el modelo social, el cual ha tomado años poder configurarse. Por el contrario, somos conscientes que la diversidad funcional y el entorno social están estrechamente ligados. Sin embargo, ello no puede significar fusionar ambos conceptos en uno solo, puesto que el objetivo de este modelo es lograr que la eliminación de las barreras sociales permita que estas personas sean vistas y tratadas como seres humanos que realizan diversas funciones de forma distinta (ni con menos ni mayor capacidad) que las demás.

En conclusión, la teoría del modelo social se vería reforzada puesto que si lo que se busca es la efectiva igualdad entre todas las personas, debemos partir del hecho de reconocer que todos somos diferentes. Un sector de la doctrina especializada espera que el Comité creado en base a esta convención, pueda publicar observaciones generales que permitan esclarecer el término discapacidad<sup>81</sup>. Por este motivo, a partir de este punto, nos referiremos a las personas con discapacidad como personas con diversidad funcional.

<sup>79</sup> LAWSON, Anna. "People with Psychosocial Impairments or Conditions, Reasonable Accommodation and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities." In: Law in Context. Dec. 2008, p. 68.

<sup>80</sup> YANGHEE, Lee. "Expanding human rights to persons with disabilities: laying the groundwork for a twenty-first century movement". En: Pacific Rim Law & Policy Journal. Jan. 2009, p. 289.

<sup>81</sup> HENDRIKS, Aart. Óp. cit., p. 277.

## 2. Desafíos contemporáneos que sufren las personas con diversidad funcional mental:

### ¿Una guerra perdida de antemano?

Luego de haber establecido las etapas por las cuales consideramos ha transcurrido la protección (o desprotección) de las personas con diversidad funcional por parte del Derecho internacional, podemos notar que la concepción y definición de este grupo ha sido relativa en tanto ha ido variando según los diferentes contextos históricos y sociales.

Ahora bien, nuestro tema de investigación se pretende enfocar en las personas con diversidad funcional mental. La razón principal es que este grupo ha sido a lo largo del tiempo, objeto de violaciones de sus derechos y, en consecuencia, es uno de los grupos más vulnerables entre las personas con diversidad funcional<sup>82</sup>.

Asimismo, se debe tomar en cuenta que la importancia de establecer adecuados parámetros de protección a las personas con diversidad funcional mental se ve reflejada en la mayoría de instrumentos internacionales que hemos analizado, en tanto se refieren a éstas. Respecto a la definición de este grupo, se ha podido constatar que en ninguno de los instrumentos estudiados se establece un concepto específico.

No obstante, ya hemos establecido que, para el estudio de las personas con diversidad funcional, la relación entre el ámbito jurídico y el de salud es fundamental. Por ello, nos valemos de la calificación de la OMS, la cual señala que una persona tiene una diversidad funcional mental cuando “presenta un desarrollo mental distinto a los parámetros considerados como normales, caracterizado principalmente por la afectación, a nivel global, de la inteligencia, las funciones

---

<sup>82</sup> INCLUSION EUROPE. Inclusion of people with severe and profound intellectual disability. UK, 2003, p. 5.

cognitivas, del lenguaje, motrices y la socialización”<sup>83</sup>. De esta forma, la diversidad funcional mental puede originarse por causas (i) genéticas, las cuales son transmitidas de padres a hijos/as al existir desórdenes genéticos; (ii) congénitas, cuando se adquieren durante la gestación; y (iii) adquiridas, las que se producen por algún accidente o enfermedad<sup>84</sup>.

Ahora bien, no es necesaria mucha imaginación para identificar los obstáculos que se le presentan a las personas con diversidad funcionales físicas o sensoriales (construcción de rampas, elaboración de libros en braille, etc.), situación que no es tan simple para aquellas con diversidad funcional mental<sup>85</sup>. En consecuencia, el modelo social conlleva mayores desafíos a la hora de resguardar a las personas con diversidad funcional mental que a los otros tipos de diversidad funcional<sup>86</sup>.

Es este contexto de incertidumbre y desconocimiento que genera situaciones de discriminación al que estas personas se enfrentan todos los días. Por este motivo, nos interesa remarcar en este punto del capítulo los principales desafíos que actualmente tienen las personas con diversidad funcional mental, para de este modo, ir descubriendo cuáles son las medidas que los estados deben adoptar a fin de evitar cualquier situación que vulnere sus derechos<sup>87</sup>.

## 2.1. Diversidad funcional mental e igualdad ante la ley

Cuando se piensa en las dificultades que podría atravesar una persona con diversidad funcional mental, una primera respuesta se enfoca en las desigualdades que ésta tendría en los diferentes

---

<sup>83</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Temas de Salud. Salud Mental. En: <http://www.who.int/features/qa/62/es/index.html>

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> LAWSON, Anna. Óp. cit., p. 68.

<sup>86</sup> Para mayor información, véase: DHIR, Aaron. “Human Rights Treaty Drafting through the Lens of Mental Disability: The Proposed International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities”. En: Stanford Journal of International Law. 2005, p. 181.

<sup>87</sup> JAMES, Grace. “An Unquiet Mind in the Workplace: Mental Illness and the Disability Discrimination Act 1995”. En: Legal Studies. The Journal of the Society of Legal Scholars. Londres. 2004, p. 6.

ámbitos de su vida. El derecho a la igualdad se erige como un pilar básico y fundamental de los derechos de las personas con diversidad funcional mental. Así, en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se encuentra de forma transversal en todos los derechos. De esta forma, el derecho a la igualdad ante la ley, el cual tiene carácter de *ius cogens* para la Corte Interamericana<sup>88</sup>, impone a los estados la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren una efectiva igualdad entre todas las personas<sup>89</sup>.

Respecto al ámbito de protección de las personas con diversidad funcional mental, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad define la discriminación como:

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.

Este concepto parece estar en armonía con lo afirmado por la Corte Interamericana. No obstante, también podría ser considerada extremadamente general<sup>90</sup>. Solo cuarenta y cinco estados han contemplado dentro de su legislación una disposición que expresamente prohíba la discriminación

<sup>88</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 84.

<sup>89</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 88; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44 y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

<sup>90</sup> LAWSON, Anna. Óp. cit., p. 63.

contra las personas con diversidad funcional<sup>91</sup>. De este modo, corresponde a los estados la obligación de adoptar las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de diversidad funcional. Además de ello, se debe apuntar al establecimiento de medidas concretas (las denominadas acciones afirmativas<sup>92</sup>) que permitan una igualdad real entre las personas. En ese sentido, no podrían ser consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos las personas con diversidad funcional mental<sup>93</sup>.

La Unión Europea, en una directiva del año 2000, reconoció que, para que las personas con diversidad funcional puedan alcanzar un trato igualitario de oportunidades, es necesario que los estados realicen ciertas adaptaciones en el entorno que los rodean<sup>94</sup>. De esta forma, su objetivo inmediato es alcanzar la igualdad real o nivelación para el o los grupos a los que se aplica introduciendo medidas correctivas a situaciones desiguales asumidas como naturales, cuando en el fondo estas desigualdades son construidas cultural e históricamente<sup>95</sup>, tal como sería el caso de las personas con diversidad funcional mental.

Atendiendo a ello, resulta necesario tomar en consideración las características propias de estas personas, a fin de que puedan lograr una real autonomía para decidir respecto de su propia vida, y evitar así las constantes y reiterativas situaciones donde se vulneran sus derechos. Los ajustes razonables, tal como la Convención señala, se refiere a “las modificaciones y adaptaciones

<sup>91</sup> United Nations, Some Facts about Persons with Disabilities, <http://www.un.org/disabilities/convention/pdfs/factsheet.pdf> (last visited October 8, 2008).

<sup>92</sup> Una distinción sí puede resultar discriminatoria cuando carece de una justificación objetiva y razonable. Véase: TEDH. Caso Willis Vs. Reino Unido. Sentencia 36042/97. 11 de julio de 2002, párr. 39 y Comité de Derechos Humanos. Joseph Frank Adam Vs. República checa. Comunicación nº 586. 25 de julio de 1996, párr. 12.4.

<sup>93</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. CIDH. Resolución 1/08. Aprobada: 13 de marzo de 2008. Principio 2.

<sup>94</sup> Unión Europea. Directiva 2000/78/EC. 27 de noviembre de 2000. Para mayor información, véase: WADDINGTON, Lisa y Aart HENDRIKS. “The expanding concept of employment. Discrimination in Europe: From direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination”. En: International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations. 2002, p. 403-427.

<sup>95</sup> Para mayor información, véase: CLARO, Magdalena y Viviana SEOANE. Acción Afirmativa: Hacia Democracias Inclusivas. Fundación. Santiago de Chile: Equitas. 2005.

necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>96</sup>”.

Dicha definición podría encontrar una crítica. En primer lugar, deja abierta la posibilidad de que se interprete la frase “carga desproporcionada o indebida” como alternativas, donde solo una necesitaría ser satisfecha<sup>97</sup>. Los estados podrían argumentar que este supuesto caería dentro de su margen de apreciación, el cual les permite definir el tipo de medidas a adoptar, a fin de hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en un determinado tratado. No obstante, esta discrecionalidad no podría ser considerada como una excusa para negar a las personas con diversidad funcional el ejercicio pleno de sus derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>98</sup>.

Otro aspecto importante a considerar, además de la prohibición de la discriminación, es la accesibilidad. Ésta es una herramienta indispensable para alcanzar la igualdad material de las personas con discapacidad. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad compromete a los estados a adoptar las medidas pertinentes a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Del mismo modo, de acuerdo al artículo 5.3 de dicho instrumento, los estados adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. Por ejemplo, la Convención exhorta a los estados a que aseguren que las entidades públicas y privadas tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Art 2.

<sup>97</sup> LAWSON, Anna. Óp. cit.. 64

<sup>98</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José: IIDH. 1999, pp. 62-64.

<sup>99</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Art 9.

No obstante, la real igualdad no se logra únicamente garantizando el acceso físico a los entornos, servicios y productos, sino que también debe incluir el dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión; el ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público.

La construcción teórica de la igualdad, planteada en base a la jurisprudencia de los distintos sistemas de protección de derechos humanos, puede resultar sumamente protectora. Sin embargo, las medidas a adoptar en relación con las personas con diversidad funcional mental son mucho más complejas. Las barreras sociales que impiden a estos individuos el acceso a la igualdad de oportunidades siguen presentes en nuestra realidad. Esta situación, predominante en la región interamericana, se origina debido a la exclusión social, prejuicios y estigmas que son víctimas las personas con diversidad funcional mental. Por ello, y para entender cómo llega a generarse este marco de discriminación, pasaremos a presentar de forma general los principales obstáculos que han impedido que las personas con diversidad funcional mental alcancen una real igualdad.

#### **2.1.1. El estigma presente en las personas con diversidad funcional mental**

Uno de los principales obstáculos que podemos observar se refiere al hecho de que las personas con diversidad funcional mental sufren un fuerte estigma, producto del desconocimiento que tiene la mayor parte de la sociedad sobre los temas de salud mental<sup>100</sup>. En el 2001, la OMS estimó que una de cada cuatro personas experimentará algún tipo de diversidad funcional mental o neurológica en algún punto de sus vidas<sup>101</sup>. No obstante, el alto nivel de desconocimiento que la

---

<sup>100</sup> GOSTIN, Lawrence. "International Human Rights Law and Mental Disability". En: Hastings Center Report, Mar. 2004, p. 11.

<sup>101</sup> Para mayor información, véase: OMS. The World Health Report 2001. Mental Health: New Understanding, New Hope. Geneva: World Health Organization. 2001.

sociedad tiene sobre las personas con diversidad funcional mental ha provocado también un rechazo absoluto hacia este grupo. Este fenómeno ha sido acuñado como “sanism” -sin traducción oficial al castellano- por una de las máximas autoridades en materia de salud mental, el profesor de la Universidad de New York y director de la Academia Internacional de Derecho y Salud Mental, Michael Perlin<sup>102</sup>. El “sanism”, al igual que el racismo o sexismo, es un prejuicio irracional, debido a la condición de diversidad funcional de una persona, que se basa predominantemente en una serie de estereotipos, mitos y supersticiones<sup>103</sup>.

Ahora bien, ello genera que se encuentren sujetos a prejuicios de todo tipo<sup>104</sup>. Las razones son diversas. Por un lado, nos encontramos frente a medios de comunicación que contribuyen a incrementar este estigma, en tanto las noticias relacionadas con salud mental que generan su interés tienen que ver con suicidios, homicidios y casos de extremo impacto social<sup>105</sup>, que dejan la sensación de que toda persona que presenta una diversidad funcional mental es peligrosa<sup>106</sup> y que no son capaces de tomar sus propias decisiones<sup>107</sup>. Un claro ejemplo de esto lo podemos vivir diariamente, cuando las personas que deambulan en las calles se les llaman locos, dementes, esquizofrénicos, retardados o perturbados mentales.

Frente a esta situación, son poco o nada las acciones que toman los estados para hacer referencia a las reales características de las personas con diversidad funcional mental. Claro está que esto se debe a que en nuestro país, como en la mayoría de estados latinoamericanos, no existe una real

<sup>102</sup> “Sanism is an irrational prejudice of the same quality and character of other irrational prejudices that cause (and are reflected in) prevailing social attitudes of racism, sexism, homophobia, and ethnic bigotry. It is based predominantly upon stereotype, myth, superstition, and deindividualization”. En: PERLIN, Michael L. “Through the wild cathedral evening: barriers, attitudes, participatory democracy, professor tenbroek, and the rights of persons with mental disabilities”. En: Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights. 2008, pp. 235, 416.

<sup>103</sup> PARRY, Jhon. Criminal mental health and disability law, evidence and testimony. Chicago: American Bar Association. 2009, p. 48.

<sup>104</sup> CARDONA, Jorge y Amparo SANJOSÉ GIL. Óp. cit., p. 149.

<sup>105</sup> ROBLES, María Paz. Discapacidad informativa. En: Comunicación y pobreza. 22 de abril de 2008. En: [http://www.comunicacionypobreza.cl/noticias\\_desplegadas.php?id=90&tipo=4](http://www.comunicacionypobreza.cl/noticias_desplegadas.php?id=90&tipo=4)

<sup>106</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental. Informe Defensorial N° 102. Lima: Serie Informes Defensoriales. 2005, p. 7.

<sup>107</sup> WARD, Tony y Claire STEWART. “Putting human rights into practice with people with an intellectual disability”. En: Journal of Developmental and Physical Disabilities. June 2008, p. 305.

política pública referente a la protección y garantía de los derechos de estas personas, donde se conjugue aspectos como salud, educación y reinserción social, familiar y laboral. La opinión general que rodea a las personas con diversidad funcional mental sigue siendo la de impredecibles, irracionales, desconfiables, violentos y peligrosos<sup>108</sup>. Si nos basamos en las etapas de la diversidad funcional presentadas en la primera parte del capítulo, podemos inferir que la concepción mayoritaria de la población todavía se encuentra estancada en la fase donde se concibe a la persona como enferma, y no como un sujeto pleno de derechos<sup>109</sup>.

Es así como el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 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<sup>110</sup>. Ello podría implicar que los distintos medios de comunicación retraten a las personas con diversidad funcional mental en forma contraria a los estereotipos y prejuicios que han venido alimentando<sup>111</sup>. De esta forma, las personas con diversidad funcional mental dejarán de ser vistas como meros objetos de cuidado, sino como sujetos con entidad jurídica, cuyos derechos deben verse respetados y garantizados<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> SCHEID, T.L. "Compliance with the ADA and Employment of Those with Mental Disabilities". En: *Employment, Disability and the Americans with Disabilities Act*. Northwestern University Press. 2000, pp. 146–173.

<sup>109</sup> Incluso, muchas veces son consideradas como personas peligrosas. Por ejemplo, en Australia, el párrafo 7 del artículo 501A de la Ley de migración señala que se entenderá que la persona posee "antecedentes penales graves" cuando haya sido absuelta de un delito, por motivo de desequilibrio mental o demencia y, de resultas de ello, haya sido ingresada en un servicio o establecimiento psiquiátrico".

<sup>110</sup> Se establece (i) poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública; (ii) fomentar en todos los niveles del sistema educativo una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad; (iii) Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención; y (iv) Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.

<sup>111</sup> DRINAN, Robert F. "World law aims to protect persons with disabilities". En: *National Catholic Reporter*. 3 de noviembre de 2006, p. 18.

<sup>112</sup> HENDRIKS, Aart. *Op. cit.*, p. 273.

### 2.1.2. Falta de integración de las personas con diversidad funcional mental en la sociedad

La segregación de las personas con diversidad funcional mental es considerada como algo común en muchos sitios del mundo. Esto significa, entre otras cuestiones, verse 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<sup>113</sup>.

Claramente, esto se ve reflejado en desventajas materiales, exclusión de la división del trabajo, segregación institucional, y negación de derechos humanos. Esta es la situación que se encuentra implícita en la vida de las personas con diversidad funcional. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no establece una obligación específica destinada a realzar la confianza de las personas con diversidad funcional. No obstante, su objetivo es crear sociedades en donde las prácticas que tradicionalmente han operado para marginar y excluir a este grupo sean erradicadas<sup>114</sup>.

Por ello, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho de estos individuos a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás personas. Para ello, se establece la obligación de los estados de asegurar que puedan, en igual medida que el resto de personas, elegir su lugar de residencia, así como las personas con las que quieren vivir<sup>115</sup>.

En consecuencia, si la sociedad no logra comprender la compleja problemática y la real posibilidad de que las personas con diversidad funcional mental pueden llegar a desenvolverse

---

<sup>113</sup> Para mayor información, véase: THOMAS, Carol. *Female Forms. Experiencing and understanding disability* (Disability, Human Rights and Society). Philadelphia: Open University Press. 1999.

<sup>114</sup> LAWSON, Anna. *Op. cit.*, p. 79

<sup>115</sup> Asimismo, los estados deben adoptar medidas destinadas a que 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 ésta". Art. 19.

adecuadamente, nunca se podrán abrir los espacios necesarios para la integración social de estas personas<sup>116</sup>. En ese sentido, para eliminar las barreras de la exclusión que sufren estas personas en los distintos ámbitos de su vida es necesario comprender sus necesidades<sup>117</sup> para que, mediante políticas estatales inclusivas, acordes con los derechos humanos, se satisfagan<sup>118</sup>.

### **2.1.3. Inacción estatal frente a las necesidades de las personas con diversidad funcional mental: Políticas públicas y compatibilidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos**

En este punto, debemos partir de la premisa de que los estados se encuentran obligados a cumplir con las disposiciones contemplados en los tratados de los que son partes<sup>119</sup>, incluidas las referidas a derechos humanos. Ahora bien, ello implica que deben tomar una serie de acciones concretas a fin de plasmarlos a la realidad. Estas medidas estatales son denominadas políticas públicas<sup>120</sup>.

En ese sentido, la implementación de derechos a través de políticas públicas depende de las actividades de planificación y previsión presupuestaria de los estados<sup>121</sup>. Sin embargo, la divergencia de intereses, sumado al letargo estatal, generan una politización de políticas públicas en materia de protección de las personas con diversidad funcional. A ello se suma que muchos estados todavía mantienen la concepción de la diversidad funcional mental como sinónimo de

<sup>116</sup> ROBLES, María Paz. Óp. cit., En: [http://www.comunicacionypobreza.cl/noticias\\_desplegadas.php?id=90&tipo=4](http://www.comunicacionypobreza.cl/noticias_desplegadas.php?id=90&tipo=4)

<sup>117</sup> Inclusion Europe. Óp. cit., p. 5.

<sup>118</sup> LAWSON, Anna. Óp. cit., p. 80.

<sup>119</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Resolución A/CONF.39/27. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada: 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor: 27 de enero de 1980. Art. 27.

<sup>120</sup> Las políticas públicas, entendidas como una serie de acciones estatales a fin de diseñar e implementar una obligación internacional, o cualquier ámbito de control estatal (laboral, tributario, educativo, médico, entre otros). Para mayor información, véase: LINDBLOM, Charles. El proceso de elaboración de políticas públicas. Capítulo 1: La política desde la perspectiva del proceso de elaboración de políticas públicas. Madrid: MAP, 1991, p. 13.

<sup>121</sup> ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Buenos Aires: Estudios del Puerto. 2006, p. 143.

enfermedad, y, en consecuencia, que debe ser curada a fin de que dichas personas tengan los mismos derechos que “los demás”.

Frente a lo expuesto, habría que recordar que, en un punto anterior, resaltábamos la importancia de los ajustes razonables que deben establecer los estados a fin de garantizar una igualdad real para las personas con diversidad funcional mental. No obstante, ello se podrá lograr mediante la integración e implementación de políticas públicas con enfoque de derechos<sup>122</sup>.

Ello, bajo el modelo social, estaría enfocado en dos aspectos: i) reconocer que las personas con diversidad funcional mental son sujetos de derecho que pueden y deberían poder determinar los cursos de sus vidas en la misma medida que el resto de los miembros de la sociedad, y ii) promover la no discriminación<sup>123</sup>, en el concepto amplio que hemos indicado, y definir las limitaciones impuestas por el entorno físico y social como vulneraciones de los derechos de las personas<sup>124</sup>. Dichas medidas pueden ir generando el cambio que se requiere para la toma de decisiones más coherentes y consistentes, adoptando el modelo social previamente establecido.

De esta forma, se estaría dando legitimidad a la demanda que busca asegurar una participación significativa de las personas con diversidad funcional mental en los procesos de toma de decisiones. Para ello, los estados deberían celebrar consultas estrechas y colaborar activamente con las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de una legislación coherente. A lo señalado también se puede añadir lo dispuesto por la Convención al establece la obligación de

---

<sup>122</sup> LAWSON, Anna. Óp. cit., p. 76.

<sup>123</sup> Un ejemplo interesante se dio en Guatemala cuando en 1996 el Congreso adoptó el Decreto 135-96, “Ley de Atención a las Personas con Discapacidad”. Una de las medidas altamente valiosas que exigió esta ley fue el establecimiento del Consejo Nacional para la Atención a las Personas con Discapacidad (CONADI), integrado por representantes de entidades estatales encargadas de establecer políticas en las áreas pertinentes, incluyendo el Procurador de los Derechos Humanos, y delegados de la sociedad civil. Esta composición refleja uno de los objetivos de la ley –el de garantizar que las personas con discapacidad participen en el establecimiento de los programas y las políticas que las afectan. En: CIDH – Informe sobre Guatemala. 2001, párr. 38.

<sup>124</sup> Para mayor información, véase: Comité ad hoc. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. International Disability and Development Consortium. Reflection Paper. 5th Session.

que los estados recopilen datos estadísticos y de investigación, requisito esencial para poder diseñar políticas efectivas<sup>125</sup>. Con ello, se estarían creando y fortaleciendo mecanismos que legitimen un planteamiento de políticas públicas que protejan y garanticen los derechos de estas personas.

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad impone que al momento de elaborarse o aplicarse legislaciones y políticas, o en cualquier otro momento de adopción de decisiones sobre cuestiones relativas a las personas con discapacidad, es necesario que ello se realice en colaboración con las personas con diversidad funcional, incluida la niñez. Esta cláusula sin duda impulsará una mayor participación en el diseño de políticas o en la resolución de cuestiones que atañen a los/as niños/as con diversidad funcional mental, permitiendo de este modo involucrarse asimismo en el diseño y desarrollo pleno, de sus propios planes de vida<sup>126</sup>.

En conclusión, es una tarea ardua pero factible el poder trazar puentes y relaciones entre el campo de los derechos humanos de las personas con diversidad funcional mental y los principios que suelen orientar o guiar las políticas sociales y estrategias de desarrollo. El potencial encuentro entre estos ámbitos dependerá en gran medida de la decisión de cambiar la lógica de formulación de ciertas políticas públicas y sus niveles de universalidad, transparencia y fiscalización<sup>127</sup>.

En este potencial encuentro será fundamental también el rol que puedan jugar los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, a partir de la fijación de estándares mínimos, más

---

<sup>125</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Art. 31

<sup>126</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 377.

<sup>127</sup> Por ejemplo, el estado de Bélgica inició una campaña a fin de que las personas con diversidad funcional mental pudieran acudir a las piscinas públicas. Ello implicó contratar entrenadores especiales, así como implementar espacios para que se cambien y duchen. Del mismo modo, se construyó un centro de entretenimiento, en cuyas salas se trataba de maximizar los sentidos: fragancias, sombras, luces, juego de colores, resonancia, música, etc. De otro lado, en el Reino Unido, el gobierno elaboró folletos destinados a las personas con diversidad funcional, donde se les indicaba dónde podían realizar determinadas actividades, desde aromaterapia hasta cricket y palestra. En: Inclusion Europe. INCLUSION EUROPE. Óp. cit., p. 11.

claros y precisos, en aquellos temas de interés común, como la igualdad, la participación política y el acceso a la justicia, que puedan servirle a los estados como marco para la definición, implementación y evaluación de sus políticas públicas sociales, y funcionen también como un criterio común para facilitar la fiscalización de esas políticas por la sociedad civil y por las instancias de control institucional, como los sistemas de justicia<sup>128</sup>.

#### 2.1.4. Pobreza y diversidad funcional mental: ¿Nexo inseparable?

La pobreza es definida por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo como “una situación que impide al individuo o a la familia satisfacer una o más necesidades básicas y participar plenamente en la vida social”<sup>129</sup>. Precisamente, ¿no hemos establecido que las personas con diversidad funcional no tienen la posibilidad de participar plenamente en la vida social? La relación es entonces sumamente estrecha. De esta forma, podemos afirmar que un factor que tiene una incidencia fundamental en la vida de las personas con diversidad funcional mental es la pobreza, entendiéndola bajo un ámbito individual y social<sup>130</sup>. Incluso, de acuerdo a las Naciones Unidas, la pobreza es usualmente la causa y consecuencia de la diversidad funcional<sup>131</sup>.

Ya en la época medieval, por ejemplo, las personas con diversidad funcional mental se encontraban incluidas dentro del grupo de pobres y mendigos<sup>132</sup>. Asimismo, durante las primeras luchas por la reivindicación de los derechos civiles, se identificó que el problema de las personas

<sup>128</sup> ABRAMOVICH, Víctor. Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales. En: Anuario de derechos humanos. Chile. 2006, p. 42.

<sup>129</sup> Para mayor información, véase: PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Desarrollo sin Pobreza. II Conferencia Regional sobre la Pobreza en América Latina y el Caribe Proyecto Regional para la Superación de la Pobreza. Quito, 20 a 23 de noviembre de 1990.

<sup>130</sup> MÉGRET, Frédéric. Op. cit., p. 265.

<sup>131</sup> UNITED NATIONS. Some Facts about Persons with Disabilities. En: <http://www.un.org/disabilities/convention/pdfs/factsheet.pdf>

<sup>132</sup> SCHEERENBERGER, R. C. Historia del retraso mental. San Sebastián. Servicio Internacional de Información sobre Subnormales. 1984, p. 33.

con diversidad funcional mental radicaba en la estructura social de los estados, que habían situado a este grupo en una pobre posición económica, política y social<sup>133</sup>.

Lamentablemente, esta situación no ha cambiado actualmente. Para ello, simplemente vamos a graficar la gran dimensión que la pobreza está adquiriendo respecto a las personas con diversidad funcional mental. En el transcurso de los próximos ocho años, la brecha acumulativa entre los objetivos del desarrollo del milenio<sup>134</sup> y la actual tendencia sumará más de cuarenta y un millones de niños/as que morirán antes de cumplir cinco años debido a la pobreza<sup>135</sup>. Si las personas con diversidad funcional mental, a nivel global, ocupan un 25% de aquellas que viven en situación de pobreza<sup>136</sup>, y si dos tercios de estas personas viven en países en vías de desarrollo<sup>137</sup>, ¿de cuántas personas con diversidad funcional mental fallecidas en nuestra región estamos hablando?

El propio preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad resalta esta preocupación al afirmar que “la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza” y en consecuencia, existe la “necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad”<sup>138</sup>. Ahora bien, una vez establecida esta profunda interrelación, ¿de qué forma podemos plantear el tema de la pobreza y la diversidad funcional mental? Claro está que no es pregunta fácil de responder, y nuestra

<sup>133</sup> La principal voz que impulsó este enfoque fue la “Union of the physically Impaired Against Segregation”, en 1972. Este enfoque introduce nuevas categorías como exclusión social y pobreza como síntoma y no como causa de la opresión social

<sup>134</sup> NACIONES UNIDAS. Objetivos del Milenio. Adoptado por la Asamblea General. 55° Periodo de sesiones. 2000. Meta 4.a.

<sup>135</sup> PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Informe sobre desarrollo humano: La cooperación internacional ante una encrucijada. Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual. 2005, p. 20.

<sup>136</sup> ROBLES, María Paz. Óp. cit. En: [http://www.comunicacionypobreza.cl/noticias\\_desplegadas.php?id=90&tipo=4](http://www.comunicacionypobreza.cl/noticias_desplegadas.php?id=90&tipo=4)

<sup>137</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. [Etude sur les droits de l'homme et l'invalidité](http://www2.ohchr.org/french/issues/disability/index.htm). En: <http://www2.ohchr.org/french/issues/disability/index.htm>

<sup>138</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Preámbulo.

intención tampoco es plantear una respuesta precisa frente a una situación presente desde hace muchos años<sup>139</sup>.

Sin embargo, podemos señalar primeramente que resulta importante plantear este debate en términos de obligaciones jurídicas puesto que no solo permite que se hable de necesidades, sino también de derechos humanos en las políticas públicas<sup>140</sup>. Tal como se señaló en el apartado 2.1.3, el propósito de dotar de un enfoque de derechos a las políticas públicas radica en analizar las desigualdades que se encuentran en los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo<sup>141</sup>. En ese sentido, además del cumplimiento de obligaciones, se estaría dando legitimidad<sup>142</sup> a la demanda que busca asegurar una participación significativa de los pobres en los procesos de toma de decisiones, creando y fortaleciendo mecanismos que permitan una mayor transparencia y fiscalización.

En consecuencia, es posible afirmar que la efectiva reducción de la pobreza no es posible si no se faculta a estas personas el poder participar de las políticas orientadas a este objetivo<sup>143</sup>, y ello pasa por reconocerlos como sujetos de derechos. Por todo lo señalado, queda claro que la pobreza debe ser encarada de manera integral tanto desde una perspectiva normativa, estructural y procedimental<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> Las personas sin hogar y que se encuentran en un estado de pobreza son más propensas a tener una diversidad funcional mental que la población en general. En: GARGIULO, Richard. "Homeless and disabled: rights, responsibilities, and recommendations for serving young children with special needs". En: *Early Childhood Education Journal*. Apr. 2006, p. 358.

<sup>140</sup> SALMÓN, Elizabeth. "El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos". SUR – Revista internacional de Derechos Humanos, año 4, número 7. Sao Paulo: Red Universitaria de Derechos Humanos. 2007, p. 166.

<sup>141</sup> ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. 2006. En: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>

<sup>142</sup> FAVA, Ricardo y otros. Informe de Avance de la Investigación sobre Revisión de estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias. Buenos Aires: OIM. 2007, p. 1.

<sup>143</sup> SILVERS, Anita. "Rights are still right: The case for disability rights". En: *Hastings Center Report*. Nov. 2004, p. 39.

<sup>144</sup> DULITZKY, Ariel. "Pobreza y Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares". En: *Revista IIDH*. San José: IIDH. 2009.

## 2.2. Personas con diversidad funcional mental: ¿importancia de considerar este grupo como uno en situación de vulnerabilidad?

Todas las personas, frente a una acción violatoria de derechos humanos, nos encontramos en una situación de vulnerabilidad. Atendiendo al diccionario de la Real Academia, por vulnerable nos referimos a aquella persona que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente. Si seguimos dicha premisa, resultaría muy simple atender a la pregunta planteada en tanto no nos debe extrañar la historia de persecución, exclusión, y menosprecio a la que las personas con diversidad funcional mental se vieron sometidas desde tiempos muy lejanos<sup>145</sup>.

Sin embargo, en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>146</sup>, el que un determinado grupo de personas, con ciertas características comunes, sea denominado un grupo vulnerable por parte de los tribunales internacionales de derechos humanos, implica una serie de obligaciones para los estados frente a ellos. Ello no implica desconocer que los estados tienen el deber de respetar y garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Sin embargo, el elemento clave es que las medidas destinadas a su protección deben darse tomando en consideración la situación particular en la que se encuentran.

Por ejemplo, actualmente habitan en el mundo entre 300 y 350 millones de personas indígenas, las que llegan a constituir el 6% de la población mundial<sup>147</sup>. Es indudable que la relevancia que han

---

<sup>145</sup> AGUADO DÍAZ, Antonio León. Historia de las deficiencias. Madrid: Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis. 1995, p. 26.

<sup>146</sup> El Derecho internacional de los derechos humanos es la rama que se ocupa del establecimiento y promoción de los derechos humanos y de la protección de los individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones de derechos humanos. En: BUERGENTHAL, Thomas y otros. Manual internacional de derechos humanos. Caracas, San José: IIDH. Edición jurídica venezolana. 1990. p. 9.

<sup>147</sup> Cifras obtenidas del discurso de Koichiro Matsuura, director general de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con motivo del Día Internacional de los Pueblos Indígenas. 9 de agosto de 2007. En: [http://portal.unesco.org/science/es/ev.php-URL\\_ID%3D5568&URL\\_DO%3DDO\\_TOPIC&URL\\_SECTION%3D201.html](http://portal.unesco.org/science/es/ev.php-URL_ID%3D5568&URL_DO%3DDO_TOPIC&URL_SECTION%3D201.html)

ido cobrando los pueblos indígenas<sup>148</sup> en el plano internacional es sinónimo de preocupación por la defensa de sus derechos. Sin embargo, resulta clara la continua discriminación a la que se ven sometidos en distintos ámbitos lo que genera graves violaciones de sus derechos<sup>149</sup>. Es por ello que, en el marco del Sistema interamericano de protección de derechos humanos, las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos han mostrado un saludable y continuo interés por proteger cada vez más los derechos de los pueblos indígenas<sup>150</sup>. Mediante ellas, se afirmó la condición de grupos vulnerables y, en consecuencia, la aparición de obligaciones especiales para los estados, con el objetivo de respetar y garantizar sus derechos<sup>151</sup>.

Luego de ver un ejemplo representativo<sup>152</sup>, nos toca enfrentarnos a la pregunta: ¿las personas con diversidad funcional mental pueden ser considerados como un grupo vulnerable, en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos? De acuerdo a las cifras obtenidas por la Secretaría de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre un 10% o 15% de la población mundial presentan algún tipo de diversidad funcional<sup>153</sup>. Dicho dato nos pone frente a un primer obstáculo: ¿la cantidad de personas que conformen un determinado grupo

<sup>148</sup> De acuerdo al artículo 1.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los pueblos indígenas son aquellos que, en países independientes, descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

<sup>149</sup> SALMÓN, Elizabeth y Erick ACUÑA. En búsqueda de una real protección internacional de los pueblos indígenas y sus derechos de propiedad intelectual. La importancia de defender lo diferente. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año V, junio de 2009, pp. 276.

<sup>150</sup> Para mayor información, véase: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso Yatama Vs. Nicaragua. Óp. cit. y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

<sup>151</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 63 y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 83. En ambos casos, la Corte IDH señaló que es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad.

<sup>152</sup> Al tema de los pueblos indígenas, se puede sumar la situación de los migrantes en situación irregular, romaníes, etc. Para mayor información, véase: WELLER, Marc (editor). Universal minority rights. Oxford University Press. 2007.

<sup>153</sup> NACIONES UNIDAS. Enable. Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. En: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=495>

influye en su determinación como grupo vulnerable?, o más bien, ¿lo que depende en realidad es el nivel de discriminación que sufren?

En cuanto a la primera pregunta, podemos descartar la hipótesis de que un grupo vulnerable lo es dependiendo de la cantidad de personas que lo conforman. En este punto, resulta fundamental hacer hincapié y diferenciar entre un grupo vulnerable y una minoría. A pesar de que no existe una definición absoluta sobre el término “minoría”<sup>154</sup>, podemos acudir al artículo 27 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Dicha disposición los describe como un grupo minoritario de un estado que comparte características étnicas, religiosas o lingüísticas en común. La mayoría de casos presentados ante el Comité de Derechos Humanos por la presunta violación de este artículo ha estado referida principalmente a la protección de pueblos indígenas<sup>155</sup>, en tanto cumplen con las características previamente señaladas<sup>156</sup>. Asimismo, la protección de estos grupos ha sido reforzada por la adopción de la Declaración de sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas<sup>157</sup>. En ese sentido, la obligación de los estados frente a las minorías se dirige a crear las condiciones efectivas para que estas personas puedan mantener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma<sup>158</sup>.

Por el contrario, el concepto de grupo en situación de vulnerabilidad es más amplio. No solamente se limita a establecer obligaciones especiales de los estados frente grupos minoritarios que tienen ciertas características comunes (nación, lengua, cultura o etnia), sino a aquéllos que, debido al

<sup>154</sup> HANNUM, Hurst. “The concept and definition of minorities”. En: Universal Minority Rights. New York: Oxford University Press. 2007, p. 71.

<sup>155</sup> Comité de Derechos Humanos. Ballantyne y otros Vs. Canada. Comunicación 359/1989. 31 de marzo de 1993.

<sup>156</sup> Véase: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observación General nº 28 relativa a la discriminación de romaníes. 24 de marzo de 2000.

<sup>157</sup> Declaración de sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Resolución 47/135. Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 18 de diciembre de 1992. En: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1424.pdf>

<sup>158</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación general nº 23. Derechos de las minorías. 1994, párr. 9. Para mayor información, véase: BLOCH, Anne-Christine. “Minorities and indigenous peoples”. En: Economic, social and cultural rights. The Hague: Kluwer Law International. 2001, p. 377

contexto general en el que se encuentran, son más propensos a ser víctimas de violaciones de sus derechos. Efectivamente, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad han señalado que se “consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud” sus derechos humanos<sup>159</sup>.

En este sentido, las mujeres, las/os niñas/os<sup>160</sup>, así como los extranjeros en situación migratoria irregular han sido calificados por el Derecho internacional de los derechos humanos como grupos en situación de vulnerabilidad. Esta situación de vulnerabilidad ha sido asemejada por la Corte a un estado de incertidumbre e inseguridad para las personas<sup>161</sup>, por el simple de hecho de ostentar una determinada característica (ya sea natural como ser mujer o niña/o) o decidida, como radicar en un estado de manera indocumentada).

Bajo esta premisa, podemos afirmar que toda minoría puede ser considerada como un grupo en situación de vulnerabilidad, pero no al revés. Ello puede verse reflejado en las Reglas de Brasilia, en tanto se establece que, dentro de las diversas personas vulnerables, se encuentran aquellas que pertenecen a minorías en base a su nacionalidad, etnicidad, religión o lingüística<sup>162</sup>.

Ahora bien, debemos establecer si las personas con diversidad funcional mental constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad. En ese sentido, la Comisión Interamericana las calificó como “un grupo especialmente vulnerable compuesto de pacientes que no se encuentran en condiciones

---

<sup>159</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Aprobada 4-6 de marzo de 2008. Regla 3. En: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7037.pdf>

<sup>160</sup> El Comité de los derechos del niño ha indicado que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a violaciones de los derechos humanos. En: Observación general nº 2. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. 2002, párr. 5.

<sup>161</sup> Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 227.

<sup>162</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Regla 21.

de manejar su propia persona y consecuentemente requieren de cuidados, tratamiento y supervisión para su propia protección<sup>163</sup>. A pesar de que resulta criticable el que la Comisión Interamericana calificara a las personas con diversidad funcional mental como enfermas –situación que encaja en nuestra segunda etapa de tratamiento- es posible rescatar que, de acuerdo a este órgano internacional, estas personas constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad.

Asimismo, la Corte Interamericana, en el único caso relativo a este tema, se pronunció respecto a la característica de vulnerabilidad de las personas con diversidad funcional mental<sup>164</sup>. Al respecto, indicó que:

La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad<sup>165</sup>.

Adicionalmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha manifestado que, “en el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido (como las personas con diversidad funcional mental), la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de

<sup>163</sup> CIDH. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Informe No. 29/99, Caso No. 11.427. 9 de marzo de 1999, párr. 42.

<sup>164</sup> Eric Rosenthal, experto internacional en la materia de derechos humanos de las personas con enfermedades mentales, se refirió a las personas con discapacidad como un grupo vulnerable. Véase en: Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 12.

<sup>165</sup> Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Óp. cit., parr. 113; Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Óp. Cit., párr. 154; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111.

conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas<sup>166</sup>.

De otro lado, los estados también deben velar por la protección de estas personas cuando también pertenecen a otro grupo vulnerable, es decir, cuando existe una doble situación de vulnerabilidad. Al respecto, es necesario señalar que el año 2006 el Comité de los Derechos del Niño formuló la Observación General N° 9<sup>167</sup> sobre los derechos de los/as niños/as con diversidad funcional, en la que afirmó:

(...) la mención explícita de la discapacidad como ámbito prohibido para la discriminación que figura en el artículo 2 es única y se puede explicar por el hecho de que los niños con discapacidad pertenecen a uno de los grupos más vulnerables de niños. En muchos casos, formas de discriminación múltiple -basada en una combinación de factores, es decir, niñas indígenas con discapacidad, niños con discapacidad que viven en zonas rurales, etc.- aumentan la vulnerabilidad de determinados grupos.

Asimismo, respecto a la condición de vulnerabilidad de las mujeres con diversidad funcional mental<sup>168</sup>, se ha afirmado que los estados deben prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como (...) las mujeres con discapacidad física o mental<sup>169</sup>.

En suma, luego de lo indicado, podemos señalar que es necesario desarrollar un entendimiento sofisticado de los derechos humanos, que sea capaz de trascender una protección individual

<sup>166</sup> Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general n° 5. Óp. cit., párr. 9.

<sup>167</sup> Comité sobre los derechos del niño. Observación general n° 9. Los derechos de los niños con discapacidad., 27 de febrero de 2007, párr. 8.

<sup>168</sup> Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer. Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz. Adoptada: 26 de julio de 1985, párr. 296.

<sup>169</sup> Comité contra eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Observación general n° 24. Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: La mujer y la salud. 1999, párr. 6.

permitiendo una consideración de los derechos de un grupo en particular<sup>170</sup>. Bajo esta premisa, es posible afirmar que las personas con discapacidad sí constituyen un grupo vulnerable a violaciones de derechos humanos a nivel global.

Por ello, los estados se encuentran obligados a brindar una protección especial a estas personas con el objetivo de asegurar el respeto y garantía de sus derechos. De esta forma, las obligaciones estatales deben dirigirse a la garantía de un trato equitativo entre quienes gozan de características distintas, lo cual constituye la esencia de una verdadera igualdad<sup>171</sup>. Ello supone integrar los conocimientos adquiridos hasta el momento, en tanto es indispensable, en primera instancia, poder conocer cuáles son las necesidades de estas personas (lucha contra la discriminación, prejuicios, exclusión social y pobreza). Luego de ello, las políticas públicas podrán estar dotadas de un correcto enfoque de derechos que permita a este grupo en situación de vulnerabilidad una adecuada protección y garantía de sus derechos. El paso final estaría enfocado en determinar los estándares internacionales que deberían emplear los estados, situación a la que nos referiremos en el siguiente punto.

### **3. ¿Surgimiento del Derecho internacional de las personas con diversidad funcional mental?**

Los instrumentos internacionales de derechos humanos en general forman un corpus de reglas bastante complejo, distintas en cuanto a sus orígenes, a su contenido, a sus efectos jurídicos, a su ámbito de aplicación, a sus destinatarios o beneficiarios, a su ejercicio de funciones y a sus técnicas de control y supervisión<sup>172</sup>. No obstante, hemos escuchado hablar de la aparición del

<sup>170</sup> ALSTON, Philip. "People's rights: Their rise and fall". En: People's rights. New York: Oxford University Press. 2002, p. 292.

<sup>171</sup> KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultultural. Barcelona: Ed. Paidós, 1996, p. 152.

<sup>172</sup> CASCADO TRINDADE, Antonio. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Evolución, estado actual y perspectivas". En: Derecho internacional y derechos humanos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2005, p. 49.

Derecho internacional de los refugiados<sup>173</sup> o el Derecho internacional sobre migración<sup>174</sup>, como sistemas integrados que se encargan de brindar una protección general a determinados grupos de personas.

Por ello, nos preguntamos si es posible referirnos al “Derecho internacional de las personas con diversidad funcional mental”. Para empezar, a diferencia de los dos ejemplos mencionados, no hemos podido encontrar la utilización de este término por parte de alguna organización internacional de derechos humanos.

Ahora bien, más que hablar de la existencia de instrumentos, análisis realizado en la primera parte de este capítulo, nos centraremos en la búsqueda de órganos especializados en materia de protección y garantía de los derechos de este grupo. De esta forma, y tomando en consideración los supuestos citados, en tanto se tratan de grupos en situación de vulnerabilidad, trataremos de averiguar si existe un sistema estructurado e integral de órganos e instituciones que velen por el respeto de los derechos de las personas con diversidad funcional mental.

En el marco del Sistema universal de protección de derechos humanos, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad establecieron la creación de un Relator Especial que supervise el cumplimiento de este instrumento internacional. En estricto, su función es la de monitorear la implementación de las disposiciones contenidas, mediante la presentación de informes anuales ante la Comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas. Ahora bien, más que supervisar la adecuación de este instrumento a los ordenamientos internos de los estados, la función del Relator Especial se ha centrado principalmente en la preparación y coordinación de conferencias internacionales que se han

---

<sup>173</sup> Véase: NAMIHAS, Sandra (coordinadora). Derecho internacional de los refugiados. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

<sup>174</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. Derecho internacional sobre migración. En: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/international-migration-law/lang/es>

convertido en espacios de debates y avances en materia de derechos de las personas con diversidad funcional<sup>175</sup>.

A pesar del progreso alcanzado por el Relator Especial, es el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad el órgano que se erige como el más importante de las personas con diversidad funcional. Ello se debe a que fue instituido mediante el artículo 34° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que, tal como mencionamos, es el único tratado especializado en este tema y que adopta un modelo social, acorde y compatible con los requerimientos actuales de las personas con diversidad funcional.

Mediante el Protocolo Facultativo de esta convención, el cual entró en vigor el 3 de mayo de 2008, los estados partes aceptaron la competencia del Comité para “recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese estado parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas”<sup>176</sup>. Sin embargo, debido a la reciente entrada en vigor del Protocolo Facultativo, el Comité recién se encuentra elaborando su reglamento por lo que, hasta la fecha, no ha analizado ningún caso ni emitido ninguna observación general. No obstante, no podemos dejar de reconocer que es un paso fundamental en materia de protección de derechos de las personas con diversidad funcional. Asimismo, la OMS se encuentra elaborando un manual de salud mental, con las principales disposiciones de los diversos

---

<sup>175</sup> Entre las principales, podemos señalar: (i) Conferencia internacional sobre población y el desarrollo. Auspiciado por las Naciones Unidas. El Cairo. 5 al 13 de setiembre de 1994. En el capítulo VI del Informe Final, se exhorta a los estados a que eliminen las formas concretas de discriminación de las que pueden ser objeto las personas con discapacidad en relación con los derechos reproductivos, la formación de hogares y familias y la migración internacional, (ii) Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Conpehague. Naciones Unidas. 6 al 12 de marzo de 1995. Se establece la importancia de que la sociedad reconozca las consecuencias de la discapacidad y responda a ellas garantizando los derechos de la persona y posibilitando su acceso al medio físico y social y (iii) Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Naciones Unidas. División para el Adelanto de la Mujer. 4 al 15 de setiembre de 1995. Se plasmó la Declaración y Plataforma de acción de Beijing, la cual hace énfasis entre la relación entre discapacidad y derechos de las mujeres.

<sup>176</sup> Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptado: 13 de diciembre de 2006. Entrada en vigor: 3 de mayo de 2008. Art. 1.1.

instrumentos que hemos comentado a fin de que los estados puedan implementar estas normas en su ordenamiento interno<sup>177</sup>.

Ahora bien, la historia difiere en el marco de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. En el Sistema europeo de protección de derechos humanos, no existe ningún órgano especializado en materia de personas con diversidad funcional. De todas formas, podemos rescatar las recomendaciones del Comité de Ministros, órgano del Consejo de Europa, a pesar de su carácter no vinculante. Mediante la Recomendación nº (92)-6<sup>178</sup>, se pretendió incidir en la formulación de políticas públicas en diversos temas como educación, diagnóstico, tratamiento, terapias de recuperación, trabajo y, sobre todo, integración social, ambiental, económica y legal. Luego de catorce años, el Comité de Ministros volvió a pronunciarse sobre las personas con diversidad funcional, en la Recomendación nº (2006)-5<sup>179</sup>. En ella, se vuelve a incidir en la importancia de la participación plena de estas personas en los distintos ámbitos de su vida. Para ello, se basan fundamental en las Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 1993.

Finalmente, en ámbito interamericano, la Comisión Interamericana ha establecido distintas relatorías que se encargan de establecer los estándares de protección y garantía sobre distintos temas relevantes para el contexto americano. Sin embargo, ninguna de las siete relatorías constituidas hasta el momento se refiere a las personas con diversidad funcional<sup>180</sup> ¿Eso significa que no se considera el tema de las personas con diversidad funcional como un reto importante de asumir? Podríamos obtener una respuesta afirmativa si nos concentramos en la información

<sup>177</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Draft WHO: Manual on Mental Health Legislation. Geneva: World Health Organization, 2003. En: [www.who.int/mental\\_health/policy/legislation/humanrights/en](http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/humanrights/en)

<sup>178</sup> Recomendación nº (92)-6. Comité de Ministros. 47º Reunión de Ministros. Aprobada: 9 de abril de 1992.

<sup>179</sup> Recomendación nº (2006)-5. Comité de Ministros. 91º Reunión de Ministros. Aprobada: 5 de abril de 2006.

<sup>180</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, Relatoría sobre Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial y Relatoría sobre los Derechos de la Niñez. En: <http://www.cidh.org/relatorias.esp.htm>

señalada. No obstante, sí existe en la región americana un órgano jurídico especializado en las personas con diversidad funcional: el Comité supervisor del cumplimiento de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad<sup>181</sup>.

Este Comité tiene como objetivo examinar el progreso registrado en la aplicación de los estados partes respecto a la Convención. Ello significa que no tiene competencia para poder recibir denuncias individuales en caso se haya vulnerado los derechos de alguna persona con diversidad funcional mental. Debido a su reciente creación<sup>182</sup>, ésta ha tenido solo dos reuniones<sup>183</sup> en las cuales se han discutido las dificultades que han presentado los estados a fin de adoptar las disposiciones de este instrumento.

Asimismo, la Organización Panamericana de Salud, oficina regional de la OMS y agencia especializada de la OEA, también se ha dedicado a proteger a las personas con diversidad funcional, desde una perspectiva enfocada a mejorar su salud y condiciones de vida. En este sentido, ha reclamado constantemente la diseminación de las normas relacionadas con las personas con diversidad funcional mental entre las autoridades gubernamentales, otras agencias de la OEA, organizaciones intergubernamentales no gubernamentales, procuradurías e instituciones de derechos humanos, profesionales de salud mental, abogados, jueces y, en general, toda la sociedad civil<sup>184</sup>. Para ello, se encuentra realizando campañas que permitan que las políticas públicas de los estados adopten estas normas en su agenda. Claro está que muchos

---

<sup>181</sup> Establecido en el artículo VI de la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

<sup>182</sup> OEA. Departamento de programas jurídicos especiales. Sección: Personas con discapacidad. Véase: [http://www.oas.org/dil/esp/personas\\_con\\_discapacidad\\_comite.htm](http://www.oas.org/dil/esp/personas_con_discapacidad_comite.htm)

<sup>183</sup> La primera reunión se celebró entre el 28 de febrero y el 1 de marzo de 2007 mientras que la segunda, entre el 28 de julio y el 1 de agosto de 2008.

<sup>184</sup> JIMENEZ, Heidi y Javier VÁSQUEZ. "El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas". En: Revista Panamericana de Salud Pública. 2001, p. 266

estados se encuentran reacios en tanto muchas disposiciones parecen generarles obligaciones demasiado extensas, que no están dispuestos a implementar<sup>185</sup>.

En conclusión, consideramos demasiado pronto sostener que estamos frente a un sistema coordinado e integral de normas, órganos e instituciones que se encarguen de respetar y garantizar los derechos de las personas con diversidad funcional mental. Los avances son innegables, y los esfuerzos que se están planteando a nivel internacional nos permiten avizorar, cautelosamente, una real conformación de un Derecho internacional de las personas con diversidad funcional mental. La importancia que tendría su consolidación generaría que tanto los instrumentos referidos a los derechos de las personas con diversidad funcional mental, así como las instancias internacionales que velan por su cumplimiento se encontrarían integradas y tengan estándares uniformes en cuanto a su aplicación. Lamentablemente, esta situación no se ha llegado a configurar, tal como explicamos a continuación.

### 3.1. Sobrepoblación de instrumentos de *soft law*: ¿Naturaleza engañosa?

Uno de los primeros obstáculos que se encuentran al momento de establecer los estándares en materia de protección de los derechos de las personas con diversidad funcional mental está relacionado con la naturaleza de los instrumentos internacionales que la pretenden regular. Si hacemos un recuento de los instrumentos analizados durante la primera parte de este capítulo, observaremos que la mayoría de éstos no tienen un carácter vinculante, sino que son declaraciones, recomendaciones o directrices -denominadas normas de *soft law*- que no establecen una obligación jurídica a los estados<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú declaró improcedente una acción de amparo a fin de que el estado cumpla una disposición de la ley de discapacidad. Esta obliga a las entidades estatales a contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al 3% del total de su personal. Caso Carlos Guerrero Quiróz. Expediente 1234-2008-PC. 18 de agosto de 2009.

<sup>186</sup> Véase: Stein, Michael Ashley. Óp. cit., p. 76.

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se entiende por tratado - también denominado convención o pacto- un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el Derecho internacional<sup>187</sup>, el cual obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe<sup>188</sup>. En contraste, los instrumentos internacionales de *soft law* o “derecho blando” no conllevan la voluntad intrínseca de los estados de obligarse a cumplir dichos instrumentos<sup>189</sup>. En numerosas ocasiones, los estados ni siquiera participan de la creación de estas normas, puesto que actores institucionales, sociales o académicos son los que se encargan de producirlos<sup>190</sup>.

En este sentido, se acusa a estas normas de numerosas falencias. Por un lado, se las catalogan como imperfectas, puesto que se encuentran desprovistas de sanción y son incoercibles<sup>191</sup>. Por el otro lado, se afirma que las normas de *soft law* son demasiado generales y, por lo tanto, son imposibles de ejecutarse debido a esta falta de especificidad. En consecuencia, podemos señalar que dejan en mano de los estados no sólo un amplio margen de apreciación sino sobre todo, la posibilidad, en última instancia, de no respetarlas, sin verse por ello acusados de vulnerar alguna disposición del Derecho Internacional. Si a ello le sumamos que, de acuerdo al artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>192</sup>, las normas de *soft law* no constituyen una fuente primaria del Derecho internacional, parecería que su importancia es relativa.

<sup>187</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Art. 2a.

<sup>188</sup> Ídem. Art. 26.

<sup>189</sup> VAUGHAN LOWE, Alan. International Law. New York: Oxford University Press. 2007, pp. 95-96.

<sup>190</sup> En el marco del Derecho internacional económico, Di Robilant señala que: “Social actors are also active producers of soft law; while private actors such as multinational corporations issue codes of conduct, quasi-public bodies such as trade associations and standardization bodies may develop guidelines and codes of practice as well”. En: DI ROBILANT, Anna. “Genealogies of Soft Law”. En: The American Journal of Comparative Law. Summer 2006, p. 500.

<sup>191</sup> BERNARD, Brigitte. Manual de Introducción al Derecho. Maracaibo: Instituto de Filosofía del Derecho Delgado Ocando. 1991, p. 31.

<sup>192</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Anexo a la Carta de las Naciones Unidas. Adoptada: 26 de junio de 1945. Entrada en vigor: 24 de octubre de 1945. El artículo 38 estipula:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

Esta situación generó que, durante muchos años, los estados no tomaran en cuenta las numerosas declaraciones relacionadas a los derechos de las personas con diversidad funcional mental. Al no existir instrumentos de carácter convencional ni sanciones para exigir su cumplimiento<sup>193</sup>, los estados, en base al ejercicio de su jurisdicción, definían el trato que se les debía otorgar a estas personas. En consecuencia, ello generaba que no se establecieran estándares uniformes a nivel internacional que permitiesen brindar un adecuado respeto y garantía de sus derechos humanos.

No obstante lo señalado, a pesar de la negativa de los estados por querer adoptar un instrumento convencional<sup>194</sup> bajo el cual deban cumplir las disposiciones contenidas en éste, las normas de *soft law* han ido adquiriendo una relevancia fundamental. De forma gradual, los estados empiezan a mostrar el deseo de tomar un determinado curso de acción, guía o propósito, contenidos en normas de *soft law*, a fin de implementarlo progresivamente de acuerdo a sus posibilidades. Así, su observancia dependerá del convencimiento que los estados tengan de su valor Intrínseco<sup>195</sup>. Por ello, no podría establecerse con ligereza que, simplemente porque un instrumento internacional no tenga un efecto jurídico vinculante, no podrá generar una reacción al comportamiento de los estados<sup>196</sup>.

De esta forma, consideramos que no es posible limitar el alcance y la naturaleza de las normas de *soft law*, especialmente en el Derecho internacional de los derechos humanos. Efectivamente, las normas de *soft law*, en estricto, no son jurídicamente vinculantes para los estados; sin embargo, es

---

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

<sup>193</sup> SCHÄFER, Armin. "Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law". En: *New Modes of Governance: Soft Law*. Colonia: Max Planck Institute for the Study Of Societies. April 2005, p. 2.

<sup>194</sup> MURPHY, Jhon. "Recent books on International Law". En: *American Journal of International Law*. Oct. 2008, p. 924.

<sup>195</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Hemisferio (Unidroit)". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad Central de Venezuela. 1992, p. 61.

<sup>196</sup> VAUGHAN LOWE, Alan. Óp. cit., p. 97.

posible que generen efectos prácticos y, en consecuencia, su carácter de *soft law* parecería difuminarse<sup>197</sup>. Ahora bien, en este punto es interesante resaltar lo afirmado por Chinkin, en tanto los primeros instrumentos de *soft law* se desarrollaron en el ámbito del Derecho internacional público<sup>198</sup>. Sin perjuicio de ello, su uso se ha ido expandiendo a otras ramas, como el Derecho internacional de los derechos humanos, donde su tratamiento ha ido generado efectos más visibles.

Partiendo de un análisis de los instrumentos de *soft law* que hemos analizado en el apartado 1.1, la mayoría de éstos son resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, las cuales han sido llamadas declaraciones. No obstante, ¿ello implica que la naturaleza jurídica de estas declaraciones serían vinculantes por el solo hecho de ser aprobadas en el seno del principal órgano deliberativo de esta organización internacional<sup>199</sup>?

El procedimiento para su aprobación no sigue los cánones establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, en consecuencia, no serían vinculantes para los estados<sup>200</sup>. Sin embargo, cierto sector de la doctrina relativiza su condición de *soft law* y les dan una importancia fundamental. En este sentido, Barberis sostiene que este tipo de instrumentos es primordialmente un producto ideológico propiciado por aquellos que pretenden otorgar obligatoriedad a ciertas resoluciones de las Naciones Unidas, principalmente las relacionadas a derechos humanos<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> SENDEN, Linda. *Soft Law in European Community Law*. Oxford/Oregon: Hart Publishing. 2004, p. 112.

<sup>198</sup> CHINKIN, Christine M. "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law". En: *Journal of International and Comparative Law*. 1989.

<sup>199</sup> 192 estados miembros. Para ver la lista de todos los estados que son miembros de la Organización de las Naciones Unidas. En: <http://www.un.org/es/members/>

<sup>200</sup> De acuerdo al art. 13 de la Carta de Naciones Unidas, la Asamblea General solo está facultada para aprobar documentos que sean recomendaciones para los estados.

<sup>201</sup> BARBERIS, Julio. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma. 1990, p. 567.

De esta forma, el término “declaración” se emplearía para encabezar aquellas resoluciones que enuncian principios de duradera importancia, y que crean en la organización internacional que las expide una fuerte expectativa de que serán cumplidas por sus estados miembros<sup>202</sup>. Por ello, su carácter de persuasiva es innegable. A todo lo señalado debemos añadir que los instrumentos como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, han influenciado el desarrollo de normas vinculantes<sup>203</sup>, por lo que constituyen un primer paso hacia la adopción de tratados<sup>204</sup>.

El ejemplo más claro de una norma de *soft law* que alcanza un carácter vinculante lo constituye la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin pretender entrar a un análisis profundo de las razones que explican su naturaleza, podemos referirnos a tres hipótesis aceptadas por la doctrina mayoritaria. Un primer sector de la doctrina sostiene que su fuerza vinculante se derivaría de considerarla como una interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a derechos humanos<sup>205</sup>. Una segunda postura entiende más bien que la fuerza vinculante de la Declaración Universal proviene de la coincidencia existente entre el contenido de ésta y la costumbre internacional<sup>206</sup>. Finalmente, la tercera posición entiende que este instrumento resulta obligatorio en tanto es expresión jurídica positiva de un principio generalmente aceptado en el Derecho internacional contemporáneo: el de la dignidad de la persona humana<sup>207</sup>. Asimismo, esta norma, cuya naturaleza inicial era de *soft law*, es la base del Sistema universal de protección de derechos humanos, bajo la cual se adoptaron numerosos instrumentos de carácter convencional.

<sup>202</sup> VALERA RESTREPO, H. Derecho Internacional Público. La Paz: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana. 2003, p. 498.

<sup>203</sup> KLABBERS, Jan. “The Redundancy of Soft Law”. En: Nordic Journal of International Law. 1998. p. 173.

<sup>204</sup> KENNETT, Steven A. “Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment”. En: Alberta Law Review. Vol. 31. 1993, p. 645.

<sup>205</sup> NIKKEN, Pedro. La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo. Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1987, p. 348.

<sup>206</sup> O'DONNELL, Daniel. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Tecnos. 1996, pp. 51-53.

<sup>207</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos”. En: Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco. Madrid: Tecnos. 1993, p. 178.

De esta forma, debido a la actual relevancia de los derechos humanos, ha sido una necesidad de orden moral sentida en la sociedad mundial, y una aspiración de la comunidad internacional, la de exhortar a los Estados en la aplicación de los diversos instrumentos de *soft law* que se aprueban. Así, el análisis expuesto permite señalar que el marco regulador de la comunidad internacional se encuentra en un proceso de evolución de los principios que sustentan la protección a los derechos humanos. Por su parte, en el ámbito de los derechos de las personas con diversidad funcional mental, debemos recurrir a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual reconoce en su preámbulo:

(...) la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad<sup>208</sup>.

Del mismo modo, en el Sistema interamericano de protección de derechos humanos también se ha manifestado la importancia que adquieren este tipo de instrumentos en la adopción de un tratado. El preámbulo de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad destacan la relevancia de normas de *soft law* como (i) resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas -Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas, Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad-; y (ii) resoluciones de la Asamblea General de la OEA -Resolución

---

<sup>208</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Preámbulo.

sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano<sup>209</sup>, Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano, Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud.

Asimismo, la jurisprudencia de los distintos órganos de protección de derechos humanos también han hecho referencia sobre el necesario rol que cumplen las normas de *soft law* y, en numerosas ocasiones, se han valido de ellas al momento de pronunciarse sobre casos relacionados a los derechos de las personas con diversidad funcional mental. Por ejemplo, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana afirmaron que el derecho a la integridad personal, contemplado en el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser interpretado a la luz de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental<sup>210</sup>.

De esta forma, su no obligatoriedad *per se* no implica una negativa de su carácter jurídico<sup>211</sup>. Por el contrario, resulta claro que las normas de *soft law*, a pesar de la ausencia de fuerza intrínseca, despliegan efectos jurídicos en dos ámbitos. En primer lugar, mediante su profusa interacción con las normas convencionales. Ello ha facilitado la suscripción de tratados internacionales para resguardar derechos inherentes al individuo. Asimismo, implica que los tratados incorporan las disposiciones de *soft law*<sup>212</sup> que se han venido asentando en el Derecho internacional de los derechos humanos. Además, muchas veces estos instrumentos se encargan de proveer los detalles que dan significado a las obligaciones abstractas de las normas convencionales<sup>213</sup>. Debido

<sup>209</sup> Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano. AG/RES. 1249 (XXIII-O/93. Asamblea General de la OEA. Aprobada: 11 de junio de 1993.

<sup>210</sup> CIDH. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 54. Asimismo: Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Óp. cit., párr. 151.

<sup>211</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C. Derecho Internacional Público. Madrid: Trotta. 1995, p. 618.

<sup>212</sup> VAUGHAN LOWE, Alan. Óp. cit., p. 96.

<sup>213</sup> CLAPHAM, Andrew. Human Rights obligations of non-state actors. New York: Oxford University Press. 2006, p. 99.

a su carácter inicial de no vinculante, los estados pueden definir y precisar con mayor exactitud las disposiciones contempladas en las normas de *soft law*<sup>214</sup>.

En segundo lugar, los órganos de protección de derechos humanos los utilizan para ampliar el contenido de los derechos que se encuentran analizando. Esto último realza la condición de instrumentos autónomos y generadores de un convencimiento, por parte de los estados, de su necesario acatamiento.

De otro lado, no puede desmerecerse su importancia en tanto buscan lograr la incorporación de sus disposiciones en el ordenamiento interno de los estados<sup>215</sup>. En ese sentido, debido a la importancia de muchas de las normas de *soft law* en materia de derechos humanos, los estados han ido incorporando sus disposiciones en los ordenamientos jurídicos internos<sup>216</sup>. Dichos instrumentos, caracterizados por no poseer, en estricto, carácter coercitivo y por la promoción de los principios rectores en la labor legislativa de los estados en esta materia, han contribuido a que los estados aprueben normas jurídicas, las cuales gozan de carácter vinculante. Ello ha contribuido a forjar la actividad de los organismos internacionales universales y regionales con miras al reconocimiento, protección y garantía de los derechos de las personas con diversidad funcional mental.

---

<sup>214</sup> SCHACHTER, Oscar. "The Twilight Existence of Non-binding International Agreements". En: American Journal of International Law. N° 71. 1977, pp. 296-299.

<sup>215</sup> ALSTON, Philip y Henry STEINER. International human Rights context. Law politics morals. New York: Oxford University Press. 2000, p. 228.

<sup>216</sup> Por ejemplo, El ordenamiento jurídico venezolano, debido a la imperiosa necesidad de salvaguardar los derechos de los indígenas, ha establecido en su Derecho interno preceptos normativos sobre esta materia, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2006, acatando los principios reguladores establecidos por (i) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; y (ii) el proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. De esta forma, se evidencia que en materia de derechos indígenas estas normas de *soft law* ha ejercido una fuerza moral que conllevó a su observancia por el legislador venezolano. En: BERMÚDEZ, Joselyn y Yosua QUINTERO. "La declaración de los derechos indígenas: Un *soft law* moralmente obligatorio en el ordenamiento jurídico venezolano". En: Revista de Derecho. Universidad del Norte, Colombia. Vol. 28. 2007, p. 45.

En conclusión, las declaraciones vinculadas a los derechos de las personas con diversidad funcional mental, analizadas en la primera parte de este capítulo son normas de *soft law* en tanto su aprobación no genera una obligación vinculante directa a los estados. No obstante, ello no implica que no tengan ningún valor jurídico. Por el contrario, dichos instrumentos -que fueron redactados como meras directrices que debían seguir los estados como un deber moral- se han ido materializando, de forma lenta pero continua, como normas jurídicas<sup>217</sup> al otorgárseles carácter vinculante en el Derecho internacional e interno. Lo antes señalado evidencia el logro de la técnica legislativa del *soft law* en el Derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, a pesar de las consideraciones esbozadas, los instrumentos en materia de derechos de las personas con diversidad funcional mental se encuentran muy lejos de crear estándares uniformes en la protección de estas personas.

### **3.2. Inexistencia de estándares uniformizados en los distintos sistemas de protección de derechos humanos.**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado que se está empezando a consolidar, con 98 estados que la han ratificado<sup>218</sup>. Además, su comité no puede analizar peticiones individuales por la violación de alguna de sus disposiciones hasta que se apruebe su reglamento (el cual se encuentra programado para su cuarta sesión, que tendrá lugar entre el 4 y 8 de octubre de 2010<sup>219</sup>).

<sup>217</sup> AGUIRRE, Alix y otros. "El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre". En: [http://ve.vlex.com/vid/softdeclaracionamericana44936388?ix\\_resultado=19&query\[ct\\_resultados\]=4760&query\[frase\]=Uniforme+de+trabajo&query\[pais\\_id\]=VE&query\[textolibre\]=Uniforme+de+trabajo&sort=score](http://ve.vlex.com/vid/softdeclaracionamericana44936388?ix_resultado=19&query[ct_resultados]=4760&query[frase]=Uniforme+de+trabajo&query[pais_id]=VE&query[textolibre]=Uniforme+de+trabajo&sort=score)

<sup>218</sup> Para poder ver la relación de los estados que han ratificado el tratado, véase en: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15-a&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&lang=en)

<sup>219</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Comunicado de prensa. 26 de febrero de 2010. En: <http://spainun.org/binarydata/files/rightsofpersonswithdisabilities.pdf>

Por ende, es necesario acudir a los órganos internacionales de protección de derechos humanos. Hemos establecido que no se puede negar que las personas con diversidad funcional suelen encontrarse en una situación de discriminación, la cual va permeando progresivamente sus condiciones mínimas de vida digna. Sin embargo, ¿esto implicaría que cualquier denuncia presentada por una persona con diversidad funcional ante instancias internacionales conllevaría al establecimiento de responsabilidad internacional del estado y a la reparación correspondiente? Ciertamente, el escenario actual se encuentra muy alejado de esta situación.

Las distintas instancias internacionales han sido reacias al momento de determinar la existencia de una situación de discriminación generalizada frente a un grupo vulnerable. Esta premisa ha sido respaldada recientemente por la Comisión Interamericana en el caso Luis Astorga y otros contra Costa Rica. Los peticionarios alegaron que, no obstante en Costa Rica las personas con diversas discapacidades físicas, sensoriales o mentales ascienden a 311,554 (lo que constituye el 9.32% de la población nacional), subsiste una enorme distancia entre los derechos tutelados por los preceptos legales y la realidad, y las vivencias cotidianas de la mayoría de estas personas, quienes son “víctimas de la inaccesibilidad a los diferentes servicios y esferas sociales existentes”. En el caso particular, las presuntas víctimas denuncian que ellas, al igual que toda la población discapacitada, son víctimas de exclusión y de discriminación por parte del Estado de Costa Rica quien ha incumplido con la obligación de implementar el servicio público de autobuses con los requisitos establecidos en la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y su reglamento<sup>220</sup>. En una controvertida decisión, consideraron que la petición era inadmisibles debido al no agotamiento de recursos internos.

Asimismo, en el caso interestatal de Nicaragua contra Costa Rica, la Comisión Interamericana señaló que se deben presentar los siguientes cuatro elementos concurrentes para afirmar la

---

<sup>220</sup> Costa Rica. Ley 7600. Promulgada el 18 de abril de 1996. En: CIDH. Luis Astorga y otros Vs. Costa Rica. Informe N° 63/07. Petición 625-01. 27 de julio de 2007, párr. 2.

existencia de una práctica sistemática de discriminación en perjuicio de un determinado grupo vulnerable:

- a) Que se compruebe la existencia de varios actos discriminatorios (elemento cuantitativo)<sup>221</sup>.
- b) Que los actos discriminatorios alegados concurren con regularidad (elemento temporal).
- c) Que los actos discriminatorios sean parte de una práctica regular (existencia de un patrón).
- d) Que el Estado haya realizado acciones concretas relacionadas con la supuesta práctica discriminatoria o que las haya tolerado (nexo estatal)<sup>222</sup>.

Asimismo, el Tribunal Europeo sostiene que los alegados actos de discriminación generalizada deben ser lo suficientemente numerosos e interconectados para que puedan ser considerados no sólo incidentes aislados o excepciones, sino que puedan ser considerados como un patrón o sistema<sup>223</sup>. Este argumento también se encuentra respaldado por la Corte Interamericana al señalar que “la sola constatación de un caso individual no es base suficiente para que se presuma o colija la existencia dentro del mismo de prácticas masivas y colectivas en perjuicio de los derechos de otros ciudadanos.”<sup>224</sup>

De esta forma, las instancias internacionales no pueden ignorar la gravedad especial que tendría atribuir a un estado parte de la Convención Americana el cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de discriminación<sup>225</sup>. Dicha situación se debe principalmente a la inexistencia de estándares uniformizados en materia de protección de las personas con discapacidad. ¿Y por qué se da ésta situación? Empecemos mencionando el hecho de que son

---

<sup>221</sup> Si la violación afecta a un grupo extenso de personas, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta acerca de una situación generalizada. En: ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Óp. cit., p. 141.

<sup>222</sup> CIDH. Caso Nicaragua Vs. Costa Rica. Informe Nº 11/07. Petición 01/06. 8 de marzo de 2007, párr. 266-272.

<sup>223</sup> TEDH. Irlanda c. Reino Unido. Sentencia 5310/71. 18 de enero de 1978, párr. 159.

<sup>224</sup> Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 64.

<sup>225</sup> CIDH. Caso Nicaragua Vs. Costa Rica. Óp. cit., párr. 264.

muy pocos los casos que han sido conocidos por los sistemas de protección de derechos humanos (sobre todo el interamericano).

Para entender esta problemática, habría que recordar que, durante gran parte del Derecho internacional contemporáneo (sino hasta hoy), los estados siguen argumentando que mantienen una soberanía casi incólume respecto al tratamiento que se les otorga a las personas con diversidad funcional. Frente a ello, resulta imperativo sustentar la integridad de los tratados de derechos humanos, al buscar la realización de su objeto y propósito y, por consiguiente, al establecer límites al voluntarismo estatal<sup>226</sup>.

Asimismo, la OPS recomendó a la Comisión Interamericana tener en cuenta que, en su calidad de organismo internacional de derecho público especializado en salud, podría cooperar técnicamente con ella en casos específicos acordados por ambos organismos. De esta forma, solicitó a la Comisión Interamericana incluir el tema de la salud mental en aquellos informes especiales que se publiquen sobre la situación general de los derechos humanos en los estados miembros<sup>227</sup>. Dichas sugerencias todavía no han sido incorporadas.

En este contexto, la Comisión Interamericana se ha limitado a (i) afirmar la necesidad de que los estados tomen medidas de carácter legislativo, judicial, administrativo y educativo a fin de difundir (entre autoridades gubernamentales, ONGs, profesionales de salud mental, abogados, jueces y otras personas involucradas en la promoción de políticas de salud mental) las normas convencionales que proteger<sup>228</sup>; y (ii) señalar la necesidad de emplear estándares especiales

<sup>226</sup> Véase: CANCADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 2006.

<sup>227</sup> JIMENEZ, Heidi y Javier VÁSQUEZ. Óp. cit., p. 268

<sup>228</sup> Véase: CIDH. Recomendación de la CIDH sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental. Informe Anual 2000. Capítulo VI.

cuando tenga que pronunciarse sobre un caso relacionado a personas con diversidad funcional mental<sup>229</sup>.

No obstante, se identifican dos problemas frente a lo afirmado por la Comisión Interamericana. En primer lugar, este órgano se refiere a la importancia de difundir las normas convencionales relacionadas con los derechos de las personas con diversidad funcional mental. Sin embargo, la dificultad no recae en que los estados y sociedad civil sepan sus disposiciones; sino, en que puedan interpretarlas y, de esta forma, brinden un adecuado y efectivo respeto y garantía a los derechos de las personas con diversidad funcional mental.

En segundo lugar, existe un serio inconveniente en la determinación de los estándares especiales en materia de protección de los derechos de las personas con diversidad funcional mental, puesto que, en los pocos casos que ha tratado este tema, no los ha analizado profundamente. Simplemente se limitó a señalar que los estados deben regirse por los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, lo cual, como hemos visto, es solo un instrumento más dentro de un abanico de herramientas. He ahí la importancia de establecer criterios uniformes en los distintos sistemas de protección de derechos humanos.

### **3.3. Necesidad fundamental: Obligación de respetar los derechos de las personas con diversidad funcional y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Los estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud del art. 1.1 que se consagra en dicho instrumento<sup>230</sup>, asumen tres tipos de obligaciones de carácter general

---

<sup>229</sup> CIDH. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 53.

hacia los individuos bajo su jurisdicción<sup>231</sup>. La primera consiste en respetar los derechos humanos, lo cual implica no violar los derechos y libertades consagrados. La segunda, garantizarlos, es decir, organizar todo el aparato gubernamental a fin de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En tercer lugar, los estados deben adoptar medidas en el ámbito interno para hacerlos efectivos<sup>232</sup>, removiendo “cualquier obstáculo legislativo ‘o de otro carácter’ que impida que se respeten y hagan respetar todos los derechos consagrados”<sup>233</sup>.

Frente a estas obligaciones, encontramos un primer obstáculo cuando nos detenemos a revisar la Convención Americana. Analizando dicho tratado, notamos que no existe ninguna referencia respecto a las personas con diversidad funcional mental. No hay duda de que se deben respetar y garantizar sus derechos; sin embargo, al no haber una referencia expresa y clara sobre cómo compatibilizar las disposiciones de la Convención Americana con las necesidades de las personas con diversidad funcional mental, podría llegar a generarse una situación de desprotección.

Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana, órganos del Sistema interamericano de protección de derechos humanos, tienen competencia para pronunciarse respecto a la presunta violación de determinados tratados<sup>234</sup>, siendo el principal, la Convención

---

<sup>230</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 1.1. Obligación de respetar los derechos: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>231</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso Las Palmeras. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90. Voto Razonado del Juez Barberis, párr. 4. Asimismo, véase: SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. “La Respuesta de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a las Diversas Formas de Impunidad en casos Graves de Violaciones de Derechos Humanos”. En: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005, p. 389.

<sup>232</sup> Corte IDH, Caso Durand y Ugarte. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 137 y Caso Castillo Petruzzi y otros. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207.

<sup>233</sup> GARCÍA SAYÁN, Diego, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”. En: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005, p. 329

<sup>234</sup> Reglamento de la CIDH. Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. El artículo 23 señala los instrumentos que puede conocer la CIDH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre

Americana. Dentro de esta amplia gama de instrumentos, no encontramos ninguno que se refiera a las personas con diversidad funcional mental. La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, la cual pareciera erigirse como el tratado fundamental en la búsqueda de una real protección hacia las personas con diversidad funcional mental, no ha establecido la posibilidad de poder acudir ante la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana en caso de violación de sus disposiciones.

A ello se debe sumar que no solo no existen estándares que establezcan criterios uniformes en materia de derechos de las personas con diversidad funcional mental, sino que son escasas las ocasiones en que casos ante la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana se hayan referido al tema. Por ejemplo, la Corte Interamericana, en el caso *Ximenes Lopes*, señaló escuetamente los deberes del estado para con las personas con diversidad funcional mental: (i) deber de cuidar (posición de garante cuando se encuentran bajo su custodia), (ii) deber de regular y fiscalizar a las instituciones mentales; y (iii) el deber de investigar las vulneraciones a los derechos humanos<sup>235</sup>. En ese sentido, sostuvo que el Comité de Derechos Humanos ha establecido que cada caso debe examinarse a la luz de sus propias circunstancias, teniendo presente la imputabilidad al estado de las condiciones concretas de reclusión en una determinada penitenciaría y los efectos psicológicos sobre la persona de que se trate<sup>236</sup>.

Frente a esta situación, tal vez desalentadora, podemos encontrar ciertas respuestas que permitan lograr establecer una real compatibilidad entre las disposiciones de la Convención Americana y los

---

Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

<sup>235</sup> Para mayor información, véase: Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Óp. cit.

<sup>236</sup> Comité de Derechos Humanos. *Francis Vs. Jamaica*. Comunicación. Nº 606/1994, 25 de julio de 1995, párr. 9.1.

derechos de las personas con diversidad funcional mental. Para ello, nos valemos de la propia Corte Interamericana, cuando afirma que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”<sup>237</sup>.

Bajo dicha premisa, y atendiendo a lo indicado por el artículo 29.b de la Convención Americana, la cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos<sup>238</sup>, es posible invocar instrumentos que forman parte del *corpus iuris* del Derecho internacional de protección de los derechos humanos y que se refieran a la protección de las personas con diversidad funcional mental, a fin de que las disposiciones de la Convención Americana sean interpretadas a la luz de éstos<sup>239</sup>.

La Corte Interamericana ha considerado que “resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional”<sup>240</sup>. A la luz de lo anterior, los instrumentos y estándares que no son parte del sistema interamericano pueden ser utilizados al momento de interpretar las disposiciones de la Convención Americana. No obstante, también es fundamental tomar en consideración el contexto interamericano en el que nos encontramos, a fin de poder lograr una verdadera armonía entre los derechos establecidos en la Convención Americana y la protección de las personas con diversidad funcional mental.

Ahora bien, también debemos ser cautelosos cuando utilicemos otros instrumentos y jurisprudencia de diversos sistemas internacionales de protección de derechos humanos, a fin de darle un contenido amplio a las disposiciones de la Convención Americana, puesto que no se puede

<sup>237</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 124-125 y TEDH. Tyrer Vs. Reino Unido. Sentencia 5856/72. 25 de abril de 1978, párr. 31.

<sup>238</sup> Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Óp. cit., párr. 148.

<sup>239</sup> Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 192.

<sup>240</sup> Corte IDH. “Otros Tratados”. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrafo 40.

determinar la responsabilidad internacional de un estado parte de la misma con base únicamente en disposiciones contenidas en instrumentos distintos a ésta, y que no tengan un correlato en ésta<sup>241</sup>. Dicha situación sería abiertamente contraria a lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Convención Americana<sup>242</sup>, cuyos términos constituyen la base del consentimiento del estado en obligarse por dicho instrumento internacional.

Luego de lo mencionado, no cabe más que agregar que el Derecho internacional de los derechos humanos se encuentra conformado por una serie de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados. Específicamente, su importancia en el ámbito de los derechos humanos de las personas con diversidad funcional es innegable. Ahora bien, consideramos que actualmente es fundamental establecer estándares uniformes de protección y garantía de los derechos de este grupo de personas que adoptar nuevos instrumentos.

Precisamente, este será nuestro propósito en el siguiente capítulo, puesto que, tomando en cuenta el desarrollo actual del Derecho internacional de las personas con diversidad funcional mental trataremos de ir descubriendo los estándares que permitirían a la Convención Americana, y a los órgano del Sistema interamericano de protección de derechos humanos, alcanzar una adecuada y efectiva protección y garantía de los derechos de estas personas. Tomando en consideración lo señalado por la Corte Interamericana, se “debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 115 y Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez. párr. 19.

<sup>242</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 62.1: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

<sup>243</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03. Óp. cit., párr. 120.

## Capítulo II

### **La institucionalización de la personas con diversidad funcional mental bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Construyendo el incipiente desarrollo bajo el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**

Luego de haber analizado en el primer capítulo el contexto actual de protección de las personas con diversidad funcional, específicamente aquellas de carácter mental, podemos darnos cuenta que el panorama no es del todo promisorio. No hay duda de que los importantes avances generados a partir de la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos han permitido que gradualmente la protección y garantía de los derechos de estas personas se vaya viendo resguardado. No obstante, resta mucho por brindar una real y efectiva protección a estas personas, debido, entre otras causas, a la presunta inexistencia de estándares uniformados en los distintos sistemas de protección de los derechos humanos.

El presente capítulo se centra en determinar cuáles deben ser los estándares de protección de las personas con diversidad funcional en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, se parte de la premisa de que el Sistema interamericano de protección de derechos humanos no ha sido un gran aporte en materia jurisprudencial sobre los derechos de las personas con diversidad funcional mental, a diferencia de los sistemas universal y europeo.

Claro está que los precedentes que podamos analizar y estructurar deben encontrarse contextualizados dentro de nuestra realidad regional y, asimismo, deben ser compatibles con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, nuestro objetivo estará enfocado a la reformulación de los contenidos de los derechos contemplados en este instrumento internacional a fin de garantizar a las personas con diversidad funcional mental el ejercicio adecuado y efectivo de éstos.

#### **1. Personalidad jurídica y la (in)capacidad de ejercer derechos**

¿Es válido sólo el consentimiento de los familiares de una persona con diversidad funcional mental para que ésta ingrese a una institución mental? ¿Toda persona con diversidad funcional mental debe contar con un representante que decida por él qué medidas deben adoptarse para su protección? Ambas preguntas se enfocan en un tema sumamente importante a la hora de analizar los estándares en materia de protección y garantía de los derechos de las personas con diversidad funcional mental relacionados a la institucionalización. Nos referimos a la capacidad jurídica. Precisamente, tal como hemos analizado en el primer capítulo, el papel que juega la autonomía de las personas con diversidad funcional mental, tanto como principio rector y como derecho, merece una justa coherencia al momento de abordar el ámbito de la capacidad jurídica.

En ese sentido, en las primeras fases del tratamiento del Derecho internacional sobre las personas con diversidad funcional mental -que hemos distinguido previamente- se evidenció que éstas no tenían los mismos derechos que las demás y que, debido a su condición, no estaban en capacidad de poder tomar sus propias decisiones. Siguiendo esta línea, hasta la actualidad se sigue afirmando que estas personas no poseen personalidad jurídica o capacidad jurídica. Por ello, consideramos fundamental delimitar adecuadamente el contenido de ambos términos, a fin de poder encaminarnos hacia el real entendimiento de esta problemática.

Respecto a la personalidad jurídica, ésta se encuentra consagrada como un derecho en la Convención Americana<sup>244</sup> y en los demás sistemas internacionales de protección de los derechos humanos<sup>245</sup>. En ese sentido, la Corte Interamericana ha señalado que su contenido implica el reconocimiento de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones<sup>246</sup>. Ello significa que este

---

<sup>244</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 3: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

<sup>245</sup> En el ámbito universal, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Por su parte, el artículo 5 de la Carta Africana establece que "Toda persona tiene [derecho](#) al respeto de la dignidad inherente a la [persona](#) humana y al reconocimiento de su personalidad jurídica".

<sup>246</sup> Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179; Caso Jean y Bosico, párr. 176.

derecho es fundamental para el goce de todos los demás<sup>247</sup>. A pesar de ser un derecho fundamental y claramente esencial para el desarrollo de cualquier ser humano, tal como ya hemos explicado, las personas con diversidad funcional mental no gozaban de todos los derechos que los demás individuos, lo cual mermaba su propia condición de seres humanos.

No obstante, esta situación ha ido cambiando progresivamente. Actualmente, resulta claro que las personas con diversidad funcional mental también tienen el derecho a la personalidad jurídica desde el momento del nacimiento, lo cual les permite ser titulares de todos los demás derechos. Este razonamiento fue recogido por el artículo 12.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual señala que “los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica<sup>248</sup>”.

Ahora bien, la capacidad jurídica tiene otra connotación y es en este punto donde el debate sigue latente. Este término puede ser definido como la capacidad y el poder de ejercicio de derechos y la asunción de obligaciones por medio de sí mismo; esto es, sin la asistencia de representación por un tercero<sup>249</sup>. De esta forma, mientras que la personalidad jurídica implica *per se* el poder ser considerado como titular de derechos y obligaciones, la capacidad jurídica se refiere a la posibilidad material y real de poder ejercerlos por sí mismo.

No obstante, a pesar de que se podía reconocer a las personas con diversidad funcional mental con los mismos derechos que los demás, éstas se han visto constantemente en una situación de especial vulnerabilidad para la toma de sus propias decisiones. Debido a una supuesta condición de “invalidez” o “discapacidad”, los estados han considerado que estas personas no tienen la capacidad de poder decidir por sí mismos los aspectos relacionados a su vida y, en consecuencia,

<sup>247</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Óp. cit., párrs. 188-190.

<sup>248</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 12.1.

<sup>249</sup> CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, BARRIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas. Madrid: Ramón Areces. 2007, p. 36.

es necesario que exista un representante que lo haga por ellas. En consecuencia, la regla general era que toda persona con diversidad funcional mental debía tener un representante que pudiera ejercer sus derechos, lo cual, claramente, mermaba su autonomía intrínseca.

De esta forma, en múltiples casos los representantes que actuaban en nombre de las personas con diversidad funcional mental a veces no lo hacían en interés de la persona a la que representaban y, lo que es peor, a veces abusaban de su posición de autoridad<sup>250</sup>. En ese sentido, se llegaban a situaciones tan extremas y violatorias de derechos humanos en tanto los representantes no tenían que demostrar necesariamente que las decisiones adoptadas se realizaban en el mejor interés de las personas con diversidad funcional mental o de acuerdo con sus deseos.

Esta situación podría invitar a comparar a las personas con diversidad funcional mental como si fueran niños/as. Sobre este aspecto tan complejo, y específicamente sobre el ejercicio de la titularidad de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado:

(..) la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños (...). Se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana<sup>251</sup>.

<sup>250</sup> ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Ginebra: Naciones Unidas. 2007, p. 97.

<sup>251</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp. cit., párr. 41.

Por lo señalado, la capacidad jurídica se encuentra sujeta al cumplimiento de determinados requisitos, como una edad mínima y la capacidad de entender el significado de las acciones propias y sus consecuencias. Además, tomando en consideración los ordenamientos internos, la capacidad de obrar, que se presume en los adultos, puede ser limitada o restringida cuando las personas se consideran incapaces de proteger sus propios intereses<sup>252</sup>. Las personas con diversidad funcional eran incluidas dentro de en este grupo de personas incapaces por el sólo hecho de tener esta condición, por lo que sus representantes ejercían sus derechos privándoles el poder decidir sobre sus vidas.

Debido a este preocupante contexto, durante la redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se discutió acerca de la capacidad jurídica de estas personas. Incluso, llegó a ser la cuestión más álgida de las negociaciones. Por un lado, muchos estados seguían firmes en su postura de no aceptar que las personas con diversidad funcional mental pudieran tener capacidad jurídica plena. Es decir, querían seguir basándose en un modelo de sustitución en la toma de decisiones, mediante el cual era necesario que tuvieran un representante. Por el otro lado, se planteaba la posición de incluir en dicho tratado una disposición que señalara que estas personas sí tienen capacidad jurídica y sólo en determinados casos, podrían ser asistidas -no sustituidas- por un representante para la toma de decisiones<sup>253</sup>.

En efecto, de la lectura del primer artículo de este instrumento es posible inferir cuál de las dos posturas primó respecto al contenido que se brindó a la capacidad jurídica de las personas con diversidad funcional mental. Esta norma establece que el propósito de la convención es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad”. De esta forma, es claro que

---

<sup>252</sup> Por ejemplo, el Código Civil Peruano establece en su artículo 44 que son relativamente incapaces los “retardados mentales, pródigos, ebrios habituales, toxicómanos, etc.”. En: Código Civil Peruano. Decreto Legislativo N° 925. Promulgado el 24 de julio de 1984. Entrada en vigor: 14 de noviembre de 1984.

<sup>253</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 420.

este propósito debe materializarse a través de todas las disposiciones de este tratado, incluyendo la relativa a la capacidad jurídica.

Es así como, debido a que este tratado se basó en un modelo social, donde uno de los pilares era lograr una real autonomía de las personas con diversidad funcional mental, el artículo 12.2 dispuso que estas personas tienen “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida<sup>254</sup>”. Desde nuestra perspectiva, ello implica un cambio sumamente profundo en la concepción tradicional de las personas con diversidad funcional mental en tanto se destierra la idea de concebirlas como seres sin autonomía y se les coloca en una posición de efectiva igualdad frente a los demás.

La norma garantiza, al menos desde una perspectiva legal, que todas las personas con diversidad funcional mental tengan acceso a ciertos derechos patrimoniales básicos y esenciales para lograr la igualdad de oportunidades en la sociedad<sup>255</sup>. Precisamente, el artículo 12.5 permite que todas las personas con diversidad funcional mental puedan ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Asimismo, dispone que los estados se deben encargar de que éstas no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

De otro lado, esta disposición también reconoce que pueden existir algunas personas con diversidad funcional mental que necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica. En respuesta a ello, los estados deben hacer lo posible para prestar apoyo a esas personas y establecer salvaguardias contra el abuso de ese apoyo<sup>256</sup>. Consideramos que el apoyo puede adoptar la forma de una persona de confianza o una red de varias personas. Así, la persona o personas de

---

<sup>254</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 12.2.

<sup>255</sup> BARRIFFI, Francisco y Agustina PALACIOS. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid: Ediciones Cinca. 2007, p. 106.

<sup>256</sup> ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Óp. cit., p. 97.

apoyo explicarían las cuestiones, cuando sea necesario, e interpretarían las señales y preferencias de la persona con diversidad funcional mental.

Adicionalmente, el apoyo del representante debe ser proporcional y adaptado a las circunstancias de la persona, se debe aplicar en el plazo más corto posible y debe estar sujeto a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Evidentemente, dicho apoyo se realizará en base a las necesidades de la persona, y deberá ser diseñado para cada caso, teniendo en cuenta los requerimientos concretos según su situación<sup>257</sup>.

Todo este cambio de paradigma, positivo por cierto, implica para los estados una obligación importantísima. Nos referimos a la reforma de su legislación interna, a fin de poder implementar las medidas necesarias que garanticen que las personas con diversidad funcional mental tengan capacidad jurídica<sup>258</sup> y, sólo en el caso que lo requieran, cuenten con acceso al apoyo para el ejercicio de la misma.

Puesto que la negación de la capacidad jurídica de las personas con diversidad funcional mental ha generado numerosas afectaciones de sus derechos, toda reforma legislativa deberá abordar esta cuestión con carácter prioritario. Así, se deberá examinar la legislación vigente -revisión de todas las áreas de la ley que contienen elementos de aptitud, y sustitución de tutela y otras intervenciones obligatorias con proceso decisorio aceptado- a fin de determinar si hay limitaciones oficiales a la capacidad jurídica de las personas con diversidad funcional mental y si las disposiciones de la ley y la práctica se ajustan a la disposición estudiada. Asimismo, estos cambios no sólo deben quedar en un aspecto meramente normativo. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad requiere específicamente a los estados que adopten las medidas

---

<sup>257</sup> Para mayor información, véase: GARCÍA LLERENA, Viviana. El mayor interés en la esfera personal del incapaz. La Coruña: Paideia. 2002.

<sup>258</sup> BARIFFI, Francisco y Agustina PALACIOS. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid: Ediciones Cinca. 2007, p. 105.

pertinentes para garantizar que las personas con diversidad funcional mental tengan, de hecho, capacidad jurídica o que se les brinde asistencia en el ejercicio de la misma<sup>259</sup>.

De esta forma, el texto definitivo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha quedado redactado incorporando, sin duda, el modelo de asistencia y no de sustitución en la toma de decisiones. Por este motivo, consideramos como tarea primordial erradicar la práctica de nombrar representantes que toman decisiones en nombre de las personas con diversidad funcional mental y sustituirla por la prestación de apoyo, sólo en los casos necesarios, para que puedan tomar sus propias decisiones<sup>260</sup>. Mediante este cambio, estaríamos plasmando a cabalidad el modelo social al fusionar adecuadamente los principios de autonomía, dignidad e igualdad, así como el derecho a vivir de forma independiente<sup>261</sup>. Por ello, el lema utilizado por las organizaciones de derechos de las personas con diversidad funcional mental - “nada para nosotros, sin nosotros”- ejemplifica de la mejor manera el cambio de rumbo adoptado a partir de este tratado.

En conclusión, la favorable evolución del Derecho internacional de los derechos humanos ha permitido redefinir el concepto de autonomía de las personas con diversidad funcional mental. Ello implica que, actualmente, no sólo tienen el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica bajo la cual son titulares de derechos, sino que, en principio, podrá ejercerlos sin representación alguna. De esta forma, la nueva postura a la cual nos adherimos contempla que una persona no puede perder su capacidad jurídica de actuar simplemente por causa de una diversidad funcional. Claro está que, excepcionalmente, su capacidad jurídica sólo podrá darse con el apoyo de un representante en las situaciones ya previstas. En ese sentido, a lo largo de este capítulo, el análisis

<sup>259</sup> ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Óp. cit., p. 75.

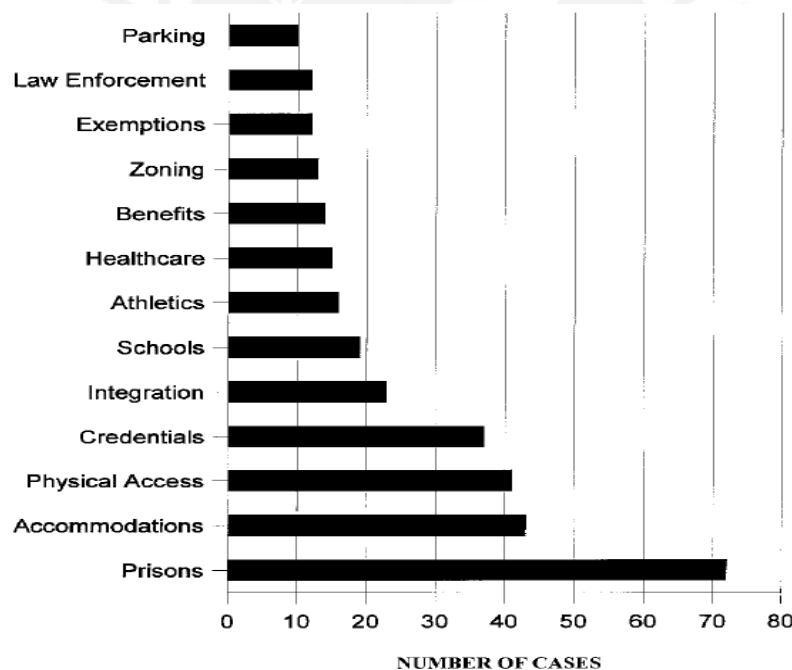
<sup>260</sup> ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos. Nueva York: Naciones Unidas. 2010, p. 26.

<sup>261</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 463.

de los derechos relacionados a la institucionalización de las personas con diversidad funcional mental se realizará tomando en cuenta su derecho a la capacidad jurídica.

## 2. Derecho a la libertad personal. Una triste pero cierta realidad

Uno de los derechos más vulnerados a las personas con diversidad funcional mental es el referido a su libertad personal. Observemos el siguiente cuadro, producto de una encuesta realizada a personas con diversidad funcional mental en Estados Unidos a inicios del año 2000. Se les preguntó en qué aspecto se encontraban las mayores deficiencias del estado a fin de resguardar sus derechos. La respuesta mayoritaria coincidió en que las detenciones, o privación de su libertad, eran el principal escollo en su desarrollo<sup>262</sup>.



<sup>262</sup> GLUCK MEZEY, Susan y otros. "The Americans with Disabilities Act in Federal Court: litigating against public entities". En: Disability and society. Vol. 17, nº 1. London: Carfax Publishing. 2002, p. 56.

En este punto, cabe hacernos la pregunta, ¿de qué forma podría haber una afectación a la libertad personal de las personas con diversidad funcional mental? Una primera respuesta estaría enfocada a una detención efectuada por agentes policiales. En relación a las personas con diversidad funcional mental, podemos imaginarnos a estas personas en una institución de salud mental. En principio, a algunos podría parecerles una situación positiva, en tanto se encuentren recibiendo un adecuado cuidado a sus necesidades.

No obstante, si aceptamos tal premisa como cierta, nuevas interrogantes aparecen: ¿de qué forma llegan a una institución mental?, ¿su estadía debe ser voluntaria o no?, ¿cualquier persona que camine por la calle y que aparente ser una persona con diversidad funcional mental puede ser detenida y llevada a una institución mental, o incluso a una prisión si se considera que es peligrosa para los demás?

Estas preguntas nos permiten identificar una serie de problemas que se presentan frente al derecho de libertad personal de las personas con diversidad funcional mental. Muchas veces, estas son internadas forzosamente en instituciones estatales<sup>263</sup>, de forma arbitraria, sin informales de las razones de su detención ni los derechos que les asisten. Además, esta situación de internamiento puede llegar a tener un plazo muy prolongado, donde estas personas no son llevadas ante un juez o autoridad que verifique las condiciones de su detención. Esta situación también se refleja en el Perú. Nuestro ordenamiento jurídico interno no ha regulado de manera específica el internamiento de las personas con diversidad funcional mental<sup>264</sup>. Ello ha generado que en los establecimientos de salud mental no se de a los pacientes la oportunidad de brindar su

---

<sup>263</sup> En el ámbito interamericano, la CIDH ha reiterado que uno de los derechos más frecuentemente violados en hospitales psiquiátricos incluye el derecho a una admisión voluntaria. En: CIDH. Recomendación de la CIDH sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental. Óp. cit.

<sup>264</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 102. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental. Lima: 2005, p. 26-27.

consentimiento al internamiento<sup>265</sup>. Asimismo, del presupuesto anual, sólo se destina el 4,49% al sector salud y de éste insuficiente monto, el Ministerio de Salud dedica solamente el 3,9% a satisfacer las numerosas demandas de las personas con diversidad funcional mental<sup>266</sup>.

Ahora bien, todo lo mencionado no se circunscribe únicamente a las detenciones de las personas con diversidad funcional en instituciones de salud mental. Existe un considerable número de personas con diversidad funcional mental que se encuentran detenidas en centros penitenciarios comunes. Por ejemplo, cabe resaltar que en el año 2001, se estimó que de las 3 700 personas detenidas y condenadas a la pena de muerte en Estados Unidos, entre el 2 y el 10% de éstas tenían algún tipo diversidad funcional mental<sup>267</sup>.

Muchas veces estas personas son consideradas por los estados como un potencial peligro a la seguridad pública y son detenidos en centros penitenciarios comunes, como una forma de “prevención”. En otras situaciones, sí han cometido delitos pero el tratamiento para su detención no toma en consideración su condición de persona con diversidad funcional mental.

Ahora bien, no creamos que éste es un problema reciente. Ya en 1983, la fenecida Comisión (hoy Consejo) de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalaba que era imprescindible fijar ciertos criterios para la detención de las personas con diversidad funcional mental<sup>268</sup>. Esta

---

<sup>265</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 140. Salud mental y derechos humanos: Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables. Lima: Defensoría del Pueblo. 2009, p. 145.

<sup>266</sup> COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIOS SOBRE DISCAPACIDAD. Congreso de la República del Perú. Exclusión Laboral, Discriminación Social. Por una Sociedad para Todos. 2003, pp. 10 – 11.

<sup>267</sup> FELLNER, Jamie. "Beyond Reason: Executing Persons with Mental Retardation". En: Human Rights. Journal of the Section of Individual Rights & Responsibilities. Summer 2001, p. 9.

<sup>268</sup> NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Principles, Guidelines and Guarantees for the Protection of Persons Detained on Grounds of Mental Health or Suffering from Mental Disorder. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/17, págs. 24-27.

situación también fue compartida por la Organización Panamericana de Salud en conjunto con la OMS<sup>269</sup> y las Naciones Unidas<sup>270</sup> en años posteriores.

Por ello, en este subcapítulo nos avocaremos a definir los estándares que deberían seguir los estados americanos en materia de protección y garantía del derecho a la libertad personal de las personas con diversidad funcional mental.

## 2.1. Tratamiento bajo los sistemas internacionales de protección de derechos humanos

En el Sistema interamericano de protección de derechos humanos, hemos señalado que el principal instrumento internacional bajo el cual recaen las obligaciones de los estados en materia de derechos humanos es la Convención Americana. La Corte Interamericana ha afirmado que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y, a la vez, la garantía de su derecho de defensa<sup>271</sup>. Asimismo, ha señalado reiteradamente que la libertad personal no es un derecho absoluto, sino que, de cumplirse con las exigencias para su restricción, esta medida es legítima<sup>272</sup>.

Pues bien, detengámonos a leer el artículo 7 de esta convención, el cual se refiere al derecho a la libertad personal:

---

<sup>269</sup> Véase: ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Diagnóstico sobre el estado de los derechos humanos de las personas con enfermedad mental en países de Centro América. Informe Final. Tegucigalpa, Julio 1998.

<sup>270</sup> DESPOUY, Leando. Relator Especial. Prevención de la discriminación y protección de las minorías. Study Series Human Rights and Disabled Persons. Naciones Unidas. 1993, p. 27.

<sup>271</sup> Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 223; Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 66; Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 129; y Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 82-83.

<sup>272</sup> Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 70; y Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Óp. cit., párr. 82.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

A primera impresión, podemos coincidir en que la literalidad de esta disposición implica que estamos frente a la tutela del derecho a la libertad personal en caso de una detención por motivos penales. Por ejemplo, vemos como el inciso 4 se refiere a la notificación de los cargos que se le imputan a la persona detenida. El término “cargo” se encuentra íntimamente vinculado con el ámbito del derecho penal, en tanto implica un delito o falta que se le imputa a alguien por su comportamiento<sup>273</sup>. Claramente, no podríamos referirnos a una detención por salud mental en tanto

---

<sup>273</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésima segunda edición. 2010. En: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=cargo](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cargo)

hemos visto que el hecho que una persona tenga una diversidad funcional mental no implica bajo ningún motivo que ha cometido un hecho punible.

Dicha apreciación podría también verse corroborada en el marco del Sistema universal de protección de derechos humanos. En efecto, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contempla el derecho a la libertad personal, establece que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Al igual que la Convención Americana, no se hace mención alguna a la posibilidad de detención de las personas con diversidad funcional mental. Por el contrario, en el ámbito europeo ya habíamos señalado en el primer capítulo que el artículo 5.1.e. del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sí se refiere a la restricción del derecho a la libertad de las personas con diversidad funcional mental.

De esta forma, los instrumentos más importantes de los distintos sistemas de protección de derechos humanos apuntan a que el derecho a la libertad personal, salvo en el ámbito europeo, está destinado a enfocarse en situaciones que impliquen el ámbito penal. No obstante, la continua evolución del Derecho internacional de los derechos humanos ha permitido que se empiecen a regular otras situaciones de detención que no habían sido previstas cuando se adoptaron estos tratados.

Por ejemplo, además de la detención por motivos penales, se ha empezado a hablar de la detención administrativa. La Comisión Interamericana ha sostenido que en el procedimiento de regular el acceso a sus territorios, los estados pueden en algunas circunstancias someter a los

extranjeros a una detención administrativa<sup>274</sup>. En este caso, la detención no tiene como fin ejercer el poder punitivo del estado por haber cometido un delito, sino definir si corresponde legalizar la situación migratoria de un extranjero o en todo caso deportarlo a su país de origen. De esta forma, “los inmigrantes indocumentados son, en el peor de los casos, infractores a normas administrativas y no criminales o sospechosos de cometer delitos<sup>275</sup>”.

Ahora bien, respecto a nuestra inquietud, los distintos órganos internacionales de protección de derechos humanos también se han referido a la posibilidad de restringir el derecho a la libertad de las personas con diversidad funcional mental. Es así como en el Sistema universal de protección de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos amplió el contenido del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya que señaló que era aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales<sup>276</sup>.

De esta forma, el Comité reconoció que pueden darse circunstancias en las que la salud mental de una persona esté tan perturbada que, para evitar que se dañe a sí misma o dañe a otras personas, sea inevitable dar la orden de internamiento sin que disponga de asistencia o representación suficientes para salvaguardar sus derechos<sup>277</sup>. No obstante, la regla general es que el tratamiento en una institución mental se realice con el consentimiento de la persona con diversidad funcional

<sup>274</sup> CIDH. Coard y otros Vs. Estados Unidos. Informe 109-99. Caso 10.951. 29 de septiembre de 1999, párr. 45; Rafael Ferrer-Mazorra y otros Vs. Estados Unidos. Informe N° 51-01. Petición 99/03. 4 de abril de 2001, párr. 212; e Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106. 28 de febrero de 2000, párr. 137.

<sup>275</sup> CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio. 16 de abril de 2001, párr. 110.

<sup>276</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General n° 8. Derecho a la libertad y a la seguridad personales. 1982, párr. 1; y Observación general n° 21. Trato humano de las personas privadas de su libertad. 1992, párr. 2.

<sup>277</sup> Comité de Derechos Humanos. Bozena Fijalkowska Vs. Polonia. Comunicación N° 1061/2002. 4 de agosto de 2005, párr. 8.3.

mental. De lo contrario, dicha situación constituiría una forma de privación de libertad que generaría una violación del artículo 9 del mencionado tratado<sup>278</sup>.

Asimismo, en el ámbito europeo uno de los mayores cuestionamientos se centró en la detención de las personas con diversidad funcional sin su consentimiento<sup>279</sup>. El Tribunal Europeo afirmó en uno de sus primeros casos la posibilidad de detención a otras personas más allá del tema penal, siempre y cuando el desorden mental sea muy grave. En particular, señaló que el artículo 5.3 de la Convención Europea “(is the) exception to the right to liberty (that) make (a) provision for the detention of vulnerable groups for their own protection and/or for the protection of others<sup>280</sup>”.

Lo antes señalado nos permite extraer dos conclusiones. En primer lugar, el Derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la detención e institucionalización de las personas con diversidad funcional sin su consentimiento. No obstante, y esto nos lleva a nuestra segunda conclusión, es posible restringir válidamente el derecho a la libertad personal de estas personas con el objetivo de protegerlas de sí mismas y de la comunidad<sup>281</sup>.

Ello ha sido ratificado por el artículo 16 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Este instrumento también estableció dos supuestos para la admisión involuntaria de estas personas: (i) que, debido a la enfermedad mental exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para tercero; y (ii) que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su

---

<sup>278</sup> Comité de Derechos Humanos. A. Vs. Nueva Zelanda. Comunicación nº 754/1997. 15 de julio de 1999. Voto particular de los miembros del Comité Fausto Pocar y Martin Scheinin; Bozena Fijalkowska Vs. Polonia. Óp. cit., párr. 8.2

<sup>279</sup> GOSTIN, Lawrence. Óp. cit., p. 11.

<sup>280</sup> TEDH. Guzzardi Vs. Italia. Sentencia 7367/76. 6 de noviembre de 1980, párr. 98.

<sup>281</sup> La CIDH creyó relevante determinar el estado de salud mental del señor Rosario Congo antes y durante los hechos a los cuales hizo referencia el peticionario en su queja, en tanto ello puede afectar los estándares interpretativos a ser tenidos en cuenta en el caso. En: CIDH. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 35.

condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva.

Ahora bien, lo antes descrito parece una disposición abierta a interpretación. ¿Cómo se sabe que necesita protección o puede ser un peligro para los demás? ¿Existen otros requisitos que se tienen que cumplir? Esto ha generado que los estados, alegando el ejercicio pleno de su soberanía, puedan determinar la detención de personas sin ajustarse a parámetros acordes con los derechos de las personas con diversidad funcional mental<sup>282</sup>.

No quedan dudas de que en cada caso concreto se tendrá que analizar el cumplimiento de estos requisitos. No obstante, ello no implica desconocer la importancia de establecer parámetros generales que permitirán respetar y garantizar de una manera más adecuada los derechos de las personas con diversidad funcional mental. En ese sentido, a fin de poder situarnos en nuestro contexto, nos referiremos a los asuntos en que los órganos del sistema interamericano tuvieron la posibilidad de pronunciarse sobre este aspecto. Ello nos servirá para poder establecer cuáles deben ser los estándares de protección y garantía en materia del derecho a la libertad personal en el continente americano.

Un caso que marcó un precedente en el ámbito interamericano se refiere al asunto “Los cubanos de Mariel” contra Estados Unidos. 125 000 cubanos que huyeron a los Estados Unidos en 1980 desde el Puerto de Mariel, en Cuba, fueron detenidos cuando llegaron a la costa de este estado. Las autoridades norteamericanas liberaron a la gran mayoría de los cubanos y señalaron que podían adquirir la residencia permanente en razón de una ley especial<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> Amnistía Internacional publicó un informe, el 9 de diciembre de 2002, donde indicaba que, en varios países europeos, principalmente en Bulgaria, las personas con diversidad funcional eran detenidas e institucionalizadas de por vida, sin que medie consentimiento alguno. En: <http://www.amnesty.org/fr/library/info/EUR15/010/2002/es>

<sup>283</sup> CIDH. Rafael Ferrer-Mazorra y otros Vs. Estados Unidos. Óp. cit., párr. 115.

No obstante, algunos cubanos de Mariel continuaron detenidos y se les negó la libertad condicional sobre la base de su estado mental<sup>284</sup>. La argumentación del estado estadounidense se basó en que su detención se mantenía en aras del interés público, ya que podían ser un peligro para la sociedad<sup>285</sup>. Por ello, fueron ubicados en distintas penitenciarías comunes y se les denominó “extranjeros excluibles”<sup>286</sup>, situación que fue declarada por la Comisión Interamericana como una violación al derecho a la libertad personal de estas personas.

Otro caso que marcó un precedente es el de Víctor Rosario Congo contra Ecuador. Esta persona, que presentaba una diversidad funcional mental, fue recluida en un centro penitenciario acusado por robo y asalto. Luego fue llevada a una celda de aislamiento en la que fue golpeado y permaneció ahí casi por cuarenta días. Debido a su situación, fue trasladado a un hospital donde murió el día de su llegada por deshidratación<sup>287</sup>.

Actualmente, existen algunos casos relacionados al derecho a la libertad personal de personas con diversidad funcional mental que se encuentran en la etapa de admisibilidad ante la Comisión Interamericana. Por ejemplo, se encuentra el asunto de Marcela Porco, una argentina que fue alojada en una cárcel en Bolivia a pesar de sufrir alteraciones mentales sin que el estado le proporcionara la atención y seguridad que su estado físico y psíquico requería. La Comisión Interamericana adoptó medidas cautelares a favor de la víctima, por lo cual se la Corte Suprema de Bolivia la declaró inimputable y fue repatriada a Argentina<sup>288</sup>.

Otro caso se refiere a la detención de Rubén Darío Arroyave, quien presentaba una diversidad funcional mental y se encontraba privado de libertad en la cárcel municipal de El Bagre,

---

<sup>284</sup> Ídem, párr. 48.

<sup>285</sup> Ídem, párr. 152.

<sup>286</sup> Ídem, párr. 48.

<sup>287</sup> Para mayor información, véase: CIDH. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 42.

<sup>288</sup> CIDH. Marcela Alejandra Porco Vs. Bolivia. Informe N° 8/08. Caso 11.426. 4 de marzo de 2008, párr. 23

Colombia<sup>289</sup>. Una situación similar ocurrió con Wellington Geovanny Peñafiel, acusado de robo, quien empezó a sufrir síntomas psicóticos por el trato que vivió en un régimen de la Policía de Ecuador. Le dieron de baja sin analizar su estado<sup>290</sup>. Por su parte, en el único caso que se ha pronunciado la Corte Interamericana respecto a las personas con diversidad funcional mental, Ximenes Lopes contra Brasil, no entró a la discusión sobre el derecho a la libertad personal puesto que (i) no fue alegada por la Comisión Interamericana ni por los representantes de la presunta víctima; y (ii) no consideró, bajo el principio de *iura novit curia*, pronunciarse sobre éste. Consideramos que hubiera sido importante que dicho órgano se refiera al derecho a la libertad personal de Ximenes Lopes en tanto se realizó sin su consentimiento<sup>291</sup>. Sólo bastó la aceptación de su madre y en la demanda presentada ante la Corte Interamericana por la Comisión Interamericana no se indica en ningún extremo que ella fuera su representante<sup>292</sup>.

El panorama descrito no nos permite llegar a establecer estándares claros y uniformes sobre el derecho a la libertad personal en este supuesto. Por un lado, tenemos un caso donde la Comisión Interamericana consideró una violación al artículo 7 de la Convención Americana al trasladar a personas con diversidad funcional mental, que no habían cometido ningún delito, a centros penitenciarios. Los otros supuestos se refieren a que los estados no tomaron en cuenta las condiciones de diversidad funcional mental de las personas al momento de ser detenidas.

A pesar de ello, es posible llegar a una primera idea general. En el ámbito interamericano, la norma prescrita en el artículo 7.1 de la Convención Americana no se limita a las detenciones que involucran la investigación y sanción de delitos, sino que se extienden también a otras esferas en

---

<sup>289</sup> CIDH. Rubén Darío Arroyave Gallego Vs. Colombia. Informe N° 69/09. Petición 1385-06. 5 de agosto de 2009, párr. 34.

<sup>290</sup> CIDH. Wellington Geovanny Peñafiel Parraga Vs. Ecuador. Informe N° 73/09. Petición 4392-02. 5 de agosto de 2009, párr. 33.

<sup>291</sup> Véase: CIDH. Demanda ante la Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Caso 12.237. 1 de octubre de 2004, párr. 66.

<sup>292</sup> Íbidem.

las que el Estado puede administrar su autoridad<sup>293</sup>, como la detención de individuos por razones vinculadas a su salud física o mental<sup>294</sup>.

Debido a esta aparición de nuevos supuestos de restricciones a la libertad personal, la Comisión Interamericana desarrolló los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, la cual reitera la posibilidad de detención a una persona con diversidad funcional mental.

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas<sup>295</sup> (*el subrayado es nuestro*).

<sup>293</sup> CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Doc. OEA/Ser.L/V/II.116. 22 octubre 2002, párr. 121.

<sup>294</sup> CIDH. Rafael Ferrer-Mazorra y otros Vs. Estados Unidos. Óp. cit., párr. 210.

<sup>295</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Disposición General.

## **2.2. Replanteando requisitos para la restricción del derecho a la libertad personal en el ámbito interamericano**

Por lo que hemos visto, el contenido actual del artículo 7.1 de la Convención Americana incluye la posibilidad de restringir la libertad personal de las personas con diversidad funcional, de acuerdo a la jurisprudencia y documentos de la Comisión Interamericana. No obstante, el reto consiste en determinar cuáles deben ser los requisitos que los estados deben cumplir a fin de que esta restricción sea legítima y acorde con el respeto y garantía de los derechos de estas personas.

En ese sentido, los incisos 2 al 6 se refieren a las regulaciones específicas que deben concurrir para restringir legítimamente el derecho a la libertad personal<sup>296</sup>. Por ello, resulta fundamental establecer el contenido de estas garantías en tanto cualquier violación de los numerales 2 al 6 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma<sup>297</sup>.

Por ello, a continuación pasamos a establecer cuáles son estos requisitos que contempla la Convención Americana y de qué forma pueden adaptarse a este nuevo supuesto de detención.

### **2.2.1. Reserva de ley: Dejando de lado los supuestos de detención bajo orden judicial o en flagrancia**

El artículo 7.2 exige que ninguna persona pueda verse privada de su libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley<sup>298</sup>. En consecuencia, esta disposición debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los estados a

<sup>296</sup> Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 143.

<sup>297</sup> Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 51 y 54; y Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 89.

<sup>298</sup> Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Óp. cit., párr. 43.

establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física<sup>299</sup>.

Ello se encuentra establecido en el artículo 30 de la Convención Americana, el cual dispone que las restricciones permitidas en este tratado no puedan ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. En ese sentido, la Corte Interamericana ha establecido que por “ley” debemos entender una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los estados para la formación de las leyes<sup>300</sup>. La razón de esta exigencia se basa en garantizar que la restricción sea decisión de un órgano del estado facultado para ello<sup>301</sup>.

De igual forma, el Tribunal Europeo ha coincidido al afirmar:

Where deprivation of liberty is concerned, it is particularly important that the general principle of legal certainty is satisfied. It is therefore essential that the conditions for deprivation of liberty under domestic law should be clearly defined, and that the law itself be foreseeable in its application, so that it meets the standard of “lawfulness” set by the Convention, a standard which requires that all law should be sufficiently precise to allow the person – if needed, to obtain the appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail<sup>302</sup>.

<sup>299</sup> Corte IDH. Usón Ramírez Vs. Venezuela. Óp. cit., párr. 145.

<sup>300</sup> Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 35.

<sup>301</sup> Para mayor información, véase: MEDINA, Cecilia. MEDINA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. 2005.

<sup>302</sup> TEDH. Kawka Vs. Polonia. Sentencia 25874/94. 9 de enero de 2001, párr. 49.

En el ámbito penal, la reserva de ley ha permitido la detención de personas cuando se daban cualquiera de estos dos supuestos: (i) existencia de una orden judicial de arresto; o (ii) existencia de un delito flagrante<sup>303</sup>. Ello implica que únicamente un juez, o la policía, podrían restringir el derecho a la libertad personal de una persona. Ahora bien, ¿estos dos supuestos también deberían aplicarse al caso de la detención a personas con diversidad funcional mental?

El primero de ellos parece razonable. Un juez podría dar una orden judicial a fin de que detengan a una persona con diversidad funcional mental, siempre y cuando esté comprobado que su estado es sumamente grave y pone en riesgo su integridad como la de los demás. Para ello, sería necesario que cuente con un dictamen realizado por un médico especialista, a fin de que corrobore dicha situación. En efecto, el Tribunal Europeo agregó a la regla jurisprudencial que este tipo de detención debe ser valorada siempre a la luz de un examen médico que prescriba la reclusión de la persona con diversidad funcional mental, y no solamente ante hechos eventuales<sup>304</sup>.

Ahora bien, el segundo supuesto nos puede parecer un poco más difícil de concebir. ¿Los agentes policiales podrían arrestar a una persona en la calle por la simple sospecha de que tiene una diversidad funcional mental y que puede ser violenta contra ella misma o la comunidad?

Una primera respuesta parecería indicar que no se podría. Sin embargo, en el caso de la detención administrativa, los agentes policiales sí pueden restringir el derecho a la libertad de una persona extranjera que aparentemente no cuenta con los documentos necesarios para encontrarse en una situación migratoria regular. A pesar de que no hay ningún delito flagrante, y que no son expertos en temas migratorios, pueden, mediante indicios (que la persona diga que no tiene documentos, o que ingresó al estado de forma irregular), detener a una persona y llevarla a una comisaría o centro migratorio para las investigaciones correspondientes.

---

<sup>303</sup> Corte IDH. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Óp. cit., párr. 67.

<sup>304</sup> TEDH. Varnanov Vs. Bulgaria. Sentencia 31365/96. 5 de octubre de 2000, párr. 47.

En ese sentido, si la policía observa una situación en donde una persona parece tener una diversidad funcional mental y está poniendo en peligro su vida o la de los demás, nos parece razonable que pueda ser detenido y llevado a una institución mental, sin su consentimiento. Claro está que los estados adoptarán una serie de requisitos adicionales, tal como veremos a lo largo de este subcapítulo.

Precisamente, la Comisión Interamericana se ha referido acerca de las distintas formas que sería posible la detención de una persona con diversidad funcional mental. En ese sentido, ha expresado que las autoridades responsables de los establecimientos de privación de libertad, incluidos las instituciones mentales, no permitirán el ingreso de ninguna persona para efectos de reclusión o internamiento, salvo si está autorizada por una orden de remisión o de privación de libertad, emitida por autoridad judicial, administrativa, médica u otra autoridad competente, conforme a los requisitos establecidos por la ley<sup>305</sup>.

Lo señalado refuerza la posibilidad de una detención efectuada por agentes policiales, en tanto se enmarcarían dentro de la categoría de “otra autoridad competente”. Claro está que resultaría necesario que dichos agentes reciban una capacitación periódica en materia de derechos de las personas con diversidad funcional<sup>306</sup>. Asimismo, resulta interesante observar que no es necesario una orden judicial de un juez, sino también la de una autoridad médica o administrativa. Ello tiene mayor sentido en tanto pueden ser personas con un alto conocimiento en salud mental y, en consecuencia, sus decisiones podrían estar mejor fundamentadas.

---

<sup>305</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 9.

<sup>306</sup> Para mayor información, véase: ARMSTRONG, Leonie. “The Reality of Rights: People with an Intellectual Disability and the Criminal Justice System”. En: Australian Journal of Human Rights. Vol. 3, nº 2. 1997.

### 2.2.2. ¿Cuándo una detención no es arbitraria?

Además de la existencia de una ley en el ordenamiento interno del estado que permita la restricción al derecho a la libertad de una persona con diversidad funcional mental, es imperativo que ésta no sea arbitraria. Ello implica que su análisis sólo será necesario cuando se trata de detenciones consideradas legales<sup>307</sup>.

En ese sentido, la no arbitrariedad implica que nadie puede ser sometido a una detención por las causas y métodos que, aún calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo<sup>308</sup>. Esto último implica que toda detención, sea en materia penal, administrativa o por presentar una diversidad funcional mental, debe cumplir con cuatro requisitos: (i) debe tener una finalidad legítima<sup>309</sup>; (ii) debe ser idónea para cumplir con el fin perseguido<sup>310</sup>; (iii) debe ser necesaria, es decir, absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado, no existiendo una medida menos gravosa<sup>311</sup>; y (iv) que sea estrictamente proporcional<sup>312</sup>.

Precisamente, pasaremos a analizar cada una de estas características, a fin de poder establecer de qué forma una detención a una persona con diversidad funcional mental no es arbitraria.

<sup>307</sup> Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 62; y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 93 y 96.

<sup>308</sup> Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Óp. cit., párr. 47.

<sup>309</sup> Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 90; y Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111. CIDH. Jorge Luis Bronstein y otros Vs. Argentina, Informe nº 2/97. Caso 11.205. 11 de marzo de 1997, párr. 28.

<sup>310</sup> Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 93.

<sup>311</sup> Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106; y Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 50. Asimismo: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 3.

<sup>312</sup> Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 228.

### 2.2.3. Finalidad legítima e idónea: En búsqueda de una real justificación

Ambos elementos implican, por un lado, que la finalidad de la medida que prive o restrinja la libertad sea acorde y compatible con la Convención Americana y, por otro lado, que sea idónea para cumplir con el fin perseguido<sup>313</sup>. Por ello, para poder determinar si una detención cumple con estas características, es fundamental preguntarnos cuál sería su razón de ser.

En el ámbito penal, una detención se efectúa a fin de reprimir una acción que es calificada como un delito<sup>314</sup>. El objetivo de ésta es asegurar el orden<sup>315</sup> y seguridad pública<sup>316</sup>, supuestos válidos de justificación de derechos<sup>317</sup>.

Por su parte, la detención administrativa responde a la necesidad del estado de determinar la estancia en el territorio de una persona que carecía de documentos legales que se lo permitiesen<sup>318</sup>. Tanto en la práctica estatal como en la doctrina, se entiende pacíficamente que la violación de las leyes migratorias del estado es un motivo válido para detener y deportar a un extranjero, puesto que es evidente que los estados tienen un legítimo interés en el cumplimiento de tales normas<sup>319</sup>.

<sup>313</sup> Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Óp. cit., párr. 98; y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 93.

<sup>314</sup> Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 62

<sup>315</sup> Entendido como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En: Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 64.

<sup>316</sup> La seguridad pública significa protección contra los peligros para la seguridad de las personas, su vida o su integridad física, o contra los daños graves a sus bienes. En: Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación o derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Aprobada: 28 de agosto de 1984, párr. 23.

<sup>317</sup> TEDH. Moustaqim Vs. Bélgica. Sentencia 12313/86. 18 de febrero de 1991, párr. 43; Ahmed v. Austria. Sentencia 25964/94. 17 de diciembre de 1996, párr. 38; Boughamemi Vs. Francia. Sentencia 22070/93. 24 de abril de 1996, párr. 41; Bouchelkia Vs. Francia. Sentencia 23078/93. 29 de enero de 1997, párr. 48; y H.L.R. v. Francia. Sentencia 24573/94 29 de abril de 1997, párr. 33.

<sup>318</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Bakhtiyari y otros Vs. Australia. Comunicación n° 1069/2002. 29 de octubre de 2003. párr. 9.2.

<sup>319</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Expulsión de extranjeros. Memorando de la Secretaría. 58° período de sesiones. Ginebra. 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006. párr. 326.

Ahora bien, pasemos a nuestro objeto de estudio, ¿qué finalidad legítima e idónea podríamos encontrar en restringir el derecho a la libertad personal de las personas con diversidad funcional mental? La Comisión Interamericana ha sido tajante al afirmar que la mera diversidad funcional no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad<sup>320</sup>.

Por ello, y tomando en consideración la jurisprudencia que hemos venido analizando, la restricción del derecho a la libertad de una persona con diversidad funcional mental podría tener una doble finalidad. Por un lado, en los casos de una severa diversidad funcional, la reintegración en la comunidad y en la vida familiar sería una razón apremiante para su institucionalización<sup>321</sup>. Por otro lado, también deberíamos considerar que la protección de la persona, así como de la sociedad puede ser considerada como una finalidad legítima<sup>322</sup>.

#### 2.2.4. Necesidad y proporcionalidad

A fin de que la restricción a la libertad personal sea válida, será necesario que, para conseguir el objetivo deseado, no exista una medida menos gravosa<sup>323</sup>. Asimismo, respecto al requisito de la proporcionalidad, la restricción al derecho a la libertad personal no debe resultar exagerada o desmedida con el fin perseguido<sup>324</sup>. De esta forma, una detención podría considerarse arbitraria si

---

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Amnistía Internacional Vs. Zambia. Comunicación nº 212/98. Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999, párr. 33.

<sup>320</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 3.

<sup>321</sup> TEDH. Kolanis Vs. Reino Unido. Solicitud 517/02. Sentencia: 21 de junio de 2005, párr. 70.

<sup>322</sup> Ídem. Preámbulo. Asimismo, véase: TEDH. Winterwerp Vs. Holanda. Solicitud 6301/73. Sentencia: 24 de octubre de 1979, párr. 38.

<sup>323</sup> Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Óp. cit., párr. 106; y Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Óp. cit., párr. 50. En ese sentido: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 3.

<sup>324</sup> Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 211. Comité de Derechos Humanos. Jalloh Vs. Países Bajos. Comunicación nº 794/1998. 26 de marzo de 2002. párr. 8.2.

se decreta a pesar de la posibilidad de ejecutar medidas menos lesivas y cuando simplemente no sea necesaria teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso<sup>325</sup>.

En ese sentido, en el ámbito penal, la detención es la última medida en materia sancionatoria. Por medidas menos gravosas podemos nombrar la imposición de la obligación de presentarse ante las autoridades competentes, el depósito de fianza u otras condiciones que tuviesen en cuenta las circunstancias particulares de la familia<sup>326</sup>. Lo mismo puede darse en el marco de una detención administrativa<sup>327</sup>.

Ahora bien, frente a una detención por diversidad funcional mental, ¿podemos considerar medidas menos gravosas que el internamiento a una institución mental? Un tratamiento en el hogar de la persona o visitas periódicas al centro de salud mental podrían ser la respuesta. Tal como analizaremos al final este capítulo, se ha empezado a gestar la idea de un derecho a la no institucionalización. Sin embargo, actualmente debemos indicar que la privación de libertad de una persona en una institución mental deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros.

Por otro lado, la proporcionalidad está enfocada a la duración de la detención. En materia penal, los distintos órganos internacionales de protección de derechos humanos han observado que la prisión preventiva, antes y durante el proceso que determinará la comisión o no de un delito, no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla<sup>328</sup>, las cuales pueden ser el peligro de fuga<sup>329</sup> y la obstrucción de las

---

<sup>325</sup> Comité de Derechos Humanos. *Madafferi Vs. Italia*. Comunicación N° 1011/2001. 26 de agosto de 2004, párr. 9.2

<sup>326</sup> Comité de Derechos Humanos. *Bakhtiyari y otros Vs. Australia*. Óp. cit., párr. 9.3.

<sup>327</sup> Comité de Derechos Humanos. *Caso Jalloh v Países Bajos*. Óp. cit., párr. 8.2.

<sup>328</sup> Comité de Derechos Humanos. *A. Vs. Australia*. Comunicación n° 560/1993. 30 de abril de 1997, párr. 9.4; *C. Vs. Australia*. Comunicación N° 900/1999. 13 de noviembre de 2002, párr. 8.2; y *Bakhtiyari y otros Vs. Australia*. Óp. cit., párr. 9.2.

investigaciones<sup>330</sup>. Ello implica que la falta de cumplimiento de estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice los principios generales de derecho universalmente reconocidos<sup>331</sup>.

Ahora bien, en el marco de una detención por diversidad funcional mental, las causales que podrían establecerse deberían estar intrínsecamente relacionadas con su salud mental. En ese sentido, una restricción válida al derecho a la libertad personal se enfocaría en el supuesto de que la persona sea propensa a lastimarse o a lastimar a los demás. Adicionalmente, un elemento clave es la posibilidad de realizar revisiones periódicas<sup>332</sup>. Partiendo de la premisa de que la privación de libertad de una persona deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario<sup>333</sup>, para el caso de una detención por motivos de diversidad funcional, es fundamental que la decisión de mantener a una persona detenida deba ser objeto de un examen periódico<sup>334</sup>. Mediante ello, se podrá

<sup>329</sup> Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180. CIDH. Jorge A. Giménez Vs. Argentina. Informe nº 12/96. Caso 11.245. 1 de marzo de 1996, párr. 89.

<sup>330</sup> Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

<sup>331</sup> Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 229; y Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 77.

<sup>332</sup> TEDH. Musial v. Poland. Musial Vs. Polonia. Solicitud 24557/94. Sentencia: 25 de marzo de 1999, párr. 43. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos rescató la importancia de las revisiones periódicas en una detención por diversidad funcional mental. Al respecto, afirmó que no se puede concluir que existiría una violación del derecho a la libertad personal solo por la duración de la detención de una persona, siempre y cuando hayan existido revisiones periódicas. De esta forma, no es posible afirmar que se ha violado el derecho a la libertad personal porque esa conclusión ampliaría el alcance de este artículo excesivamente al aducir que el conflicto entre la detención continua del autor y su salud mental sólo se podía resolver con su liberación y que el Estado Parte, si no lo liberaba, estaría violando dicha disposición. Las circunstancias del caso demostraron que el autor era objeto de una evaluación psicológica y se hallaba bajo observación permanente. En: C. Vs. Australia. Óp. cit. Voto particular (parcialmente disconforme) de los miembros del Comité: Sr. Nisuke Ando, Sr. Eckart Klein y Sr. Maxwell Yalden.

<sup>333</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 3.

<sup>334</sup> En el marco del Sistema universal de protección de derechos humanos, un caso marcó un precedente importante en el ámbito de la revisión periódica de una persona con diversidad funcional. En este asunto, la víctima no había tenido indicios de poseer una enfermedad mental antes de su detención por las autoridades de inmigración. Pasó más de dos años detenido y sólo fue liberado, al parecer, debido a su mala salud mental. El Comité de Derechos Humanos resaltó la importancia de las revisiones periódicas en el marco de una detención, a fin de constatar la salud mental de las personas privadas de libertad. En: Comité de Derechos Humanos. C. Vs. Australia. Comunicación Nº 900/1999. 13 de noviembre de 2002.

reevaluar la necesidad y proporcionalidad de la detención e impedirá que ésta no se prolongue más allá del plazo que el estado pueda justificar debidamente<sup>335</sup>.

De esta forma, el control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales<sup>336</sup>.

#### **2.2.5. Ser informado (¿de qué forma?) de las razones de la detención**

El inciso 4 del artículo 7 contempla un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de libertad y garantiza la defensa del detenido. En ese sentido, toda persona, lo cual incluye a aquellas con diversidad funcional mental tienen el derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención, así como de los derechos que goza en esa situación<sup>337</sup>.

En una detención penal, el agente que lleva a cabo la detención, usualmente un agente policial, debe informar en un lenguaje simple y libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que ésta se funda. Por ello, no se satisface lo dispuesto en dicha norma si sólo se menciona

---

<sup>335</sup> Comité de Derechos Humanos. Bakhtiyari y otros Vs. Australia. Óp. cit., párr. 9.2; y Danyal Shafiq Vs. Australia. Comunicación nº 1324/2004. 13 de noviembre de 2006, párr. 7.2. CIDH. Jorge, José y Dante Peirano Basso Vs. Uruguay. Informe nº 35/07. Caso 12.553, 6 de agosto de 2009, párr. 108.

<sup>336</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 6.

<sup>337</sup> Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 109; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 92; Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Óp. cit., párr. 72; Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Óp. cit., párr. 82; y Caso Bulacio Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 128.

la base legal<sup>338</sup>, y es necesario que las razones de la detención sean comunicadas en un idioma que la persona detenida comprenda<sup>339</sup>.

El Tribunal Europeo ha señalado que este derecho también debe ser aplicado para la detención de personas con diversidad funcional mental<sup>340</sup>. Por ende, esta disposición no admite excepción y debe ser observada independientemente de la forma en que ocurra la detención<sup>341</sup>. Ahora bien, ¿qué aspecto de esta norma podría entrar en colisión con la restricción del derecho a la libertad de las personas con diversidad funcional mental?

Consideramos que el principal desafío de la disposición se refiere al momento en que el agente competente de detener a una persona con diversidad funcional mental le informa las razones de su situación. La Comisión Interamericana se ha limitado a señalar que, al momento de la detención de una persona con diversidad funcional mental, los agentes policías deberán disponer de un traductor e intérprete durante el proceso<sup>342</sup>.

No obstante, podría suceder que estas personas, por la severa diversidad funcional mental que presentan, no sean capaces de entender los motivos de su detención<sup>343</sup>. Por este motivo, es que se plantea la posibilidad de que las razones de su detención se den de forma escrita u otros medios de comprensión<sup>344</sup>. Ello permitiría clarificar las razones que un doctor, o una autoridad

<sup>338</sup> Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Óp. cit., párr. 106; y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 71. TEDH. Fox, Campbell y Hartly Vs. Reino Unido. Sentencia 12244/86. 30 de agosto de 1990, párr. 40.

<sup>339</sup> Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Resolución 45/158. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada: 18 de diciembre de 1990. Entrada en vigor: 1 de julio de 2003. Art. 16.5. Asimismo, véase: Comité de Derechos Humanos. Observación General n° 13: Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley. 13 de abril de 1984, párr. 8.

<sup>340</sup> TEDH. Van der Leer Vs. Países Bajos. Solicitud 11509/85. Sentencia: 21 de febrero de 1990, párr. 23.

<sup>341</sup> Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 83-84.

<sup>342</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 5.

<sup>343</sup> LEWIS, Oliver. "Protecting the Rights of People with Mental Disabilities: The European Convention on Human Rights". En: European Journal of Health Law. Dec. 2002, n° 4, p. 298.

<sup>344</sup> *Ibidem*.

judicial o administrativa ha tenido para decretar la restricción de su libertad. Asimismo, en caso de que la persona con diversidad funcional mental no pueda ejercer su capacidad jurídica y, en consecuencia, no comprenda la situación, su representante podrá saber cuáles fueron las razones estrictas que llevaron a esta restricción del derecho a la libertad personal.

## 2.2.6. ¿Ser o no ser... llevado inmediatamente ante un juez?

El inciso 5 del artículo 7 dispone que toda restricción del derecho a la libertad persona debe acarrear un control judicial inmediato<sup>345</sup>. Las normas internacionales no indican plazos concretos para que el detenido comparezca sin demora ante el juez tras la detención, sino que los plazos deberán determinarse caso por caso<sup>346</sup>. Al respecto, el Tribunal Europeo ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención<sup>347</sup>.

De esta forma, en el caso de la detención por motivos de diversidad funcional mental, ¿esta disposición debe interpretarse literalmente? Para responder esta pregunta, resulta necesario que establezcamos cuál es la razón de ser de esta norma.

La importancia de este derecho radica en que pretende servir como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales, tomando en cuenta que en un estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido y autorizar la adopción de medidas

<sup>345</sup> Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 65; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 78. Asimismo: TEDH. Brogan y otros Vs. Reino Unido. Solicitud 11209/84. Sentencia: 29 de noviembre de 1988, párr. 59.

<sup>346</sup> Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 77; Caso Tibi Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 115; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Vs. Perú. Óp. cit., párr. 95; y Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Óp. cit. párr. 72-73. En igual sentido: TEDH. Brogan y otros Vs. Reino Unido. Óp. cit., párr. 58-59.

<sup>347</sup> TEDH. Brogan y otros Vs. Reino Unido. Óp. cit., párr. 61-62. Asimismo: Corte IDH, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Óp. cit., párr. 73; Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Óp. cit., párr. 84; y Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Óp. cit., párr. 140.

cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario<sup>348</sup>. En consecuencia, debe respetarse *ex officio*<sup>349</sup>.

Ahora bien, podría parecernos lógico que en cualquier tipo de detención, incluyendo el supuesto de diversidad funcional mental, la persona sea llevada ante un juez a fin de que éste analice la medida. Las características de competencia, imparcialidad e independencia de estos agentes nos permitirían llegar a esa conclusión. Cabe recordar que, en el ámbito penal, cualquier persona detenida por haber cometido un presunto delito -incluyendo aquellas con diversidad funcional mental- debe ser llevada ante un juez o una autoridad con competencias judiciales. En ese sentido, el juez es garante de los derechos de toda persona bajo custodia del estado, por lo que le corresponde la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias y garantizar un trato conforme el principio de presunción de inocencia<sup>350</sup>.

No obstante, debido a la amplia gama de supuestos de restricciones al derecho a la libertad personal, esta disposición puede establecer distintos métodos para garantizar la revisión de una detención. Por ejemplo, en el caso de una detención administrativa, es posible que un oficial de migración, autoridad administrativa, tenga la facultad discrecional de examinar la justificación de la detención de extranjero en situación irregular<sup>351</sup>. Ello se debe a que se encuentra en una mejor posición que un juez, debido a su especialidad, en decidir si la detención es correcta o no<sup>352</sup>.

<sup>348</sup> Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 63; Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 108. Del mismo modo: CIDH. Damion Thomas Vs. Jamaica. Informe nº 50/01. Caso 12.069. 4 de abril de 2001, párr. 37-38.

<sup>349</sup> Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Óp. cit., párr. 114. Del mismo modo: y Asamblea General de las Naciones Unidas, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Resolución No. 43/173, 9 de diciembre de 1988, Principio 4.

<sup>350</sup> Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 67. Asimismo: TEDH. Iwanczuk v. Polonia. Solicitud 25196/94. Sentencia: 15 de noviembre de 2001, párr. 53.

<sup>351</sup> El art. 16.6 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares solo exige a los estados que los extranjeros en situación irregular sean llevado ante un juez para cuestionar la detención solo en proceso penal.

<sup>352</sup> Por ejemplo, en el ámbito de una detención administrativa, es posible que la autoridad que revise dicha restricción a la libertad personal, puede ser un agente de migraciones y no necesariamente un juez. En: TEDH. Quinn Vs. Francia. Solicitud 18580/91. Sentencia: 22 de marzo de 1995, párr. 53.

Ahora bien, para el caso de la detención por diversidad funcional mental, deberíamos preguntarnos qué autoridad garantizaría una adecuada revisión de la detención de una persona con diversidad funcional mental. El Comité de Derechos Humanos afirmó que lo que importa de la revisión de detención, en sus efectos, es que sea real y no puramente formal<sup>353</sup>.

Por ello, podríamos considerar que el juez no sería el único agente estatal capacitado para confirmar la detención de una persona con diversidad funcional mental. Sería perfectamente viable que una autoridad administrativa o médica pueda realizarla. Su especialización en el tema permitiría que la decisión de mantener la restricción a la libertad de la persona sea la más razonable<sup>354</sup>.

### 3. Condiciones de detención bajo el derecho a la integridad personal

Una vez establecido que, bajo ciertas garantías, es posible restringir válidamente la libertad de las personas con diversidad funcional mental, la pregunta que nos debemos hacer cae por su propio peso, ¿a dónde deben ser llevados y cuáles deben ser las condiciones de su detención?

Podemos imaginar los maltratos que pueden recibir al momento de ser detenidas. Peor aún, las condiciones de los centros donde se encuentren pueden llegar a ser incompatibles con la dignidad humana. Si a ello le sumamos que en la mayoría de estados el enfoque predominante en psiquiatría sigue basada en el diagnóstico médico y las explicaciones biológicas, y se desechan las explicaciones sociales<sup>355</sup>, el escenario es sumamente preocupante.

<sup>353</sup> Comité de Derechos Humanos. Shams y otros Vs. Australia. Comunicaciones nº 1255, 1256, 1259, 1260, 1266, 1268, 1270 y 1288/2004. 11 de septiembre de 2007, párr. 7.3

<sup>354</sup> ESPEJO, Nicolás. Libertad individual e integridad personal. Escuela de Judicatura. República Dominicana. 2009. En: <http://www.slideshare.net/enjportal/enj3200-libertad-individual-e-integridad-personal>. Se afirma que en los distintos tipos de detención, se exige que la revisión de la detención sea realizada por una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia.

<sup>355</sup> DHIR, Aaron. Óp. cit., p. 193.

Las organizaciones no gubernamentales han señalado los diversos problemas de las personas con diversidad funcional mental dentro de centros penitenciarios e instituciones mentales. Describen largos periodos de aislamiento en espacios cerrados y sucios, falta de adecuados cuidados y tratamiento médico, y severo maltrato como golpizas y negación de alimentos básicos y ropa<sup>356</sup>.

Todo lo señalado nos permite identificar que el derecho que entra en juego en este apartado es el referido a la integridad personal, en tanto la detención de una persona con diversidad funcional mental bajo condiciones deplorables y sin tratamiento médico puede considerarse como una afectación a este derecho<sup>357</sup>. Por ello, pasemos ahora a revisar el artículo 5 de la Convención Americana:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

<sup>356</sup> MENTAL DISABILITY ADVOCACY PROGRAM. "Reforming Mental Health and Disability: Policy & Practice." 23-25 Jan. Budapest, Hungría. 2003. En: [http://www.soros.org/initiatives/health/events/mental\\_20030123/agenda\\_20030123.pdf](http://www.soros.org/initiatives/health/events/mental_20030123/agenda_20030123.pdf). Asimismo, la CIDH, en su informe sobre Jamaica, señaló, por ejemplo, que los detenidos con diversidad funcional mental son encerrados en el baño de las celdas. Véase: CIDH. Comunicado de prensa. N° 59/08. "CIDH publica observaciones preliminares sobre visita a Jamaica". 5 de diciembre de 2008.

<sup>357</sup> El TEDH ha señalado que la falta de previsiones y cuidado para las personas con discapacidad mental puede llegar a constituir una vulneración del derecho a la prohibición de la tortura, tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes. Por ello, es fundamental un adecuado tratamiento médico. Para mayor información, véase: TEDH. *Herczegfalvy Vs. Austria*. Solicitud 10533/83. Sentencia: 24 de setiembre de 1992.

Al igual que con la lectura del artículo 7 del mismo instrumento, referido al derecho a la libertad personal, la mayoría de sus disposiciones están dirigidos al ámbito penal. Respecto a los dos primeros incisos, es claro que todas personas, incluidas aquellas con diversidad funcional, no pueden ser víctimas de ningún acto del estado que pueda considerarse como tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>358</sup>. Ello se debe dar en cualquier momento y en cualquier situación, incluyendo, claro está, durante su detención.

Por ello, nuestra atención se centra en el artículo 5.4, cuya norma obliga a los estados a separar a las personas condenadas de las procesadas. Frente a este supuesto, surgen numerosas preguntas, las cuales trataremos de ir respondiendo y desarrollando en este subcapítulo: ¿Es posible interpretar dicha norma para el caso de la detención por diversidad funcional mental? ¿Podríamos considerar que una persona con diversidad funcional mental cuyo derecho a la libertad ha sido restringido, ya sea por haber cometido un ilícito penal o no, debería siempre ser recluida en una institución mental? ¿No podría ir a un centro penitenciario?

### **3.1. ¿Detención en centro penitenciario o en institución mental?**

En los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana toda persona privada de su libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el estado debe garantizarle el derecho a la integridad personal. Bajo esta premisa, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han afirmado que el estado es responsable de los establecimientos de

---

<sup>358</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Óp. cit., párr. 83; y Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 85. Asimismo: Comité de derechos humanos. Observación general nº 20: Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7). 10 de marzo de 1992, párr. 8.

detención en tanto se encuentran bajo la jurisdicción directa de éste<sup>359</sup> y, en consecuencia, es el garante del derecho a la integridad física, psíquica y moral de los detenidos<sup>360</sup>.

Frente a ello, podríamos deducir que esta posición de garante y protector de los derechos humanos que el estado tiene frente a las personas en un centro penitenciario, también podría aplicarse al supuesto de una institución mental. Esta premisa es avalada por el Tribunal Europeo, quien señaló que "the position of inferiority and powerlessness which is typical of patients confined in psychiatric hospitals calls for increased vigilance in reviewing whether the Convention has been complied with"<sup>361</sup>. En función a lo expuesto, ¿las personas con diversidad funcional mental pueden ser indistintamente detenidas y trasladadas a un centro penitenciario o a una institución mental?

La Comisión Interamericana ha sido firme al señalar que se debe disponer la separación de personas privadas de libertad por razones civiles -categoría donde se incluirían a aquellas detenidas por su diversidad funcional mental- y por razones penales<sup>362</sup>. La distinción se realiza en tanto cada uno de estos lugares tiene como objetivo una finalidad distinta. Tal como lo indicó la Comisión Interamericana, mientras que el fin de la prisión por motivos penales es la de resocializar, la detención por diversidad funcional mental está encaminada a brindar protección<sup>363</sup>.

El problema podría aparecer cuando estas diferencias no son tan notorias. Específicamente, ello se da cuando una persona con diversidad funcional, que reúne las características para ser detenida y llevada a una institución mental, tal como lo señalamos en el apartado del derecho a la

<sup>359</sup> Cabe aclarar que, en el caso Ximenes Lopes, la Corte IDH atribuyó al estado de Brasil responsabilidad internacional por actos de particulares, en el especial contexto de las entidades que prestan servicios de salud en nombre del estado, por lo que las obligaciones asumidas por el estado en materia de derechos humanos, no se agotan en los hospitales públicos, sino que abarcan cualquier institución de salud que preste servicios por encargo del estado. En: Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Óp. cit.

<sup>360</sup> Corte IDH. Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60. Asimismo: CIDH. Ver también Informe N° 28/96, Caso 11.297, Guatemala, Informe Anual de la CIDH 1996; Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 47.

<sup>361</sup> TEDH. Herczegfalvy v. Austria, Óp. cit., párr. 82.

<sup>362</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 19.

<sup>363</sup> Ídem. Preámbulo.

libertad personal, comete un delito. La propia condición de la persona, esto es, su gravedad o la posibilidad cierta de que atente contra su propia integridad o la de los demás, parecería indicarnos que sería mejor que sea llevado a una institución mental y no a un centro penitenciario. Ello se debe a que éste último, por su propia razón de ser, no tiene como objetivo brindar una atención integral, sino la resocialización.

La propia Comisión Interamericana siguió esta línea en el caso de Víctor Rosario Congo contra Ecuador. Esta persona, que tenía una diversidad funcional grave, fue llevada a un centro penitenciario por presuntamente haber cometido un delito. No obstante, la Comisión Interamericana afirmó que, debido a su condición, debió haber sido llevado a una institución mental<sup>364</sup>. El mismo razonamiento lo podemos encontrar en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las cuales señalan que es posible que una persona con diversidad funcional mental pueda ser detenida en un centro penitenciario por presuntamente haber cometido un delito, salvo que, sea un enajenado –entendido como aquel que cumple los requisitos ya señalados para ser institucionalizado<sup>365</sup>–.

Por ello, resulta fundamental esclarecer la dimensión de la diversidad funcional de la persona. En ese sentido, de acuerdo a los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le realice un examen médico o psicológico, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión (centro penitenciario) o de internamiento (institución mental), con el fin de constatar su estado de salud mental<sup>366</sup>.

<sup>364</sup> CIDH. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 64.

<sup>365</sup> Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Aprobada: Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Regla 82.1.

<sup>366</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 9.

En definitiva, queda claro que las personas con diversidad funcional mental que se encuentran en una situación grave o pueden atentar contra su propia integridad o la de los demás –incluso aquellas que puedan haber cometido un delito- serán llevadas a una institución mental. Claro está que, para que sea una detención válida, se deberán cumplir los requisitos ya especificados en el anterior apartado. Del mismo modo, es posible que, una persona con diversidad funcional mental, cuyo estado no sea grave y no exista peligro alguno de que pueda poner en peligro su integridad o la de los demás, sea detenida bajo el ámbito penal y, en consecuencia, pueda ser conducida a un centro penitenciario. Ahora bien, sin perjuicio de que estemos en el primer o segundo supuesto, toda persona con diversidad funcional mental detenida deberá contar con una protección especial y acorde a sus necesidades.

De esta forma, la pregunta que nos aparece es la siguiente, ¿de qué forma el estado debe velar por las condiciones de detención y protección de derechos de las personas con diversidad funcional mental, ya sea que se encuentren en un centro penitenciario -por una detención penal- o en una institución mental? Por ello, pasaremos a analizar dichas obligaciones.

### **3.2. Obligaciones estatales en las condiciones de detención**

En varios casos, tanto a nivel interamericano como europeo, se han observado las continuas violaciones de los estados a los derechos de las personas con diversidad funcional mental, tanto en recintos penales como en instituciones mentales. Por ejemplo, en el caso Víctor Rosario Congo contra Ecuador, la víctima fue duramente golpeada por los agentes de policía. Asimismo, fue puesto en una celda de castigos, donde no había agua, luz, realizaba sus necesidades biológicas en el suelo y allí mismo tenía que dormir, sin que ninguna autoridad carcelaria interviniera. Ellos, conscientes de la psicosis del recluso y de las heridas abiertas en cabeza, no le brindaron las

condiciones necesarias para su supervivencia, tales como la atención médica, sino que por el contrario lo mantuvieron aislado. Finalmente, murió por inanición y deshidratación<sup>367</sup>.

Asimismo, en diciembre de 2003, por primera vez en su historia, la Comisión Interamericana aprobó medidas cautelares a fin de proteger la integridad personal de 460 personas detenidas en una institución psiquiátrica en Paraguay. El caso se refería a dos personas que habían estado en aislamiento por más de cuatro años, desnudos y sin acceso a servicios higiénicos. La Comisión Interamericana exigió al estado que proteja la seguridad física y mental de las 460 personas, de acuerdo a los protocolos internacionales relacionadas al uso del aislamiento<sup>368</sup>. Lo importante de este caso es que el estado de Paraguay se comprometió a reformar su sistema de salud mental, el cual incluía la implementación de un tratamiento médico destinado a salvar vidas, la protección del abuso sexual y el fin de la práctica inhumana de aislamiento de pacientes por tiempos prolongados<sup>369</sup>.

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo resolvió que encarcelar a una persona con diversidad funcional mental en condiciones de frío ambiental peligrosas, con el riesgo de desarrollar dolores debido a que su cama es demasiado dura, y sin posibilidad de ir al baño o mantenerse limpia sin la mayor de las dificultades, constituye un trato degradante y por lo tanto violatorio de la Convención Europea<sup>370</sup>. Por otro lado, la fenecida Comisión Europea, en uno de sus casos más importantes, examinó el asunto de una persona con diversidad funcional mental que se encontraba aislada en un hospital psiquiátrico durante cinco semanas sin ropa, elementos para el aseo, muebles o ventilación. Conforme a los estándares sobre trato humano consagrados en la Convención

<sup>367</sup> CIDH. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 73.

<sup>368</sup> Véase: CIDH. Medidas Cautelares. Caso Neuropsiquiátrico Vs. Paraguay. Medidas Cautelares. 28 de diciembre de 2008.

<sup>369</sup> CEJIL. Comunicado: Gobierno paraguay firma acuerdo histórico sobre sistema de salud mental. 1 de marzo de 2005. En: <http://cejil.org/comunicados/gobierno-paraguay-firma-acuerdo-historico-sobre-sistema-de-salud-mental>

<sup>370</sup> TEDH. Hénaf Vs. Francia. Solicitud 65436/01. Sentencia: 27 de noviembre de 2003, párr. 55; y Price Vs. Reino Unido. Solicitud 33394/96. Sentencia: 10 de julio de 2001, párr. 30.

Europea, el Reino Unido se comprometió a reformar la ley de salud mental y asegurar la provisión de vestimenta, colchones, letrinas portátiles y papel higiénico a los internos<sup>371</sup>.

De esta forma, y luego de algunos casos representativos, podemos observar la difícil situación por la que pueden atravesar estas personas. La Comisión Interamericana ha establecido que, en cualquier tipo de detención, los agentes encargados de los diversos establecimientos de reclusión tienen el deber de tratar humanamente a las personas que se hallan bajo su custodia<sup>372</sup>. En ese sentido, resulta imperativo que el estado otorgue determinadas condiciones a dichos recintos, a fin de que exista una real protección y garantía de los derechos de las personas con diversidad funcional mental.

El primer punto se refiere al espacio físico en que estas personas deberían encontrarse. La Corte ha sido enfática al afirmar que, mantener a una persona -incluida aquella con diversidad funcional mental- en una celda pequeña y aislada, constituye tratamiento inhumano y degradante que justifica la adopción de medidas provisionales para salvaguardar su integridad<sup>373</sup>. Por ello, es necesario que dispongan de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar de privación de libertad. Asimismo, se les debe proporcionar una cama individual, ropa de cama apropiada, y las demás condiciones indispensables para el descanso nocturno<sup>374</sup>.

Adicionalmente, es fundamental que las personas con diversidad funcional mental, tal como lo señaló la Comisión Interamericana, puedan mantener una comunicación constante con sus

---

<sup>371</sup> Véase: Comisión Europea de Derechos Humanos. X vs. v. United Kingdom. Solicitud. 6840/74. Decisión: 12 de mayo de 1977.

<sup>372</sup> CIDH. Juan Carlos Abella Vs. Argentina. Informe nº 55/97. Caso 11.137. 18 de noviembre de 1997, párr. 195.

<sup>373</sup> Corte IDH. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del Perú. Caso Loayza Tamayo. Resolución del 2 de julio de 1996.

<sup>374</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 12.

familiares. De lo contrario, ello acarrearía una afectación a la integridad psíquica y moral de estas personas<sup>375</sup>. No obstante, ello no implica que no sea posible aislarla, pero sólo en casos extremadamente necesarios, donde esté en juego su integridad y la de las demás personas. La propia Comisión Interamericana ha afirmado que, en caso de aislamiento involuntario de personas con diversidad funcional mental se garantizará que (i) la medida sea autorizada por un médico competente; (ii) sea practicada de acuerdo con procedimientos oficialmente establecidos; (iii) sea consignada en el registro médico individual del paciente; y (iv) se notifique inmediatamente a sus familiares o representantes legales. Las personas con diversidad funcional mental sometidas a dicha medida estarán bajo cuidado y supervisión permanente de personal médico calificado<sup>376</sup>.

El segundo aspecto fundamental se refiere a la atención de su salud. Sobre este punto consideramos importante hacer una aclaración. El derecho a la salud se encuentra consagrado, en nuestra región, en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, también conocido como Pacto de San Salvador<sup>377</sup>. Ahora bien, esta obligación internacional está enfocada hacia todas las personas que se encuentran sujetas a la jurisdicción del estado, lo cual incluye a las personas con diversidad funcional mental que se encuentren detenidas. El aparente problema surge cuando revisamos el artículo 19.6 de dicho instrumento, el cual señala que sólo la violación

<sup>375</sup> CIDH. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 58.

<sup>376</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 22.

<sup>377</sup> Pacto de San Salvador. Artículo 10:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
  - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
  - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
  - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
  - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
  - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
  - f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

de los derechos a la educación y a la seguridad social podrá ser alegada ante la Comisión o Corte Interamericana. En ese sentido, ¿ello implicaría que ninguna persona -específicamente aquella con diversidad funcional mental que se encuentra detenida y no goza de un adecuado tratamiento de salud- no podría acudir ante el Sistema interamericano de protección de derechos humanos?

Frente a esta interrogante, y a fin de resguardar el derecho a la salud, los órganos interamericanos han establecido que el contenido del derecho a la salud debe incorporarse dentro de las disposiciones del derecho a la integridad personal, generando un marco de mayor protección para todas las personas, incluyendo aquellas con diversidad funcional mental<sup>378</sup>. De esta forma, no han realizado un tratamiento o análisis autónomo del derecho a la salud, sino que implícitamente se ha permitido su exigibilidad a través de su interdependencia con otros derechos<sup>379</sup>.

En ese mismo sentido, el Tribunal Europeo ha establecido que el estado de salud de una persona detenida es un factor relevante al momento de determinar si se infligieron penas o tratos inhumanos o degradantes<sup>380</sup>. Incluso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también hizo énfasis en la relación entre la integridad personal y la obligación que tienen los estados de asegurar a las personas con diversidad funcional mental una adecuada asistencia médica<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> La CIDH declaró la violación del derecho a la integridad personal y a la salud, disposiciones recogidas en la Declaración Americana, por las deficiencias de los sistemas penitenciarios de Cuba y las condiciones de vida a las que se encontraban sometidos los presos, como asistencia médica deficiente, alimentación escasa y de mala calidad entre otras. Véase: CIDH. Eduardo Capote Rodríguez Vs. Cuba. Resolución nº 3/87. Caso 6091. 8 de marzo de 1982. Asimismo, en el ámbito de la Convención Americana, también ha hecho énfasis en la relación de interdependencia entre ambos derechos. En: CIDH. Luis Rolando Cuscul y otros Vs. Guatemala. Informe 32/05. Petición 642-03. 7 de marzo de 2005, y Jorge Odir Miranda Cortez y otros Vs. El Salvador. Informe 27/09. Caso 12.249. 20 de marzo de 2009.

<sup>379</sup> Al respecto, cabe recordar que el párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993 señaló que: "todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso".

<sup>380</sup> En: TEDH. Irlanda Vs. Reino Unido. Óp. cit., párr. 162.

<sup>381</sup> Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). 2000, párr. 17.

En el contexto americano, la Comisión Interamericana ha afirmado el derecho que tienen las personas con diversidad funcional privadas de libertad al derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social<sup>382</sup>. Por ello, consideramos que el estado de salud es un factor relevante -para cualquier persona, incluidas aquellas con diversidad funcional mental- al momento de determinar si se produjo un acto de tortura, o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, contemplados en el artículo 5.2 de la Convención Americana.

Uno de los primeros aspectos implica la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial, así como el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos, tomando en cuenta sus necesidades específicas<sup>383</sup>. En efecto, los estados se encuentran obligados a que, en los centros penitenciarios, se dispongan de los servicios de -por lo menos- un médico calificado que esté en condiciones de identificar trastornos psiquiátricos que puedan afectar la vida y la integridad física, psíquica y moral de los detenidos<sup>384</sup>. Así, el médico estará encargado de velar por la salud física y mental de los reclusos. Para ello, deberá visitar diariamente a todos los detenidos que tienen una diversidad funcional mental<sup>385</sup>.

En el marco de las instituciones mentales, la Comisión Interamericana ha señalado que las garantías establecidas en el artículo 5 de la Convención Americana deben ser interpretadas a la luz de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental<sup>386</sup>. Asimismo, ha rescatado la importancia de otro instrumento de las Naciones Unidas, específicamente, los principios 24<sup>387</sup> y 26<sup>388</sup> de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

---

<sup>382</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 10.

<sup>383</sup> Íbidem.

<sup>384</sup> Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Regla 22.

<sup>385</sup> Ídem. Regla 25.

<sup>386</sup> Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr, 1999, párr. 54.

<sup>387</sup> Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Regla 24: "El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en

Consideramos importante lo señalado por la Comisión Interamericana, en tanto se muestra una visión basada desde el modelo social y, en consecuencia, se enfoca la integración de la persona con diversidad funcional en la comunidad<sup>389</sup>. No obstante, cabe resaltar que la asistencia médica no debe ser exclusiva, puesto que es necesario que se incorporen nuevas herramientas -dinámicas grupales, lúdicas, etc.- que permitan un desarrollo integral de la persona.

Precisamente, otro aspecto a considerar es el relacionado con las personas con diversidad funcional mental en estado grave. Al respecto, la Comisión Interamericana ha sido enérgica al afirmar que el hecho de que el interno pudiese haber exhibido un comportamiento antisocial no exime al estado de tomar las medidas a su alcance para asegurar su supervivencia<sup>390</sup>. Como lo ha señalado el Tribunal Europeo, el deber de las autoridades de velar continuamente por la salud y el bienestar de las personas con discapacidad mental se extiende a aquellos casos en que los prisioneros no colaboren con las autoridades<sup>391</sup>. Del mismo modo, esta protección abarca también a las personas que pueden llegar a ser peligrosas, tanto para su propia integridad como para la de los demás<sup>392</sup>.

---

particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo".

<sup>388</sup> Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Regla 26: "1. El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a:

- a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos;
- b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos;
- c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento;
- d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos;
- e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado.

2. El Director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico según se dispone en las reglas 25 (2) y 26, y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones".

<sup>389</sup> CIDH. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 74.

<sup>390</sup> Ídem, párr. 82.

<sup>391</sup> TEDH. Herczegfalvy Vs. Austria. Óp. cit., párr. 82.

<sup>392</sup> DHIR, Aaron. Óp. cit., p. 202.

Todo lo señalado nos permite afirmar que el derecho a la salud, conocido por tener una naturaleza de derecho económico, social y cultural, juega un rol estelar en la protección del derecho a la integridad personal de las personas, lo cual incluye aquellas con diversidad funcional mental. En atención a ello, se debe exigir que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad<sup>393</sup>.

Por un lado, es fundamental que el personal que trabaja en dichas instituciones reciba una capacitación periódica especializada, con énfasis en el carácter social de su función. Ello implicaría una capacitación sobre derechos humanos y sobre derechos, deberes y prohibiciones en el ejercicio de sus funciones<sup>394</sup>. Por otro lado, resulta imprescindible que los estados adopten las medidas que sean necesarias para que en todas las instituciones de salud mental se expongan los derechos del paciente mental en lugares visibles tales como salas de espera, servicios de admisión y otros lugares frecuentados por familiares y pacientes<sup>395</sup>. De esta forma, sería importante que los propios estados creen organismos que supervisen el cumplimiento de los estándares que hemos señalado, en todas las instituciones de salud mental cuyas actividades involucren a personas con diversidad funcional mental, sus familiares, y personal de salud mental<sup>396</sup>.

#### 4. El derecho a las garantías y protección judiciales: Tutelando más que derechos

Hemos establecido previamente los requisitos que se deben cumplir para restringir válidamente el derecho a la libertad de las personas con diversidad funcional mental. Asimismo, se ha indicado

---

<sup>393</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 10.

<sup>394</sup> Ídem. Principio 22.

<sup>395</sup> CIDH. Recomendación de la CIDH sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental. Óp. cit.

<sup>396</sup> Íbidem.

cuáles son las condiciones en que debe darse esta detención, propiciando instituciones mentales con las condiciones necesarias para proteger y garantizar su integridad física y psíquica. No obstante, un nuevo obstáculo surge a fin de poder respetar plenamente el derecho de estas personas. No referimos al derecho a las garantías y protección judiciales.

Uno de los derechos más frecuentemente vulnerados en instituciones mentales es el de poder recurrir a un tribunal que determine la legalidad de la detención en una institución mental<sup>397</sup>, mediante un proceso realizado en un tiempo razonable y con las garantías necesarias que permitan una decisión motivada y conforme a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Debemos recordar que es en el campo de la administración de justicia donde se define la vigencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tienen o no aplicación real en el los ámbitos internos e internacionales de protección<sup>398</sup>.

El artículo 8 de la Convención Americana dispone:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

<sup>397</sup> Véase: ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Óp. cit.; DESPOUY, Leando. Óp. cit., p. 27; y NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Óp. cit., pp. 24-27.

<sup>398</sup> VENTURA, Manuel. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad". En: Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho. San José, Costa Rica. 10 de agosto de 2005. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaM Ventura.doc>

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
  - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
  - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
  - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Ahora bien, al referirnos al derecho a las garantías judiciales, debemos entender que se trata del conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado<sup>399</sup>. En ese sentido, el estado debe brindar la posibilidad de toda persona,

---

<sup>399</sup> Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 102; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 116; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular<sup>400</sup>.

Frente a ello, toda persona privada de libertad, incluida aquella que ha sido detenida por motivos de diversidad funcional mental, será igual ante la ley y ante los tribunales de justicia<sup>401</sup>. En consecuencia, es relevante afirmar que las autoridades judiciales, administrativas, médicas o de cualquier índole, deberán ser conscientes de las particularidades especiales de las personas con diversidad funcional mental.

Por lo expuesto, los procedimientos que involucren a estas personas deberían verse adaptados a sus propias necesidades, a fin de que puedan participar adecuadamente en los procesos legales donde se discuten sus derechos<sup>402</sup>. Ahora bien, ¿qué interpretaciones deberíamos darle a esta norma a fin de que pueda dotar de una protección real a las personas con diversidad funcional mental? Pasaremos a analizar cada uno de los aspectos que podrían generar una controversia sobre la aplicación de esta disposición.

#### **4.1. Naturaleza del proceso: ¿Carácter administrativo o judicial?**

En lo que respecta a la participación de las personas con diversidad funcional mental en condiciones de igualdad con los demás en el ámbito de la justicia, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recoge disposiciones tendentes a garantizar dicha participación en todas las instancias, tanto como participantes directos como indirectos<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> VENTURA, Manuel. Óp. cit.

<sup>401</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 2.

<sup>402</sup> LAWSON, Anna. Óp. cit., p. 76.

<sup>403</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Art. 13.1.

No obstante, no hace ninguna referencia a si el procedimiento que determine la situación jurídica de la personas con diversidad funcional detenida en una institución mental deba darse ante una instancia judicial o de otro tipo. Ello es fundamental en tanto dicho procedimiento permitirá identificar la condición de la persona y, en consecuencia, si es necesario que continúe en una institución mental<sup>404</sup>.

Si regresamos al artículo 8 de la Convención Americana, podremos darnos cuenta de que una interpretación literal de dicha norma rechazaría la posibilidad de ampliar su contenido y protección a otros ámbitos que no sean meramente judiciales. La idea detrás de lo mencionado radica en que el debido proceso debe implicar la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial. Por ello, toda persona sujeta a un proceso judicial puede contar con la garantía de que dicho órgano actuará en los términos de un procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete<sup>405</sup>.

La pregunta que nos hacemos, entonces, es si existe la posibilidad de que un proceso para determinar la situación de una persona con diversidad funcional pueda darse en un ámbito que no sea el judicial. Asimismo, cabe cuestionar si este proceso estaría dentro del contenido del artículo 8 de la Convención Americana. Los pocos casos que han llegado ante la Comisión Interamericana sobre personas con diversidad funcional no nos brindan mucha ayuda para establecer si es posible discutir su situación en una instancia que no se judicial. En estos asuntos, tales como el de Rosario Congo contra Ecuador o Whitley Dixon contra Jamaica, los procesos se llevaron ante instancias judiciales puesto que se les había acusado de cometer delitos<sup>406</sup>.

---

<sup>404</sup> ARMSTRONG, Leonie. Óp. cit.

<sup>405</sup> Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 144; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Óp. cit., párr. 131; Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). OC-9/87. Óp. cit., párr. 20; y El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 30.

<sup>406</sup> CIDH. Whitley Dixon Vs. Jamaica. Informe nº 28/99. Caso 11.884. 9 de marzo de 1999, párr. 28.

La Corte Interamericana ha sido consciente de esta discusión y ha aclarado que, conforme al artículo 8.1, el debido proceso abarca también la determinación de derechos y obligaciones civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter<sup>407</sup>. En estricto, señaló que las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo, como podría ser el ámbito administrativo<sup>408</sup>.

Partiendo de esta premisa, la Comisión Interamericana consideró que los procesos que determinaran la validez de una detención no penal, como el caso de los migrantes indocumentados, podían darse a nivel administrativo siempre y cuando estas instancias estén compuestas por personas especializadas en migración<sup>409</sup>. Del mismo modo, en el caso de una detención de carácter no penal, sino por motivos de una diversidad funcional mental, consideramos que sería viable el establecimiento de instancias administrativas capaces de poder determinar la situación de una persona con diversidad funcional mental. Claro está que estos funcionarios deberán estar especializados en salud mental, a fin de poder dotar de una protección real a estas personas dentro del proceso.

En consecuencia, las garantías del debido proceso deberán respetarse en este tipo de procedimiento, cuya decisión puede afectar los derechos de las personas<sup>410</sup>. Según la Corte Interamericana, es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber<sup>411</sup>. En consecuencia, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea

<sup>407</sup> Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Óp. cit., párr. 103; y Caso Baena Ricardo y otros. Vs. Panamá. Óp. cit., párr. 125; y Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Óp. cit., párr. 70.

<sup>408</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp. cit., párr. 117.

<sup>409</sup> CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio. Óp. cit., párr. 90.

<sup>410</sup> Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros. Vs. Panamá. Óp. cit., párr. 127.

<sup>411</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03, párr. 125.

administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal<sup>412</sup>. Asimismo, debemos tomar en consideración que cualquier decisión administrativa podrá ser revisada en la esfera judicial.

En definitiva, aún cuando hayamos establecido que las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana pueden aplicarse no solamente a procedimientos de naturaleza penal, sino también a procedimientos de naturaleza administrativa, el alcance de la aplicación de las garantías del artículo 8 a los distintos tipos de procedimientos continúa siendo materia de debate. Es por ello que analizaremos las adaptaciones que deben darse para que las disposiciones de esta norma sean compatibles con la protección y garantía de los derechos de las personas con diversidad funcional mental.

#### **4.2. Traducción gratuita: ¿Implicancia de un intérprete de idioma, de señas o de algún otro tipo?**

El artículo 8.2.a establece el derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete siempre que no comprende o no hable el idioma del juzgado o tribunal. Su importancia radica en dotar a las víctimas de todas las posibilidades necesarias para que sean oídas y puedan actuar en los procesos respectivos<sup>413</sup>. Ello implica la necesidad de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia<sup>414</sup>.

<sup>412</sup> Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Óp. cit., párr. 102; Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Óp. cit., párr. 69; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia. OC-9/87. Óp. cit., párr. 27.

<sup>413</sup> Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Óp. cit., párr. 81; y Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Óp. cit., párr. 129.

<sup>414</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr 117.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando esta desigualdad no está dada porque la persona no conoce el idioma en que se lleva a cabo el proceso, sino que debido a su diversidad funcional mental, no llega a entender todo lo que se está discutiendo en el proceso<sup>415</sup>?

Ninguno de los órganos del sistema interamericano ha analizado dicha situación en los casos que han resuelto<sup>416</sup>. Solamente en un caso, la Corte Interamericana se refirió al derecho de las personas a poder hablar en propio idioma dentro de un centro penitenciario y, por ello, el estado estaba obligado a brindarle todas las garantías para que pueda comunicarse efectivamente.<sup>417</sup> Asimismo, también encontramos esta falencia en cuando observamos el artículo 8.2.d de la Convención Americana. Dicha norma, que obliga a los estados a informar a la persona de las razones por las cuales se ha abierto este proceso, se limita exclusivamente a obligar a los estados a disponerle a la persona de un traductor o intérprete<sup>418</sup>.

No obstante, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad nos permite plantear la posibilidad de ampliar el contenido de estas disposiciones, utilizando nuevos mecanismos que permitan un auténtico entendimiento de las diversas etapas del proceso. Así, señala que:

La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las

---

<sup>415</sup> Se señala que “people with an intellectual disability are likely to experience difficulties in obtaining a fair trial or, in the case of victims or witnesses, in having their complaint understood and believed (...) their allegations will not be properly pursued because of the expectation that they will not be able to give evidence”. En: ARMSTRONG, Leonie. Óp. cit.

<sup>416</sup> Asimismo, las Reglas de Brasilia tampoco hacen referencia a otros supuestos. Véase: Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Óp. cit. Regla 32.

<sup>417</sup> Corte IDH. López Álvarez Vs. Honduras. Óp. cit., párr. 166-168.

<sup>418</sup> Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 118. Asimismo: TEDH. Pélissier y Sassi Vs. Francia. Solicitud 25444/94. Sentencia: 25 de marzo de 1999, párr. 51.

comunicaciones de fácil acceso; por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal<sup>419</sup>.

La Corte Interamericana ha sido tajante en señalar que la presencia de condiciones de desigualdad obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses<sup>420</sup>. Por ello, si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas<sup>421</sup>. Cabe hacer la acotación de que, en caso la persona presente una diversidad funcional mental grave, que no le permite comprender la situación y, en consecuencia, no pueda ejercer plenamente su capacidad jurídica, le corresponderá al estado informarle a su representante, a fin de que éste pueda participar activamente en el proceso.

De esta forma, resulta fundamental que las disposiciones mencionadas amplíen su sentido y no se limiten únicamente a la utilización de un intérprete o traductor para las personas que no conocen el idioma del lugar donde se realiza el proceso. Se debe incluir este amplio abanico de herramientas comunicativas que permiten alcanzar una igualdad real dentro del proceso.

<sup>419</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Art. 2.

<sup>420</sup> Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 146; y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03. Óp. cit., párr. 121.

<sup>421</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp. cit., párr. 97; y El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. OC-16/99. Óp. cit., párr. 120.

#### 4.3. Preparando la buena defensa: ¿Abogados proporcionados por el estado?

El artículo 8.2.c se refiere a la posibilidad de que las víctimas o sus familiares cuenten con el tiempo y los medios adecuados para preparar sus argumentos a fin de ejercer su posición dentro del proceso<sup>422</sup>. En ese sentido, cuando una persona es privada de su libertad, ésta debe ser notificada de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado<sup>423</sup>.

Adicionalmente, la Comisión Interamericana ha especificado que la persona debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado para alegar lo que estime correspondiente y así defender sus derechos. Para ello, debe poseer la capacidad de conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra, para ofrecer y producir pruebas pertinentes, así como la oportunidad razonable para hacerlo<sup>424</sup>.

En el contexto interamericano se presentaron algunos casos ante la Comisión Interamericana que nos permiten observar la realidad de nuestra región. Por ejemplo, en el año 2000, Martínez Villareal, persona con diversidad funcional mental fue condenada a pena de muerte por la Corte Suprema de Arizona de los Estados Unidos. Ésta no consideró la cuestión de la salud mental del peticionario<sup>425</sup>. Asimismo, se le impidió obtener pruebas objetivas de su diversidad funcional mental mediante un escáner de imagen de resonancia magnética de su cerebro<sup>426</sup>. Frente a ello, la Comisión Interamericana solicitó al estado que otorgue al señor Martínez Villareal una reparación

---

<sup>422</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 127; y Caso Bulacio Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 130.

<sup>423</sup> Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Óp. cit., párr. 93; y Caso Bulacio Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 130.

<sup>424</sup> CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio. Óp. cit., párr. 99.b.

<sup>425</sup> CIDH. Ramón Martínez Villareal Vs. Estados Unidos. Informe n° 52/02. Caso 11.753. 4 de diciembre de 2000, párr. 27.

<sup>426</sup> Íbidem.

efectiva que incluya un nuevo juicio de conformidad con las garantías del debido proceso y un juicio imparcial o, de no poderse celebrar un nuevo juicio en cumplimiento de estas garantías, su puesta en libertad<sup>427</sup>.

Otro caso interesante ante la Comisión Interamericana es el referido al señor Suárez Medina contra Estados Unidos. A pesar de que había padecido una diversidad funcional mental, afección que le provocó un déficit de atención y síndrome de estrés postraumático, el juez que conocía su caso -cuya sanción podía acarrear la pena de muerte bajo el delito de homicidio- no tomó en consideración dicha situación. Por ello, la Comisión Interamericana declaró la responsabilidad internacional del estado por la vulneración del derecho a las garantías judiciales<sup>428</sup>. Esta situación se volvió a repetir solamente en dos casos más<sup>429</sup>.

No obstante, la Comisión Interamericana, en un caso similar a los anteriores descritos, cambió su postura bajo una argumentación no tan convincente. Peter Anthony Byrne, ciudadano irlandés, asesinó a su amigo Maxim Conroy en Panamá. Se presumía que tenía una diversidad funcional mental cuando cometió este hecho. A pesar de que la víctima alegó que el tribunal no consideró su situación mental y, en consecuencia, se habría configurado una violación a su derecho a la defensa, la Comisión Interamericana declaró inadmisibile la demanda<sup>430</sup>. Para ello, alegó que no era una cuarta instancia o de alzada<sup>431</sup>.

<sup>427</sup> Ídem. Recomendaciones, párr. 1.

<sup>428</sup> CIDH. Javier Suárez Medina Vs. Estados Unidos. Informe nº 91/05. Caso 12.421. 24 de octubre de 2005, párr. 86.

<sup>429</sup> La CIDH afirmó que se había vulnerado el derecho a las garantías judiciales del señor Baptiste, persona con diversidad funcional mental, puesto que no se consideró su condición al momento de condenarlo a la pena de muerte. En: CIDH. Paul Laillon Vs. Grenada. Informe nº 55/02. Caso 11.765. 21 de octubre de 2002, párr. 72. Asimismo, la CIDH emitió medidas cautelares a fin de resguardar el derecho a las garantías judiciales del Sr. Abdur Rahman, persona con diversidad funcional mental y condenada a pena de muerte, en tanto esté pendiente su dictamen sobre la situación. Se alegaba que no se había considerado su situación. Véase: CIDH. Abdur Rahman Vs. Estados Unidos. Medidas cautelares. 7 de marzo de 2002.

<sup>430</sup> CIDH. Peter Anthony Byrne Vs. Panamá. Informe nº 104/06. Petición 4593-02. 21 de octubre de 2006, párr. 36.

<sup>431</sup> La CIDH estableció que "la Comisión ha reiterado, en primer lugar, que no puede actuar como tribunal de apelación, revisión, etc. para determinar errores de hecho o de derecho interno. Este aspecto es una cuestión de competencia razón de la materia. En segundo lugar, esta doctrina ha sido utilizada para decir que ciertas

De esta forma, podemos observar cómo el derecho a la defensa es un eje central dentro de las garantías del debido proceso. Es así como el defensor de la persona juega un rol fundamental y preponderante en la tutela de los derechos de toda persona, con mayor razón en el caso de un proceso para determinar la situación de una persona con diversidad funcional mental. Ello se debe a que muchas veces ésta no tiene la posibilidad de poder expresarse adecuadamente y debe valerse del apoyo de su representante o abogado.

La controversia surge a tenor de los artículos 8.2.d y 8.2.e, que consagran el derecho de toda persona a contar con un defensor para todas las etapas del proceso<sup>432</sup>. De esta forma, toda persona debe poder elegir al abogado que ésta considere representará de una mejor manera sus intereses, o incluso, elegir defenderse por sí mismo. En caso decida no recurrir a cualquiera de estas dos opciones, aparece la obligación del estado de otorgarle un defensor, derecho que es irrenunciable. Usualmente, esta decisión se debe a que las personas no cuentan con medios económicos suficientes para poder costear el pago de un abogado.

En el ámbito penal, la Corte Interamericana ha sido firme al señalar que los estados deben de otorgar un abogado de oficio, en caso la persona no elija a uno, a fin de que éste lo represente en el proceso. De lo contrario, esto constituiría una violación a las garantías judiciales<sup>433</sup>. Ello implica la posibilidad de que se comunique con su defensor en forma confidencial, sin interferencia o censura, y sin dilaciones o límites injustificados de tiempo, desde el momento de su captura o detención, y necesariamente antes de su primera declaración ante la autoridad competente<sup>434</sup>.

---

alegaciones de problemas en procesos judiciales, tales como valoraciones de prueba, violaciones de normas procesales internas, etc. *per se* no caracterizan violaciones a la Convención a menos que tengan una gravedad tal que afectan los principios básicos del debido proceso tal como se halla definido por la Convención". En: CIDH. Peter Anthony Byrne Vs. Panamá. Óp. cit., párr. 35.

<sup>432</sup> Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 130.

<sup>433</sup> Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 194.

<sup>434</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 5.

Ya hemos señalado en el primer capítulo que una de las principales causas y consecuencias de la diversidad funcional mental es la pobreza, la cual supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia<sup>435</sup>. Ello implicaría que muchas de estas personas, que se encuentran detenidas, no serían capaces de poder solventar los costos de un abogado. ¿Ello implica que en un proceso para determinar la situación de una persona con diversidad funcional mental el estado también estará obligado a brindarle de oficio un abogado?

En principio, podríamos considerar que, para cualquier tipo de proceso, el estado debería de otorgarle, de oficio, un defensor a la persona que se encuentra discutiendo en el proceso. No debería existir diferencia de tratamiento entre los diversos procesos puesto de lo que se trata es de otorgarle una real defensa a cualquier persona en los distintos ámbitos procesales. Es así como el Comité de Derechos Humanos ha coincidido con esta idea. Éste señaló que existiría una vulneración a este derecho por el riesgo de la persona con diversidad funcional cuando acude a las instancias administrativas o judiciales cuando ha sido privada de su libertad, y existe una negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio<sup>436</sup>.

No obstante, consideramos necesario analizar nuestro propio contexto a fin de poder analizar la viabilidad de la premisa a la que hemos llegado. En el ámbito latinoamericano los estados tienen una sobrecarga de procesos judiciales, sobre todo en el ámbito penal. Debido a que muchas de las personas no tienen muchos recursos, el estado, en cumplimiento de la Convención Americana y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana, proporcionan abogados de oficio a estas personas. Por este motivo, si apenas se dan abasto para este tipo de procesos, ¿sería posible exigirles que lo hagan en cualquier tipo de proceso? Incluso, muchos de ellos no tienen un

---

<sup>435</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Óp. cit. Regla 15.

<sup>436</sup> Comité de Derechos Humanos. Aliev Vs. Ucrania. Comunicación nº 781/1997. 7 de agosto de 2003, párr. 7.2; y Tamara Chikunova Vs. Uzbekistán. Comunicación Nº 1043/2002. 3 de mayo de 2007, párr. 7.4.

conocimiento especializado en algunos temas, como podría ser la diversidad funcional mental, y ello terminaría perjudicando a las propias víctimas.

Es más, en la Comisión Interamericana llegó un caso que parece ejemplificar claramente esta situación. Cabe mencionar nuevamente el asunto del señor Martínez Villareal, quien recibió un abogado proporcionado por el estado para defenderlo en el proceso penal que se le seguía. Sin embargo, su defensor no tenía experiencia y no investigó su competencia psicológica, a pesar de que existían pruebas preponderantes que hacían presuponer que tenía una diversidad funcional mental<sup>437</sup>. La Comisión Interamericana declaró que esta persona había recibido una asistencia letrada ineficaz y, en consecuencia, Estados Unidos habría violado el derecho a las garantías judiciales.

Es por ello que ampliar la obligación de brindar abogados de oficio en todos los tipos de proceso parecería una carga desproporcionada para los estados americanos actualmente y poco protectora para las personas con diversidad funcional mental. No obstante, ¿qué interpretación deberíamos darle a esta disposición para no dejar a estas personas en una situación de desprotección?

En los procesos administrativos y judiciales para determinar la situación de un extranjero en situación irregular, la Comisión Interamericana ha establecido que no es exigible que el estado provea una defensa profesional gratuita, como en materia penal. No obstante, sí debería proporcionarle una lista de abogados especializados en la materia, provenientes de organizaciones no gubernamentales, que podrían asistirlos en el proceso<sup>438</sup>.

---

<sup>437</sup> CIDH. Ramón Martínez Villareal Vs. Estados Unidos. Óp. cit., párr. 35.

<sup>438</sup> CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio. Óp. cit., párr. 99.d. Asimismo, véase: CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Óp. cit.

Esto podría darse en el caso de los procesos para determinar la situación de las personas con diversidad funcional mental<sup>439</sup>. Se tendrían abogados con un conocimiento específico del tema<sup>440</sup>, por lo que la defensa de los intereses de la víctima sería mayor. Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas han especificado que toda persona privada de libertad tendrá derecho a la defensa y a la asistencia letrada, nombrada por sí misma, por su familia, o proporcionada por el Estado<sup>441</sup>. La referencia “proporcionado por el estado” puede interpretarse de la forma que hemos establecido. Ahora bien, como afirman todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos, el acceso a la justicia debe no solo ser formal sino real<sup>442</sup>. Por ello, la obligación de los estados no concluye con brindarle una lista de abogados, sino procurar que efectivamente sean representados por éstos<sup>443</sup>.

Tal como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, los tribunales deben estar en condiciones de velar por que las personas con diversidad funcional mental tengan asistencia o representación suficiente para salvaguardar sus derechos durante la totalidad de las actuaciones del proceso<sup>444</sup>. Por ejemplo, en el caso de Perú, sólo a insistencia de las organizaciones de personas con diversidad funcional mental, se estableció el cargo de Defensor Ad-Hoc. De acuerdo al artículo 50 de la Ley General de la Persona con Discapacidad, cuando exista un proceso en el

<sup>439</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Óp. cit. Regla 52: “Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre (...) el tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo”.

<sup>440</sup> Ídem. Regla 30: “Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de *calidad y especializada*”.

<sup>441</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 5.

<sup>442</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03. Óp. cit., párr. 126. En el mismo sentido: TEDH. C.G. y otros Vs. Bulgaria. Solicitud 1365/07. Sentencia: 24 de abril de 2008, párr. 55.

<sup>443</sup> Una violación se constituye cuando el estado no permite que la persona tenga un abogado. Véase: TEDH. Jhon Murray Vs. Reino Unido. Solicitud 18731/91. Sentencia: 8 de febrero de 1996, párr. 66. Asimismo, las Reglas de Brasilia proponen otras alternativas tales como la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados. En: Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Óp. cit. Regla 28.

<sup>444</sup> Comité de Derechos Humanos. Bozena Fijalkowska Vs. Polonia. Óp. cit., párr. 8.3.

que se discuten los derechos de las personas con diversidad funcional, la Defensoría del Pueblo deberá asignar un defensor especializado en dichos asuntos<sup>445</sup>.

#### 4.4. Entrenando a autoridades: El deber de motivación

Cuando nos referimos al deber de motivación, una de las garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana<sup>446</sup>, podemos entender que obligación de los estados se basa en que las decisiones que adopten sus órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias<sup>447</sup>. En ese sentido, las jurisdicciones de los estados deberán valorar los hechos y los elementos de prueba que se hayan discutido en el caso concreto<sup>448</sup>.

Uno de los principales obstáculos que podemos enfrentar cuando estamos frente a un proceso para determinar la situación de una persona con diversidad funcional, es el referido al contenido de las decisiones de los jueces o autoridades administrativas. Muchas veces, a pesar de contar con las características de imparcialidad, independencia y competencia, les cuesta mucho –ya sea por falta de conocimiento o por prejuizgamientos- poder dictar una sentencia relacionada a la situación jurídica de una persona con diversidad funcional mental que sea conforme a los estándares de protección de estas personas. Es así como el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de las personas a ser

<sup>445</sup> Ley General de Discapacidad N° 27050. Promulgada el 15 de diciembre de 1998.

<sup>446</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 78.

<sup>447</sup> Corte IDH. Yatama Vs. Nicaragua. Óp. cit., párr. 152-153; y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 107. Asimismo, el Tribunal Europeo ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. En: TEDH: Hadjianstassiou Vs. Grecia. Solicitud 12945/87. Sentencia: 16 de diciembre de 1992, párr. 23.

<sup>448</sup> Comité de Derechos Humanos. Errol Simms Vs. Jamaica. Comunicación n° 541/1993. 3 de abril de 1995, párr. 6.2; y Pham Vs. Canadá. Comunicación n° 1534/2006. 22 de julio de 2008, párr. 7.4.

juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática<sup>449</sup>.

Por este motivo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla la adopción de medidas por parte de los estados para capacitar o formar a las personas o funcionarios que trabajan en la administración de justicia, a fin de asegurar que las personas con diversidad funcional tengan un debido proceso adecuado y una sentencia motivada y razonada<sup>450</sup>. Esta es una medida destinada a asegurar que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, e incluso cualquier agente que intervenga de una u otra forma en el proceso<sup>451</sup>, estén en condiciones de conocer los distintos ámbitos de los derechos de las personas con diversidad funcional mental, y se proteja y garantice el derecho a las garantías judiciales<sup>452</sup>.

Ello permitirá que las sentencias sean fundadas tomando en cuenta los distintos ámbitos de las personas con diversidad funcional mental. Asimismo, ello debe permitir que éstas no sean juzgadas dos veces por los mismos hechos, si son absueltas o sobreseídas mediante una sentencia firme dictada en el marco de un debido proceso legal y conforme al derecho internacional de los derechos humanos<sup>453</sup>.

<sup>449</sup> TEDH. *Suominen v. Finlandia*. Solicitud 37801/97. Sentencia: 1 de julio de 2003, párr. 34.

<sup>450</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Art. 13.2.

<sup>451</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Óp. cit. Regla 94.

<sup>452</sup> Una de las primeras propuestas en realizar una capacitación especializada a jueces se dio en el estado de California, Estados Unidos. Para mayor información, Véase: EDITORS. "Hearings launched on court fairness for persons with disabilities". En: *Human Rights: Journal of the Section of Individual Rights and Responsibilities*. Vol. 22. 1995. En: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&lang=es&site=ehost-live>

<sup>453</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 5.

#### 4.5. La duración del proceso

La Corte Interamericana ha establecido que todo proceso seguido ante funcionarios estatales debe durar un tiempo razonable<sup>454</sup>. En ese sentido, y siguiendo el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Europeo<sup>455</sup>, estableció que para examinar la razonabilidad de un proceso se debe tomar en cuenta tres elementos<sup>456</sup>: (i) la complejidad del asunto; (ii) la actividad procesal del interesado; y (iii) la conducta de las autoridades judiciales.

¿Ello implica que necesariamente, cualquier tipo de proceso, incluido el seguido para determinar la diversidad funcional mental de una persona, debe utilizar estos tres criterios para corroborar la razonabilidad de su duración? Aunque en todos los casos donde la Corte Interamericana se ha referido a esta disposición, ha tomado en cuenta estas características, la Comisión ha afirmado que no necesariamente deben aplicarse a la vez, debido al tipo de procedimiento. Es así como se refirió que, para aquellos procedimientos penales relacionados con un delito de acción pública, la falta de actividad procesal del interesado no podría ser un elemento para excusar una demora irrazonable por parte del estado<sup>457</sup>.

Respecto a los procesos para determinar la diversidad personal de una persona, consideramos que sí es importante la conjugación de estos tres requisitos. Sobre el primero de ellos, la complejidad del asunto, debemos señalar que, en un proceso de estas características, la dificultad

<sup>454</sup> Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 141; Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 67; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 102; Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 78; y Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 149.

<sup>455</sup> TEDH. D.M. Vs. Polonia. Solicitud 13557/02. Sentencia: 14 de octubre de 2003, párr. 38; y Humen Vs. Polonia. Solicitud 26614/95. Sentencia: 15 de octubre de 1999, párr. 60.

<sup>456</sup> Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 105; y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 65.

<sup>457</sup> CIDH. Arges Sequeira Mangas Vs. Nicaragua. Informe nº 52/97. Caso 11.218. 18 de febrero de 1998, párr. 96.

para poder llegar a una conclusión suficientemente motivada puede variar. Los diversos rangos de diversidad funcional mental de la persona, así como sus condiciones físicas y psicológicas determinarán el grado de complejidad que requiera el proceso.

En segundo término, la actividad procesal del interesado implica que éste no perjudique el desarrollo del proceso. Podría suceder que, debido a su diversidad funcional mental, no tenga la posibilidad de poder colaborar de la mejor forma con el desarrollo del proceso. No obstante, ello no implica que su representante o defensor se encargue de mantener el proceso sin dilaciones. Finalmente, hay que referirnos a la conducta de las autoridades. Estas no deben retrasar indebidamente las etapas procesales. Por el contrario, y tal como hemos señalado previamente, deben actuar diligentemente y respetando cada una de las garantías del debido proceso<sup>458</sup>.

Es más, recientemente la Corte Interamericana ha adoptado un nuevo criterio al momento de determinar el plazo de un proceso. Así, se debe tomar en cuenta cualquier afectación que se podría generar a la situación jurídica de la presunta víctima por la duración del mismo<sup>459</sup>.

De acuerdo a todo lo señalado, a fin de poder establecer la razonabilidad de la duración del proceso para determinar la situación de una persona con diversidad funcional es necesario tomar en cuenta todos los criterios esgrimidos por la Corte Interamericana. Claro está que no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la duración del proceso judicial pueda reputarse como irrazonable<sup>460</sup>. Su determinación deberá atender a las propias características específicas del caso<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171.

<sup>459</sup> Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155.

<sup>460</sup> Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 168; y Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Óp. cit., párr. 70.

<sup>461</sup> CIDH. Jorge Luis Bronstein y otros Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 18-20. Del mismo modo, el Tribunal Europeo, en sus primeros casos, estableció dicho criterio. Véase: TEDH. Neumeister Vs. Austria. Solicitud 1936/63. Sentencia: 27 de junio de 1968, párr. 12; y Stogmuller Vs. Austria. Solicitud 1602/62. Sentencia: 19 de noviembre de 1969, párr. 4.

#### 4.6. Necesidad de recursos adecuados y efectivos: El derecho a la protección judicial

Luego de haber redefinido las disposiciones relativas a las garantías judiciales, a efectos de poder resguardar los derechos de las personas con diversidad funcional mental, resulta necesario referirnos al derecho a la protección judicial. En ese sentido, el artículo 25 de la Convención Americana dispone:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
  - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
  - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
  - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Corte Interamericana ha señalado que esta norma establece la obligación a cargo de los estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial adecuado y efectivo contra los actos que vulneran sus derechos<sup>462</sup> y que sean sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal<sup>463</sup>. Ahora bien, cabe resaltar que por derechos no sólo nos

<sup>462</sup> Corte IDH. Garantías judiciales en Estados de Emergencia. OC-9/87. Óp. cit., párr. 23.

<sup>463</sup> Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 110.

referimos a los contenidos en la Convención Americana, sino también a aquellos que están reconocidos por la Constitución o la ley<sup>464</sup>.

No obstante, la sola puesta de estos recursos en el ordenamiento interno del estado no es suficiente para garantizar el derecho a la protección judicial. Ello implica que se necesita un elemento adicional a la simple formalidad<sup>465</sup>. La obligación de los estados consiste en otorgarles a estos recursos una idoneidad propia a fin de que puedan remediar una vulneración a los derechos de la víctima<sup>466</sup>. Para los procedimientos donde se determina la situación de una persona con diversidad funcional, es imprescindible la existencia de recursos adecuados y efectivos que permitan poder reparar una posible afectación a las garantías del debido proceso<sup>467</sup>, a recurrir el fallo de primera instancia<sup>468</sup>, así como a cuestionar la medida de detención otorgada. Así, la importancia de este derecho constituye una de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención<sup>469</sup>.

En el marco del sistema europeo, el artículo 5. 4 de la Convención Europea tiene una disposición similar puesto que indica que “toda persona privada de libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve

<sup>464</sup> Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 381; Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 145; y Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 124.

<sup>465</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Óp. cit., párr. 64; y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Óp. cit., párr. 134.

<sup>466</sup> Corte IDH. Garantías judiciales en Estados de Emergencia. OC-9/87. Óp. cit., párr. 24.

<sup>467</sup> Si el proceso ha sido de corte administrativo, es imperativo recurrir a instancias judiciales para su revisión. En: CIDH. Elías Gattas Vs. Ecuador. Informe nº 09/05. Petición 1-03. 23 de febrero de 2005, párr. 33. Asimismo: PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 1999, p. 513.

<sup>468</sup> Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. En: Corte IDH. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Óp. cit., párr. 165.

<sup>469</sup> Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 52.

plazo sobre la legalidad de su privación y ordene su puesta en libertad si fuere ilegal”. Sobre esta norma, el Tribunal Europeo argumentó que era perfectamente aplicable para el caso de las personas con diversidad funcional mental recluidas en instituciones mentales<sup>470</sup>.

Ello ha sido ratificado por el Comité de Derechos Humanos, quien ha afirmado que las personas con diversidad funcional mental pueden apelar ante un tribunal judicial contra una orden de internamiento<sup>471</sup>. Asimismo la Comisión Interamericana afirmó que estas personas tienen el derecho a presentar quejas o denuncias por actos de tortura, violencia carcelaria, castigos corporales, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como por las condiciones de reclusión o internamiento, por la falta de atención médica o psicológica, y de alimentación adecuadas<sup>472</sup>. De esta forma, se garantiza que las personas con diversidad funcional mental puedan actuar u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos.

#### **5. Derecho a la vida privada y familiar. Nexos con los derechos de los/as niños/as**

Uno de los aspectos más importantes concernientes a las personas con diversidad funcional que se encuentran detenidas en una institución mental está enfocado al derecho a la vida familiar. No cabe duda de que la familia es un aspecto fundamental en el desarrollo de las capacidades y autonomía de estas personas. No obstante, es usual que estas personas puedan ver restringida su libertad por un largo periodo, sin que se tome en cuenta sus vínculos familiares.

Asimismo, en el supuesto de la institucionalización de los/as niños/as, la situación puede ser mucho más grave: la separación de sus padres, la doble vulnerabilidad que puede sufrir en una

---

<sup>470</sup> Véase: TEDH. Bouamar Vs. Bélgica. Solicitud 9106/80. Sentencia: 29 de febrero de 1988.

<sup>471</sup> Comité de Derechos Humanos. Bozena Fijalkowska Vs. Polonia. Óp. cit., párr. 8.4.

<sup>472</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 5.

institución mental siendo víctima de maltratos, el estar sujeto a pruebas médicas e incluso a esterilizaciones forzadas.

Es por ello que, primeramente, analizaremos la real dimensión del derecho a la vida privada y familiar, a fin de conocer cuál es su contenido. Seguidamente describiremos las implicancias que se generan en los/as niños/as con diversidad funcional mental y cuáles son las obligaciones que tienen los estados en favor de este grupo. Consideramos que un análisis cabal de este grupo nos permitirá establecer las salvaguardas específicas que tienen en relación con las demás personas con diversidad funcional mental, de manera que permita complementar su protección.

### **5.1. Estructurando una protección integral del derecho a la vida familiar**

Cuando nos referimos al derecho a la familia, nuestra mirada se centra directamente en el artículo 17 de la Convención Americana, que dispone:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Ahora bien, leyendo la disposición referida al derecho a la familia, observamos que, salvo el primer inciso, los demás están referidos al matrimonio, tema que escapa a nuestro ámbito de investigación. Por ello, el artículo 17.1 sería la única disposición que podríamos utilizar para desarrollar nuestra argumentación en torno a la vida familiar de las personas con diversidad funcional mental.

En ese sentido, la Corte Interamericana ha establecido que el estado debe reconocer a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad<sup>473</sup>. Tal es su importancia que, la Comisión Interamericana, apoyándose en el artículo 27 de la Convención Americana, afirmó que es un derecho tan básico que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas<sup>474</sup>. Claro está que el propio término “familia” puede estar sujeto a diversas interpretaciones. Frente a ello, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que debe tomarse en sentido lato de modo que abarque a todas las personas de la familia según la sociedad de que se trate<sup>475</sup>.

De esta forma, podemos ver la relevancia que los distintos tratados de derechos humanos, así como sus órganos de protección han realizado respecto al derecho a la familia. Ahora bien, ¿de qué forma debería ejercerse esta protección especial en el caso de las personas con diversidad funcional mental?, ¿cuáles deberían ser las obligaciones específicas para los estados? El artículo 17.1 es una norma sumamente general, que consagra un principio fundamental, pero que no permite tan fácilmente desprender las consecuencias que se generarían a partir de ella.

---

<sup>473</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp.cit., párr. 66. Asimismo, véase: Comité de derechos humanos. Observación General No. 19: Artículo 23. La familia. 1999, párr. 1.

<sup>474</sup> CIDH. X. e Y. Vs. Argentina. Informe n° 38-96. Caso 10.506. 15 de octubre de 1996, párr. 96.

<sup>475</sup> Comité de Derechos Humanos. Benjamin Ngambi y Marie-Louise Nébol Vs. Francia. Comunicación n° 1179/2003. 16 de julio de 2004, párr. 6.4.

No obstante, si revisamos nuevamente el texto de la Convención Americana, descubrimos algo interesante en los incisos 2 y 3 del artículo 11, referido al derecho a la honra y dignidad personal.

En particular, se establece:

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Podemos observar cómo el artículo 11.2 dispone una prohibición para los estados, respecto a posibles injerencias arbitrarias o abusivas en la vida familiar. Asimismo, el inciso 3 dispone la obligación de los estados de proteger estos ataques. De esta forma, ambas disposiciones llegan a integrarse con el derecho a la familia, fortaleciendo su contenido, tal como sucede en la Convención Europea<sup>476</sup>. Por ello, el contenido del derecho a la vida privada y familiar abarca una serie de factores que hacen a la dignidad del individuo, incluyendo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales<sup>477</sup>.

De igual modo, la Corte Interamericana ha afirmado que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia contenido en el artículo 17 de la Convención Americana<sup>478</sup>. En ese sentido, la Comisión Interamericana ha considerado que esta prohibición se refiere a elementos de injusticia, imposibilidad de predecir, y falta de razonabilidad y proporcionalidad de las injerencias del estado en la vida familiar<sup>479</sup>. Igualmente, el Tribunal Europeo ha señalado que el

<sup>476</sup> En su artículo 8, reconoce el derecho a la vida privada y familiar. El contenido de su disposición, si hacemos un símil con la Convención Americana, recoge los artículos 11.2 y 17 de este instrumento.

<sup>477</sup> CIDH. María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala. Informe nº 4/01. Caso 11.625. 19 de enero de 2001, párr. 46. Del mismo modo: TEDH. Niemietz Vs. Alemania. Solicitud 13710/88. Sentencia: 16 de diciembre de 1992, párr. 29.

<sup>478</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp.cit., párr. 71.

<sup>479</sup> CIDH. X. e Y. Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 91-92.

contenido esencial del derecho a la protección de la vida privada y familiar es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas<sup>480</sup>.

De esta forma, ¿podríamos afirmar que la detención de una persona con diversidad funcional mental, por el hecho de encontrarse en una institución mental, afectaría su derecho a la vida familiar en tanto no tendría la posibilidad de relacionarse con ellos? Si seguimos dicha premisa, ¿ello no implicaría afirmar que cualquier tipo de detención, inclusive la penal o administrativa, generaría obligatoriamente una afectación a este derecho?

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha enfatizado en la importancia de que los estados hagan todo lo posible a fin de conseguir que las personas con diversidad funcional mental vivan con sus familias<sup>481</sup>. No obstante, frente a las preguntas planteadas nuestra respuesta debe ser negativa. Una restricción válida, conforme al artículo 7 de la Convención Americana, del derecho a la libertad personal de una persona con diversidad funcional no podría generar, *per se*, una vulneración al derecho a la vida familiar, aun cuando este pueda implicar una separación respecto de sus familiares. Suponer lo contrario nos llevaría a encontrar una clara contradicción en la redacción la Convención Americana, puesto que no se podría restringir válidamente el derecho a la libertad personal<sup>482</sup>. A la misma conclusión llega la Corte Interamericana, al afirmar que, para que se produzca una violación del artículo 17 de la Convención Americana, la afectación de la vida

<sup>480</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp.cit., párr. 72. En ese sentido: TEDH. Buchberger Vs. Austria. Solicitud 32899/96. Sentencia: 20 de noviembre de 2001. párr. 35; Elsholz Vs. Alemania. Solicitud 25735/94. Sentencia: 13 de julio de 2000, párr. 43; Bronda Vs. Italia. Solicitud 22430/93. Sentencia: 9 de junio de 1998, párr. 51; y Johansen Vs. Noruega. Solicitud 17383/90. Sentencia: 7 de agosto de 1996, párr. 52. Asimismo: Comité de Derechos Humanos. Observación General n° 16. Artículo 17. Derecho a la intimidad. 1988, párr. 3-4.

<sup>481</sup> Comité de derechos económicos, sociales, y culturales. Observación general n° 5. Óp. cit., párr. 30.

<sup>482</sup> Del mismo modo, la Corte ha aclarado que un proceso -que podría ser uno seguido a una persona con diversidad funcional mental- no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del derecho a la vida privada y familiar de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento. De sostenerse lo contrario, según la Corte, quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa. En: Corte IDH. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 177; y Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 122.

familiar debe producirse en virtud de una acción u omisión específica del Estado con tal fin, y no como consecuencia de, por ejemplo, una detención o un proceso<sup>483</sup>.

Por lo tanto, la detención de una persona con diversidad funcional mental, dentro de una institución mental y conforme a las garantías del artículo 7 de la Convención Americana, no sería una injerencia ilegal o arbitraria del derecho a la vida familiar. Por el contrario, es una restricción válida de un derecho que, naturalmente, pueda limitar otro, en tanto la persona no podrá disfrutar de una plena e irrestricta interacción con sus seres familiares. La propia Comisión Interamericana ha reconocido que el derecho a la vida de familia puede sufrir ciertas limitaciones inherentes al mismo<sup>484</sup>. No obstante, toda restricción o limitación que se imponga al ejercicio por una persona de su vida privada debe estar prescrita por ley y tiene que ser necesaria para la seguridad de todos y de acuerdo con las justas exigencias de una sociedad democrática, y su aplicación debe ser proporcionada y pormenorizadamente adaptada al objetivo legítimo que la hace necesaria<sup>485</sup>.

De esta forma, nos tocaría centrarnos en qué tipo de injerencias ilegales o arbitrarias podrían vulnerar el derecho a la vida familiar de las personas con diversidad funcional que se encuentran privadas de libertad. En el marco de una detención existen ciertas garantías que los estados deben de asegurar. Un aspecto lamentable es que muchas de las instituciones mentales en nuestro continente se encuentran aisladas social y geográficamente<sup>486</sup>. Así, el Tribunal Europeo ha sostenido que el estado está obligado a dar la posibilidad de recibir o enviar correspondencia<sup>487</sup> con su familia, así como a facilitar el contacto del detenido con ésta<sup>488</sup>.

<sup>483</sup> Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 121; y Caso Castillo Páez Vs. Perú. Óp. cit., párr. 85-86.

<sup>484</sup> CIDH. X. e Y. Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 97.

<sup>485</sup> Ídem, párr. 71. Asimismo: CIDH. María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala. Óp. cit., párr. 47.

<sup>486</sup> JIMENEZ, Heidi y Javier VÁSQUEZ. Óp. cit., p. 265.

<sup>487</sup> TEDH. Niedbala Vs. Polonia. Solicitud 27915/95. Sentencia: 4 de julio de 2000, párr. 81-82.

<sup>488</sup> CIDH. X. e Y. Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 97.

En este sentido, este órgano ha señalado que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas<sup>489</sup>. El poder recibir visitas es un ámbito del derecho a la familia que abarca todos los tipos de detenciones<sup>490</sup>. Con mayor razón, respecto al supuesto de privación de libertad de las personas en razón a su diversidad funcional mental, este derecho debe darse tomando en cuenta sus necesidades, resaltando la importancia que estas personas tienen frente a sus vínculos familiares.

Justamente, en razón de las circunstancias excepcionales que presenta esta situación, el estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares<sup>491</sup>. Siguiendo esta línea argumentativa, se debe procurar a que las instituciones mentales no se encuentren alejadas de los centros poblados y, si es el caso, los estados garantizarán que los familiares de las personas con diversidad funcional mental detenidas puedan trasladarse hacia esas zonas. De esta forma, los estados se encontrarán obligados a permitir que estas personas mantengan un contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas<sup>492</sup>.

## 5.2. Los derechos de los/as niños/as: Descubriendo un panorama nada alentador

El último aspecto de nuestra investigación se centra en la situación de los derechos de los/as niños/as con diversidad funcional mental. La realidad de este grupo en particular, es sumamente preocupante. Tal como ya hemos señalado, esta doble vulnerabilidad –persona con diversidad

<sup>489</sup> TEDH. Elsholz Vs. Alemania. Óp. cit., párr. 34.

<sup>490</sup> CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio. Óp. cit., p. 110. En ese sentido: Comité de Derechos Humanos. Observación general nº 16. Óp. cit., párr. 8.

<sup>491</sup> CIDH. X. e Y. Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 98.

<sup>492</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 18.

funcional mental y ser niño/a- conjuga para quebrantar aún más sus libertades fundamentales. Y no pensemos que sólo una pequeña cantidad de personas llega a encontrarse en ese estado. Actualmente, existen entre 650 millones de personas con algún tipo de diversidad funcional. Alrededor de 150 millones de esas personas son niños/as<sup>493</sup>, 30% de los cuales se encuentra en una situación de pobreza extrema<sup>494</sup>.

No obstante, esta preocupante situación no es reciente. Ya en la antigua Grecia y Roma, se recurría al infanticidio<sup>495</sup> en los casos de nacimientos de niños/as con “deformidad”<sup>496</sup>. En Esparta, la decisión de permitir vivir al recién nacido se encontraba reservada a los miembros más ancianos de la tribu a la que pertenecía el padre. El que pareciera débil o deforme podía ser abandonado<sup>497</sup>. En la Edad Media, el infanticidio ya no fue una práctica recurrente, pero solo porque se necesitaba mano de obra. La mayoría de niños/as que nacían con alguna “deficiencia” eran abandonados en las Iglesias. Incluso, el rey de los francos, Carlo Magno, decretó que los/as niños/as abandonados serían esclavos de quien los encontrase<sup>498</sup>.

Esta situación de exclusión se mantuvo durante siglos. Los/as niños/as ocuparon el sitio entre los mendigos, e incluso eran usados por sus padres como objeto de caridad. A inicios de 1960, durante la segunda etapa de desarrollo que hemos visto en el primer capítulo, la existencia de un convencimiento mayoritario respecto de que los/as niños/as con diversidad funcional mental no eran normales era ampliamente generalizado. Por ello, se consideraba que debían de establecerse todas las medidas necesarias a fin de que se curen.

---

<sup>493</sup> LEE, Yanghee. Óp. cit., p. 288.

<sup>494</sup> UNITED NATIONS. Some Facts about Persons with Disabilities. Óp. cit.

<sup>495</sup> De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, por infanticidio se entiende la “muerte dada violentamente a un niño de corta edad”. En: DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésima segunda edición. 2010. En: <http://buscon.rae.es/drae/>

<sup>496</sup> GARLAND, R. The eye of the beholder. Deformity and Disability in the Graeco-Roman world, London: Duckworth. 1995, p. 14.

<sup>497</sup> SCHEERENBERGER, R. C. Óp. cit., p. 18.

<sup>498</sup> AGUADO DÍAZ, Antonio León. Óp. cit., p. 59.

Actualmente, la situación continúa siendo desalentadora. Ellos se encuentran particularmente vulnerables a sufrir violaciones de sus derechos, a ser víctimas de violencia física y sexual, a no ser registrados al nacer, a que se les denieguen su derecho de vivir una vida en familia, a no ser escuchados ni tenidos en cuenta sus opiniones, a no tener oportunidad de desarrollar sus capacidades de forma óptima, a ser excluidos a la hora de jugar, y a enfrentar dificultades en el acceso a la justicia cuando experimentan violencia o abusos<sup>499</sup>.

### 5.2.1. Una norma -¿nada específica?- en la Convención Americana

Los derechos de los/as niños/as han sido una constante preocupación para el Derecho internacional contemporáneo. En el ámbito interamericano, el artículo 19 de la Convención Americana, dispone que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Podríamos considerar que, al igual que el artículo 17.1 de dicho instrumento, dispone una obligación sumamente general, lo cual podría dificultar el poder identificar su real contenido y, en consecuencia, establecer las obligaciones de los estados en materia de garantía de los/as niños/as con diversidad funcional mental.

Ahora bien, ello no implica que sea la única disposición de dicho instrumento que les será aplicable. La Corte Interamericana ha afirmado que, los/as niños/as, además de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos, tienen también derechos especiales derivados de su condición<sup>500</sup>. En ese sentido, ha entendido que el artículo 19 debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan protección especial<sup>501</sup>.

<sup>499</sup> Véase: Comité ad hoc. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sexta sesión. 2 de agosto de 2005. Intervención de la ONG International Disability Caucus.

<sup>500</sup> Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 147.

<sup>501</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp.cit., párr. 54.

No obstante su consideración como un derecho que debe ir anexado con otro, en tanto la Corte Interamericana nunca lo ha tratado de manera independiente, es importante rescatar su importancia. Dicho órgano ha establecido que las medidas a las que se refiere esta norma exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos<sup>502</sup>. De esta forma, las acciones que los estados deben emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de los/as niños/as. Del mismo modo se referido la Comisión Interamericana al reiterar que el reconocimiento del deber de dar protección especial a los/as niños/as se basa en la necesidad de proteger todo el conjunto de sus intereses, en los ámbitos social, económico, civil y político<sup>503</sup>.

Ahora bien, respecto a las obligaciones que dicha norma genera, transversalmente en los distintos artículos de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha reconocido el derecho de los/as niños/as, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el estado<sup>504</sup>. En ese sentido, los estados tienen el deber de adoptar medidas especiales de protección a favor de los/as niños/as bajo su jurisdicción, adoptando siempre el principio rector denominado el “interés superior del niño”, el cual se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los/as niños/as y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades<sup>505</sup>. Por ello, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna

<sup>502</sup> Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 149.

<sup>503</sup> CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. Óp. cit., párr. 164.

<sup>504</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp.cit., párr. 53; Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Óp. cit., párr. 133; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 177; y Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Óp. cit., párr. 152.

<sup>505</sup> Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Óp. cit., párr. 124; Caso Bulacio Vs. Argentina. Óp. cit., párr. 134; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp.cit., párr. 56.

limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el “interés superior del niño” y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia<sup>506</sup>.

A pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño no define lo que debemos entender por “interés superior del niño”, se refiere a “la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención<sup>507</sup>”. Adicionalmente, el artículo 19 de la Convención Americana se nutre las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así lo ha entendido la Corte Interamericana al señalar que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio *corpus juris* internacional de protección de los/as niños/as que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana<sup>508</sup>.

En materia de diversidad funcional, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño nos permite observar el tratamiento que este tratado les otorga:

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.
2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea

<sup>506</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp.cit., párr. 65. Asimismo, la Comisión Interamericana ha coincidido con la necesidad de que el deber de protección especial implica necesariamente que los intereses del niño sean tomados en cuenta en la adopción por parte del Estado de decisiones que lo afecten y que tales decisiones velen por la protección de los intereses del niño. En: CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. Óp. cit., párr. 163.

<sup>507</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp.cit., párr. 56, 57 y 60; y Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Óp. cit., párr. 134.

<sup>508</sup> Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Óp. cit., párr. 166; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp. cit., párr. 24; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Óp. cit., párr. 194.

adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Carrillo Salcedo, ex miembro de Tribunal Europeo, ha afirmado que dicha disposición es un claro ejemplo de la imprecisión de las normas de algunos tratados<sup>509</sup>. En particular, señala que se enuncian obligaciones en términos tan vagos que es legítimo dudar acerca del significado jurídico por lo que su vaguedad hace que materialmente se parezcan a los principios y normas del *soft law*<sup>510</sup>.

No obstante, una lectura crítica de esta norma nos parece positiva en relación al establecimiento de obligaciones específicas para los estados. Claro está que no podemos dejar de desconocer la terminología utilizada. Expresiones como “impedido” o “rehabilitación” parecen obviar el modelo

---

<sup>509</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo. Madrid: Tecnos. 2001, p. 97.

<sup>510</sup> *Ibidem*.

social que actualmente se está promoviendo. No obstante, debemos recordar que, para el momento en que se adoptó este tratado, 1988, se señalan aspectos relevantes como la importancia de lograr la inclusión de los/as niño/as con diversidad funcional dentro de la comunidad, así como la valoración de los lazos familiares. La premisa de la que parte esta disposición es que éstos tienen los mismos derechos que cualquier otro/a niño/a<sup>511</sup>, claro está, tomando en consideración las particulares necesidades que éstos presentan.

Por ello, luego de lo expuesto, afirmamos que una lectura integrada de los artículos 19, 17 y 11.2 de la Convención Americana junto con las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño nos permiten afirmar que los estados deben respetar el derecho de los/as niños/as a las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, señalando que esas relaciones familiares son parte de su identidad<sup>512</sup>. En ese sentido, pasaremos a examinar de qué forma dicha obligación podría armonizarse -o colisionar- con la práctica de la institucionalización.

### **5.2.2. Niños/as en instituciones mentales: ¿Bienestar y desarrollo Vs. Separación de sus padres?**

Previamente, hemos señalado que la restricción válida de la libertad de una persona con diversidad funcional mental, no podría implica, *per se*, una vulneración al derecho a la vida privada y familiar. Partiendo de esa premisa, ¿la situación debería ser distinta cuando hablamos de niños/as?

---

<sup>511</sup> Para mayor información, véase: JONES, M. y otros. "The Dynamic Developmental Model of Emerging Rights in Children". En: International Journal of Children's Rights. 1994, pp. 265–291.

<sup>512</sup> BRODY, Simeon. "Attitudes and practice set to change after UN agrees rights convention". En: Community Care. Reino Unido. 7 de setiembre de 2006. En: <http://www.communitycare.co.uk/Articles/2006/09/07/55663/Attitudes-and-practice-set-to-change-after-UN-agrees-rights.htm>

La situación se torna preocupante en tanto en la mayoría de estados, las -¿existentes?- políticas públicas se siguen centrando en la antigua concepción de la diversidad funcional mental como enfermedad. Estas intervenciones asistencialistas, sumada a una práctica sistemática de institucionalización<sup>513</sup>, donde los/as niños/as son separados de sus padres, nos llevan a cuestionar dicha medida.

Al respecto, la protección a la niñez con diversidad funcional mental existente en los diversos instrumentos internacionales no es lo suficientemente clara respecto a este punto. No obstante, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño contiene también referencias específicas para los casos de separación de los/as niño/as de sus padres. Se establece en su primer inciso:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Asimismo, el artículo 16 obliga a los estados a proteger a los niños de cualquier injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada y familiar. La importancia de los lazos familiares y la no separación del menor con sus padres ha llevado al Tribunal Europeo ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia<sup>514</sup>. En ese sentido, podemos señalar que la separación del niño de sus padres, contra su voluntad, puede constituir una interferencia en la vida familiar de éstos<sup>515</sup>.

<sup>513</sup> UNITED NATIONS. Some Facts about Persons with Disabilities. Óp. cit.

<sup>514</sup> TEDH. Buchberger Vs. Austria. Óp. cit., párr. 35; T. y K. Vs. Finlandia. Solicitud 25702/94. Sentencia: 12 de julio de 2001, párr. 151.

<sup>515</sup> Véase: BARRANCO, María del Carmen, Isabel GARRIDO y Juan GUILLÓ. El derecho del niño a vivir en su propia familia. Madrid: Exlibris Editores. 2007.

Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se debe garantizar una protección efectiva del derecho de todo progenitor a relacionarse regularmente con sus hijos/as menores de edad salvo que existan circunstancias excepcionales basadas en el “interés superior del niño”<sup>516</sup>. Adicionalmente, el artículo 16 del Pacto de San Salvador dispone que los/as niños/as tiene derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales reconocidas judicialmente. De esta forma debemos determinar cuándo una restricción a los derechos contemplados en los artículos 19 y 17 de la Convención Americana podrían ser válidos.

En ese sentido, la Comisión Interamericana ha señalado que en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias<sup>517</sup>.

De lo expuesto, podemos partir de una premisa clave. En principio, no se separará a los/as niños/as con diversidad funcional mental de sus padres, a fin de que sean institucionalizados<sup>518</sup>. En ese sentido, los/as niños/as deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal<sup>519</sup>.

<sup>516</sup> Comité de Derechos Humanos. L.P. Vs. República Checa. Comunicación N° 946/2000. 19 de agosto de 2002, párr. 7.3.

<sup>517</sup> CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. Óp. cit., párr. 166.

<sup>518</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 380.

<sup>519</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02. Óp. cit., párr. 77.

Esta excepcionalidad debe ser establecida de forma sumamente clara. Tal como se comentó en las reuniones del Comité *ad hoc* de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, muy a menudo los/as niños/as con diversidad funcional mental son demasiado protegidos, no solo por sus padres sino también por la sociedad. Esta situación genera que, al menor rasgo de diversidad funcional mental, sean institucionalizados<sup>520</sup>.

Por ello, consideramos que sólo en una situación imperante existiría la posibilidad de institucionalizarlos. Claro está que deberán de darse todas las garantías que ya hemos establecido para la restricción válida de su libertad personal, así como del respeto y garantía por las garantías y protección judiciales en el marco del procedimiento que establezca su situación. El inciso 4 del artículo 9 permite reforzar la conclusión esgrimida en tanto establece que es posible una separación legítima entre los/as niños/as y sus padres, producto de una medida como la detención.

Ahora bien, las vulneraciones se originan cuando la privación de la libertad no cumple con los requisitos previamente señalados. Asimismo, cuando los/as niños/as con diversidad funcional mental se encuentran viviendo en instituciones sin acceso a condiciones dignas de salud, alimentación y educación, lo cual les niega las oportunidades de alcanzar una vida en comunidad. Adicionalmente, el impedir totalmente el contacto entre los padres y sus hijos/as, a menos que existan circunstancias excepcionales, no podría considerarse una medida de protección acorde con el “interés superior del niño<sup>521</sup>”.

Por ello, las condiciones de las instituciones que se encuentren deben ser conformes con la dignidad humana de los menores, procurando el respeto y garantía de su derecho a la vida e integridad personal. En consecuencia, estaría absolutamente prohibida la experimentación

---

<sup>520</sup> Comité ad hoc. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sexta sesión. Óp. cit.

<sup>521</sup> Comité de Derechos Humanos. *Fei Vs. Colombia*. Comunicación N° 514/1992. 4 de abril de 1995, párr. 8.10; *Natalya Tcholatch Vs. Canadá*. Óp. cit., párr. 8.7.

médica<sup>522</sup>, así como la esterilización forzada<sup>523</sup>, las cuales representan una violación fundamental de su integridad<sup>524</sup>, les expone a intervenciones médicas sin beneficios clínicos, a la vez que les impiden el ejercicio del derecho a formar una familia<sup>525</sup>.

En conclusión, es posible observar que las exigencias para que un niño/a con diversidad funcional mental sea institucionalizado son mucho más estrictas que en el caso de las demás personas. Claro está que ello se debe a su doble condición de vulnerabilidad. Asimismo, durante el lapso que se encuentren institucionalizados, es importante que los/as niños/as con diversidad funcional mental tengan el espacio para poder desarrollar sus propias habilidades y potencialidades<sup>526</sup>. Ello parte por reconocer su propia capacidad propia. Claro está que su autodeterminación debería ser valorada de conformidad con su edad y madurez<sup>527</sup>. En ese sentido, partiendo de la premisa de que realización de los derechos de los/as niños/as con diversidad funcional mental debe darse desde una perspectiva global<sup>528</sup>, el derecho a su vida familiar se garantizará -mientras se encuentre de manera excepcional en una institución mental- permitiendo que se mantengan las

<sup>522</sup> “Los niños con diversidad funcional mental son víctimas de experimentos y pruebas médicas, los cuales son usualmente justificados en razón al interés superior del niño”. En: PARKER, Stephen. “The Best Interests of the Child – Principles and Problems”. En: International Journal of Law, Policy and the Family. Oxford University Press. 1994, p. 26. No obstante, ese razonamiento es contrario al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puesto que establece que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

<sup>523</sup> Desde 1960 hasta los inicios del año 2000, la paternidad/maternidad en relación con las personas con diversidad funcional mental se le consideraba como un problema generalizado. En: ARESCHOUG, Judith. “Parenthood and Intellectual Disability: Discourses on Birth Control and Parents with Intellectual Disabilities 1967–2003”. En: Scandinavian Journal of Disability Research. Sep. 2005, p. 171. Asimismo, La esterilización de los niños con diversidad funcional mental ha venido siendo autorizada porque se creía que los protegería del abuso sexual y explotación, así como del embarazo y el aborto. No obstante, con el transcurrir del tiempo se ha llegado a desterrar dichas preposiciones. En: JONES, Melinda y Lee Ann BASSER. “Beyond the Convention on the Right of the Child: The right of children with disabilities in international law”. En: International Journal of Children's Rights. Apr. 1997, p. 188.

<sup>524</sup> GODHAR, J. En: “The Sterilization of Women with an Intellectual Disability”. En: University of Tasmania Law Review. 1991, p. 157.

<sup>525</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., 378. En ese sentido, el artículo 23.c de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>526</sup> Comité ad hoc. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sexta sesión. Óp. cit.

<sup>527</sup> Íbidem.

<sup>528</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 353.

relaciones personales y el contacto regular entre los padres y el niño, siguiendo como directriz fundamental el “interés superior del niño”<sup>529</sup>.

### 5.2.3. Silencio en la sala: Escuchando a los/as niños/as

Continuando con el marco de protección de los/as niños/as con diversidad funcional mental, éste grupo también tienen el derecho a las garantías y protección judiciales dentro del procedimiento que determine su situación. Es así como la Corte Interamericana ha notado que las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que “se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”<sup>530</sup>.

En ese sentido, ha establecido que en los procesos que podrían tener efectos en los derechos de los/as niños/as, las actuaciones de las autoridades deben hallarse perfectamente motivadas conforme a la ley, ser razonables y pertinentes en el fondo y en la forma, atender al “interés superior del niño” y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad<sup>531</sup>. Con ello, los procedimientos relativos a la niñez deben ser resueltos con prontitud<sup>532</sup>. De esta forma, las autoridades se encuentran obligadas a tener en cuenta las posibles consecuencias de la dilación en el bienestar de éste y en el resultado de las actuaciones procesales<sup>533</sup>.

---

<sup>529</sup> Comité de Derechos Humanos. *Natalya Tcholatch Vs. Canadá*. Comunicación N° 1052/2002. 3 de mayo de 2007, párr. 8.3

<sup>530</sup> Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Óp. cit., párr. 209; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02, párr. 95.

<sup>531</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03. Óp. cit., párr. 112-114.

<sup>532</sup> Comité de Derechos Humanos. *Santacana Vs. España*. Comunicación n° 514/1992. 15 de julio de 1994, párr. 6.2.

<sup>533</sup> Comité de Derechos Humanos. *Natalya Tcholatch Vs. Canadá*. Óp. cit., párr. 8.9.

Ahora bien, respecto a los/as niños/as, se alza una obligación fundamental, la cual consiste en que sean escuchados durante un proceso en el que se discutan sus derechos. Es así como la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 12:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

A pesar de esta norma, los/as niños/as con diversidad funcional mental son generalmente considerados sin autonomía ni capacidad para poder decidir sobre asuntos que atañen su desarrollo. Asimismo, el Comité *ad hoc* de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido consciente de que los/as niños/as con diversidad funcional mental se encuentran en un riesgo mayor de que sean tratados de forma distinta cuando se refiere a su participación en los procesos<sup>534</sup>.

Afortunadamente, el artículo 7.3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha pronunciado sobre esta preocupación. Así, establece que los estados deben “garantizar que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración 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”.

---

<sup>534</sup> Comité ad hoc. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Updated contribution on the draft text of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. Quinta sesión. 24 de enero a 4 de febrero de 2005.

Dicha disposición debe ser aplicada a la niñez con diversidad funcional mental. Claro está que, para ello, no se debería partir de una visión médica centrada en su “anomalía”<sup>535</sup>, en la que se considere que por su propia condición no son capaces de expresarse. Por el contrario, se deben 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/as. Asimismo, recordando lo señalado en el apartado de la nueva interpretación sobre el derecho a tener un intérprete o traductor cuando no conozca el idioma en el que se desarrolla el proceso, los niños deberán tener acceso a todos los medios de comunicación que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido, a fin de garantizar que puedan expresarse adecuadamente.

#### **6. Hacia un futuro sin institucionalización: ¿Compromiso utópico?**

Hasta el momento, hemos podido descubrir los estándares que los órganos del Sistema interamericano de protección de derechos humanos deberían seguir para poder restringir de forma válida el derecho a la libertad personal de las personas con diversidad funcional, así como las condiciones que deben tener las instituciones mentales a fin de garantizar el derecho a la integridad personal. Asimismo, hemos establecido de qué forma debería concebirse los derechos a las garantías y protección judicial a fin de que el debido proceso a estas personas sea real, adecuado y efectivo. Finalmente, se ha logrado definir los componentes del derecho a la vida privada y familiar, así como los derechos de los/as niños/as, que les permitirían disfrutar de ellos sin injerencias arbitrarias o ilegales.

No obstante lo señalado, se ha empezado a debatir la posibilidad de prohibir, sin excepción alguna, la institucionalización de estas personas sin su voluntad<sup>536</sup>. Lo antes señalado nos lleva a

---

<sup>535</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 368.

<sup>536</sup> Véase: ARMSTRONG, Leonie. Óp. cit.

preguntarnos, ¿sería posible hablar de un derecho emergente de las personas con diversidad funcional a la no institucionalización? ¿Cómo podría prohibirse la institucionalización si hemos estado señalando que, a fin de velar por la protección y seguridad de la persona con diversidad funcional mental, así como de la comunidad, es posible efectuarla bajo ciertos parámetros?

A simple vista, parecería ir en contra del propio respeto por sus derechos. No obstante, pasaremos a señalar por qué se plantea esta posibilidad. Los antecedentes pueden remontarse a 1999, donde la Corte Suprema de Estados Unidos rescató la importancia de que las personas con diversidad funcional mental puedan recibir un tratamiento en una comunidad integrada en vez de una institución mental<sup>537</sup>. De esta forma, se empezó a gestar la idea de que es posible lograr la reintegración en la comunidad y en la vida familiar, y la protección de la persona sin la institucionalización<sup>538</sup>.

A través de un tratamiento en la comunidad, es posible que éstas tengan la posibilidad de interactuar directamente con ésta, siempre con personas especializadas en salud mental que le permitan poder desarrollarse y adquirir una autonomía más verdadera. Ello también incluiría a las personas con diversidad funcional mental propensas a poner en riesgo su vida o la de los demás, así como aquellas que han cometido un delito pero que, debido a su grave condición, se encuentran institucionalizadas. Esto último implicaría que se prevean determinadas medidas de seguridad a fin de asegurar una convivencia pacífica en la comunidad.

Claro está que en nuestro contexto es algo difícil de concretar. Las políticas públicas estatales apenas se fijan en la protección y garantía de los derechos de las personas con diversidad funcional mental. En el mejor de los casos, existen instituciones mentales con las garantías mínimas para su cuidado y protección. Asimismo, este nuevo derecho se enfrentaría a la actual

---

<sup>537</sup> U.S. Supreme Court. *Olmstead Vs. L.C.* [527](#), 1999.

<sup>538</sup> GOSTIN, Lawrence. *Óp. cit.*, p. 11.

percepción de una gran parte de la sociedad, la cual considera que estas personas deben estar encerradas a fin de que sean rehabilitadas.

No obstante lo señalado, ya en el ámbito interamericano se ha empezado a escuchar voces que abogan por este radical cambio. Principalmente, la Declaración de Caracas es un instrumento de gran valor puesto que se refiere a la promoción de servicios comunitarios y aboga por una atención psiquiátrica participativa, integral, continua y preventiva donde el hospital psiquiátrico no constituya la única modalidad asistencial principalmente porque “aísla al enfermo de su medio y crea condiciones desfavorables que ponen en peligro los derechos humanos y civiles del enfermo”<sup>539</sup>.

Asimismo, la Comisión Interamericana ha sido consciente de este nuevo planteamiento. Es así cómo ha planteado que los sistemas de salud de los estados incorporen una serie de medidas en favor de las personas con diversidad funcional mental, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas. En ese sentido, resulta fundamental la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole<sup>540</sup>.

A pesar de todo lo debatible que pueda ser, en el ámbito de la niñez la propuesta parece ir tomando más fuerza. En el año 2005, durante las sesiones del Comité *ad hoc* de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, muchas de las ONGs presentes propusieron la posibilidad de la prohibición de institucionalización para los/as niños/as. Lo curioso, es que la propuesta sólo estaba dirigida para la niñez que se encontrara viviendo en estados

---

<sup>539</sup> JIMENEZ, Heidi y Javier VÁSQUEZ. Óp. cit., p. 266.

<sup>540</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Óp. cit. Principio 3.

desarrollados, lo cual, obviamente, excluía a la mayoría de estados americanos<sup>541</sup>. Las razones para sustentar dicha posición se basaron en que en los países en desarrollo es común que los/as niños/as con diversidad funcional mental sean utilizados como mendigos, y que si bien la institucionalización debe ser eliminada como práctica en los países desarrollados, en otros países es aun la única opción de vida<sup>542</sup>. En ese sentido, la ONG *Disabled Peoples International Latin America* señaló:

In developed countries institutionalization should be eliminated. But for families living in remote areas of developing countries like the rain forest or the Andes, their economic situation is such that children with disabilities will be abandoned or cannot survive, and institutionalization may be the only option for a better standard of living<sup>543</sup>.

Resulta claro que no podemos desconocer la lamentable situación en la que viven muchos de los/as niños/as en América. El vínculo con la pobreza, tal como se estableció en el primer capítulo, es sumamente fuerte. Asimismo, tal como hemos señalado, muchas de las instituciones mentales en nuestra región no cuentan con las condiciones mínimas de protección. No obstante, dicha realidad no puede evitar que se planteen nuevos retos, que serían mucho más acordes con el “interés superior del niño”.

De esta forma, se señala que impide vivir a los/as niños/as bajo las condiciones mínimas que tiene derecho a gozar, coartándole de experimentar relaciones tan esenciales y primordiales, como la protección y el cariño de la familia<sup>544</sup>. Desde el modelo social se aboga por la inclusión de los/as niños/as con diversidad funcional mental en todos los ámbitos de la vida social. Esto incluye el

<sup>541</sup> Comité ad hoc. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sexta sesión. 2 de agosto de 2005. Intervención de la ONG *Disabled Peoples International Latin America*.

<sup>542</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 367.

<sup>543</sup> Comité ad hoc. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sexta sesión. 2 de agosto de 2005. Óp. cit.

<sup>544</sup> PALACIOS, Agustina. Óp. cit., p. 82.

juego, la salud, la educación, los deportes, y todas las demás áreas que se encuentran involucradas en el desarrollo de la personalidad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha reconocido, de forma tímida, que es preciso darle a los/as niños/as con diversidad funcional mental la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente, lo cual incluye participar en las actividades de su comunidad<sup>545</sup>. En términos generales, se está hablando del acceso a una vida en condiciones de igualdad, que les permitan una infancia en sociedad. Por ello se rechazan *a priori* ciertas herramientas utilizadas desde el modelo rehabilitador, como la educación especial, la institucionalización y las políticas que se conciben desde una perspectiva netamente médica del fenómeno de la diversidad funcional.

Asimismo, cuando la familia inmediata no pueda cuidar a los/as niños/as con diversidad funcional mental, los estados deben comprometerse a hacer todo lo posible por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar. Ello permitirá prevenir, entre otras cuestiones, la institucionalización.

Es claro que no es posible hablar actualmente de un derecho a la no institucionalización de las personas con diversidad funcional. Por ello, mientras esta situación continúe así, es fundamental que los estados tomen conciencia de los estándares internacionales de protección de las personas con diversidad funcional que hemos ido definiendo a lo largo de este capítulo. Es fundamental que vayan incorporando estos estándares dentro de su ordenamiento interno, en tanto son obligaciones internacionales que deben cumplir.

El problema radicaba en que las disposiciones relativas a las personas con diversidad funcional mental no eran lo suficientemente claras cuando uno se refería a la Convención Americana. Ello está cambiando gracias a la continua evolución del Derecho internacional de los derechos

---

<sup>545</sup> Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general nº 14. Óp. cit., párr. 22.

humanos que permite que los contenidos de los derechos establecidos en los diversos tratados vayan nutriéndose de nuevas situaciones que amenazan su protección. Para ello, la jurisprudencia de los órganos de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos juega un rol fundamental. En consecuencia, los estados deberán implementar estas obligaciones a fin de velar por una real protección y garantía de los derechos de las personas con diversidad funcional mental.

De esta forma, las cartas están sobre la mesa. Los esfuerzos realizados son plausibles y nos llevan a ser optimistas con el devenir de este posible derecho emergente, tal vez en un primer momento destinado exclusivamente a los niños/as con diversidad funcional mental, pero que podría ampliarse a cualquier persona. Claro está que la voluntad política de los estados de la región puede quebrar esta ilusión si la propuesta queda sólo en las manos de ONGs, activistas o académicos. Sin desmerecer su valioso e incuantificable aporte, es fundamental que esta posición se vaya gestando dentro de los dos órganos del Sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana.

En ese sentido, actualmente se está planteando la posibilidad de redactar una Declaración Interamericana sobre los derechos, deberes y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión, aspecto que sería sumamente positivo para el establecimiento de estándares de protección y garantía de derechos humanos<sup>546</sup>. En particular, sería el espacio ideal para proponer el derecho de la persona con diversidad funcional a no ser detenido y llevado a una institución mental. En lugar de ello, los estados deberían ser conscientes de que una mejor forma de proteger y garantizar sus derechos es permitiendo un tratamiento que incluya la interacción con la comunidad. A pesar de su carácter no vinculante, sería un primer paso... un primer paso a favor

---

<sup>546</sup> Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Op. cit. Preámbulo. En seguimiento a la Resolución AG/RES 2283 (XXXVII-0/07).

de una vida de las personas con diversidad funcional mental en el que se respeten y garanticen, a cabalidad, sus derechos humanos.



## Conclusiones

1. A fin de poder establecer una efectiva y real protección, y garantía de los derechos humanos de las personas con diversidad funcional mental, es necesario determinar qué debe entenderse por “diversidad funcional”. Este término se encuentra en una constante y favorable evolución, la cual se ve reflejada por los distintos instrumentos internacionales que van apareciendo. Partiendo de un análisis de estos instrumentos, es posible dividir en cuatro fases el tratamiento que el Derecho internacional le ha brindado a este complejo fenómeno.
2. La primera fase, la cual aparece con las primeras declaraciones de derechos humanos, se caracteriza por una indiferencia frente a las personas con diversidad funcional en tanto no son mencionadas. La segunda etapa aparece a inicios de 1960. Los instrumentos que aparecen durante esta época nos dan la idea de que estamos frente a una concepción de la persona con discapacidad como alguien enfermo, sin la capacidad suficiente para valerse por sí mismo y que, en consecuencia, no podría alcanzar los mismos derechos que las “personas normales”. Con el inicio de la década de los noventa, se empezó a plantear la posibilidad de analizar la discapacidad no como una enfermedad que debía ser sanada, sino como una situación a la cual se le debía otorgar una protección particular compatible con sus necesidades y exigencias. Esta tercera fase, conocida como modelo social, deja de lado el aspecto físico y parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de exclusión social. La última fase pretende amalgamar el modelo social con el uso de una expresión que no lleve una connotación negativa como discapacidad. Es por ello que se propone el uso de “persona con diversidad funcional”.
3. Las personas con diversidad funcional mental son más propensas a ver vulnerados sus derechos. En este contexto, se enfrentan con una serie de desafíos que merman su dignidad y, por ello, deben ser desterrados (estigma, pobreza, exclusión social y falta de políticas públicas

con enfoque de derechos humanos). El derecho a la igualdad se erige como un pilar básico y fundamental de los derechos de las personas con diversidad funcional mental. De esta forma, se impone a los estados la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren una efectiva igualdad entre las personas con diversidad funcional mental.

4. Las personas con diversidad funcional mental deben ser consideradas como un grupo en situación de vulnerabilidad, bajo el Derecho internacional de los derechos humanos. Dicha calificación implica que son más propensos a ser víctimas de violaciones de sus derechos. Por ello, no basta que los estados se abstengan de vulnerarlos, sino que es imperativo la adopción de medidas positivas, determinables en función de sus particulares necesidades de protección.
5. En el ámbito internacional, no es posible sostener la existencia de un sistema coordinado e integral de normas, órganos e instituciones que se encarguen de respetar y garantizar los derechos de las personas con diversidad funcional mental. Los diversos sistemas internacionales de protección de derechos humanos no han logrado establecer criterios claros y uniformes. Específicamente, en nuestra región, son pocos los esfuerzos que se han dado por promover estándares de protección.
6. Uno de los derechos más vulnerados a las personas con diversidad funcional mental es el referido a su libertad personal. Una interpretación literal del artículo 7 de la Convención Americana parecería destinada a enfocarse en situaciones que impliquen principalmente el ámbito penal. No obstante, la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos ha permitido que se amplíen los supuestos y, en consecuencia, es posible restringir el derecho a la libertad personal de estas personas únicamente cuando son propensas a atentar contra su propia integridad o la de los demás.

7. Una detención a una persona con diversidad funcional mental cumplirá con la reserva de ley si es que no solo existe una norma previamente establecida que contemple esta situación, sino además que la orden de detención deba haber sido aprobada por un médico especializado. Asimismo, será necesaria cuando sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado, no existiendo una medida menos gravosa. Por ello, es fundamental que se establezcan revisiones periódicas de su detención. Adicionalmente, es compatible con la Convención Americana que una autoridad administrativa o médica sea la encargada de determinar si la detención es válida.
8. El estado es responsable de los distintos establecimientos de detención (ya sea un centro penitenciario o una institución penal) en tanto se hayan bajo la jurisdicción directa de éste y, en consecuencia, es el garante del derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana) de las personas que se encuentran en éstos. En consecuencia, deben de asegurarse que las personas con diversidad funcional mental se encuentren en espacios lo suficientemente adecuados (espacios amplios, zonas recreativas, exposición a luz, etc.), así como reciban una adecuada atención en salud.
9. Otro de los derechos más frecuentemente violados en instituciones mentales es el relacionado a las garantías judiciales. Las personas con diversidad funcional mental deben tener la posibilidad de poder recurrir a un tribunal que determine la legalidad de su detención en un hospital psiquiátrico, mediante un proceso -judicial o administrativo- realizado en un tiempo razonable y con las garantías necesarias que permitan una decisión motivada.
10. El artículo 8.2.a establece el derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete siempre que no comprende o no hable el idioma del juzgado o tribunal. A veces, ello no es suficiente para una persona con diversidad funcional mental, en tanto el idioma no es lo

que no le permite comunicarse. Resulta fundamental que las disposiciones mencionadas amplíen su sentido e incluyan un amplio abanico de herramientas comunicativas (visualización de textos, Braille, comunicación táctil, macrotipos, etc.) que permiten alcanzar una igualdad real dentro del proceso.

11. De acuerdo a los artículos 8.2.d y 8.2.e, toda persona debe poder elegir al abogado que ésta considere representará de una mejor manera sus intereses, o incluso, elegir defenderse por sí mismo. En caso decida no recurrir a cualquiera de estas dos opciones, aparece la obligación del estado de otorgarle un defensor. Esta disposición, que se da en el ámbito penal, no puede aplicarse directamente a los procedimientos que implican la determinación de la situación de una persona con diversidad funcional mental puesto que representarían una carga desproporcional e irreal para los estados. Se exige que éstos les otorguen a las personas una lista de abogados especializados a fin de que puedan ser representados en el proceso.

12. Resulta fundamental que los estados brinden capacitación a los jueces o autoridades competentes sobre los derechos de las personas con diversidad funcional mental, con el objetivo de garantizar el derecho de motivación. Asimismo, deben velar porque el proceso se de en un plazo razonable y que puedan interponer cualquier recurso judicial, adecuado y afectivo, en caso consideren que se haya vulnerado algunos de sus derechos.

13. Otro de los aspectos más importantes concernientes a las personas con diversidad funcional que se encuentran detenidas en una institución mental está enfocado al derecho a la vida familiar. Una lectura conjunta de los artículos 17 y 11.2 de la Convención American exigen que los estados permitan que las personas con diversidad funcional mental detenidas mantengan un contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares. Asimismo, debe tener la posibilidad de recibir o enviar correspondencia con ésta.

14. Los estados tienen el deber de adoptar medidas especiales de protección a favor de los/as niños/as bajo su jurisdicción -tal como lo indica el artículo 19 de la Convención Americana-, adoptando siempre el principio rector denominado el "interés superior del niño", el cual se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los/as niños/as y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En ningún caso se separará a un/a niño/a con diversidad funcional mental de sus padres, a fin de que sean institucionalizados, en razón de la diversidad funcional mental del menor, salvo que sea una razón apremiante relacionada con su integridad personal. Por ello, debe ser excepcional y temporal.

15. Se ha empezado a debatir la posibilidad de prohibir, sin excepción alguna, la institucionalización de estas personas sin su voluntad. Se parte de la idea de que es posible lograr la finalidad de esta detención (reintegración en la comunidad y en la vida familiar, y la protección de la persona, así como de la sociedad) mediante un tratamiento dentro de la comunidad. A través de un tratamiento en la comunidad, es posible que estas personas tengan la posibilidad de interactuar con las demás personas, siempre con personas especializadas en salud mental que le permitan poder desarrollarse y adquirir una autonomía más verdadera.

## Bibliografía

### I. DOCTRINA

#### 1. Libros y artículos

ABRAMOVICH, Víctor. Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales. En: Anuario de derechos humanos. Chile. 2006.

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Buenos Aires: Estudios del Puerto. 2006.

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

AL ABOUDI, Adnan. "What the UN Can Do for the Disabled". En: UN Chronicle. Sep. 2005.

ALSTON, Philip. "People's rights: Their rise and fall". En: People's rights. New York: Oxford University Press. 2002.

ALSTON, Philip y Henry STEINER. International human Rights context. Law politics morals. New York. Oxford University Press. 2000.

ARESCHOU, Judith. "Parenthood and Intellectual Disability: Discourses on Birth Control and Parents with Intellectual Disabilities 1967–2003". En: Scandinavian Journal of Disability Research. Sep. 2005.

ARMSTRONG, Leonie. "The Reality of Rights: People with an Intellectual Disability and the Criminal Justice System". En: Australian Journal of Human Rights. Vol. 3, nº 2. 1997.

BADLEY, Elizabeth y otros. "Impairment, disability, and the ICIDH (International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps) Model. II: The nature of the underlying condition and patterns of impairment". En: International Rehabilitation Medicine. 1987.

BARBERIS, Julio. Formación del Derecho Internacional. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma. 1990.

BARIFFI, Francisco y Agustina PALACIOS. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid: Ediciones Cinca. 2007.

BARRANCO, María del Carmen, Isabel GARRIDO y Juan GUILLÓ. El derecho del niño a vivir en su propia familia. Madrid: Exlibris Editores. 2007.

BERNARD, Brigitte. Manual de Introducción al Derecho. Maracaibo: Instituto de Filosofía del Derecho Delgado Ocando. 1991.

BERMÚDEZ, Joselyn y Yosua QUINTERO. "La declaración de los derechos indígenas: Un soft law moralmente obligatorio en el ordenamiento jurídico venezolano". En: Revista de Derecho. Universidad del Norte, Colombia. Vol. 28. 2007.

BICKENBACH, Jerome E. "Minority Rights of Universal Participation: the Politics of Disablement". En: Disability, Divers-Ability and Legal Change. The Hague – Boston - London: Martinus Nijhoff Publishers. 1999.

BICKENBACH, Jerome y otros. "Models of disablement, universalism and the international classification of impairments, disabilities and handicaps". En: Social Science and Medicine. May. 1999.

BLOCH, Anne-Christine. "Minorities and indigenous peoples". En: Economic, social and cultural rights. The Hague: Kluwer Law International. 2001.

BRODY, Simeon. "Attitudes and practice set to change after UN agrees rights convention". En: Community Care. Reino Unido. 7 de setiembre de 2006. En: <http://www.communitycare.co.uk/Articles/2006/09/07/55663/Attitudes-and-practice-set-to-changeafter-UN-agrees-rights.htm>

BUERGENTHAL, Thomas y otros. Manual internacional de derechos humanos. Caracas, San José: IIDH. Edición jurídica venezolana. 1990.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, BARIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas. Madrid: Ramón Areces. 2007.

CANCADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 2006.

CANCADO TRINDADE, Antonio. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Evolución, estado actual y perspectivas". En: Derecho internacional y derechos humanos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2005.

CARDONA LLORÉNS, Jorge y Amparo SANJOSÉ GIL. "La promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad: en el camino de su reconocimiento universal". En: Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos. México D.F.: Editorial Porrúa México. 2005.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo. Madrid: Tecnos. 2001.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos". En: Estudios en homenaje al Profesor Manuel Diez de Velazco. Madrid: Tecnos. 1993.

CHINKIN, Christine M. "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law". En: Journal of International and Comparative Law. 1989.

CLAPHAM, Andrew. Human Rights obligations of non-state actors. New York. Oxford University Press. 2006.

CLARO, Magdalena y Viviana SEOANE. Acción Afirmativa: Hacia Democracias Inclusivas. Fundación. Santiago de Chile: Equitas. 2005.

DE ASÍS, Rafael y otros. La Accesibilidad Universal en el Derecho. En: Cuadernos Bartolomé de las Casas. Nº 42. Madrid: Dykinson, 2007.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental. Informe Defensorial Nº 102. Lima: Serie Informes Defensoriales. 2005.

DEGENER, T., Definition of Disability. EU Network of Legal Experts on Disability Discrimination Law, 2004. En:

[http://www.europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/aneval/disabdef.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/disabdef.pdf)

DHIR, Aaron. "Human Rights Treaty Drafting through the Lens of Mental Disability: The Proposed International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities". En: Stanford Journal of International Law. 2005.

DI ROBILANT, Anna. "Genealogies of Soft Law". En: The American Journal of Comparative Law. Summer 2006.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésima segunda edición. 2010.

DRINAN, Robert F. "World law aims to protect persons with disabilities". En: National Catholic Reporter. 3 de noviembre de 2006.

DULITZKY, Ariel. "Pobreza y Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares". En: Revista IIDH. San José: IIDH. 2009.

EDITORS. "Hearings launched on court fairness for persons with disabilities". En: Human Rights: Journal of the Section of Individual Rights and Responsibilities. Vol. 22. 1995. En: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&lang=es&site=ehost-live>

EGEA GARCÍA, Carlos y Alicia SARABIA SÁNCHEZ. Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad. En: <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/art/ClasificacionesOMSDiscapacidad.pdf>

ESPEJO, Nicolás. Libertad individual e integridad personal. Escuela de Judicatura. República Dominicana. 2009. En: <http://www.slideshare.net/enjportal/enj3200-libertad-individual-e-integridad-personal>

GARCÍA LLERENA, Viviana. El mayor interés en la esfera personal del incapaz. La Coruña: Paideia. 2002.

GUTIÉRREZ ESPADA, C. Derecho Internacional Público. Madrid: Trotta. 1995

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José: IIDH. 1999,

FAVA, Ricardo y otros. Informe de Avance de la Investigación sobre Revisión de estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias. Buenos Aires: OIM. 2007.

FELLNER, Jamie. "Beyond Reason: Executing Persons with Mental Retardation". En: Human Rights. Journal of the Section of Individual Rights & Responsibilities. Summer 2001.

GARCÍA SAYÁN, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos". En: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005.

GARGIULO, Richard. "Homeless and disabled: rights, responsibilities, and recommendations for serving young children with special needs". En: Early Childhood Education Journal. Apr. 2006.

GARLAND, R. The eye of the beholder. Deformity and Disability in the Graeco-Roman world, London: Duckworth. 1995.

GLUCK MEZEY, Susan y otros. "The Americans with Disabilities Act in Federal Court: litigating against public entities". En: Disability and society. Vol. 17, nº 1. London: Carfax Publishing. 2002.

GODHAR, J. En: "The Sterilization of Women with an Intellectual Disability". En: University of Tasmania Law Review. 1991

GOSTIN, Lawrence. "International Human Rights Law and Mental Disability". En: Hastings Center Report, Mar. 2004.

GOYAL, O.P. Understanding and scouting with physically handicapped. Delhi: Chawla Offset Press. 2005.

HANNUM, Hurst. "The concept and definition of minorities". En: Universal Minority Rights. New York: Oxford University Press. 2007.

JAMES, Grace. "An Unquiet Mind in the Workplace: Mental Illness and the Disability Discrimination Act 1995". En: Legal Studies. The Journal of the Society of Legal Scholars. Londres. 2004.

JIMENEZ, Heidi y Javier VÁSQUEZ. "El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas". En: Revista Panamericana de Salud Pública. 2001.

JOLLS, Christine. "Antidiscrimination and Accommodation". En: Harvard Law School Review. 2001.

JONES, Melinda y Lee Ann BASSER. "Beyond the Convention on the Right of the Child: The right of children with disabilities in international law". En: International Journal of Children's Rights. Apr. 1997.

JONES, Melinda. y otros. "The Dynamic Developmental Model of Emerging Rights in Children". En: International Journal of Children's Rights. 1994.

KLABBERS, Jan. "The Redundancy of Soft Law". En: Nordic Journal [of](#) International Law. 1998.

KENNETT, Steven A. "Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment". En: Alberta Law Review. Vol. 31. 1993.

HENDRIKS, Aart. "UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities". En: European Journal of Health Law. Nov. 2007.

IGLESIAS, Elizabeth. Derechos Humanos y Salud Mental en el Uruguay. Mental Disability Rights International. Washington: American University. 1995.

INCLUSION EUROPE. Inclusion of people with severe and profound intellectual disability. UK, 2003.

KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Barcelona: Ed. Paidós, 1996.

LAWSON, Anna. "People with Psychosocial Impairments or Conditions, Reasonable Accommodation and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities." In: Law in Context. Dec. 2008.

LEE, Yanghee. "Expanding human rights to persons with disabilities: laying the groundwork for a twenty-first century movement". En: Pacific Rim Law & Policy Journal. Jan. 2009.

LEWIS, Oliver. "Protecting the Rights of People with Mental Disabilities: The European Convention on Human Rights". En: European Journal of Health Law. Dec. 2002, nº 4.

LINDBLOM, Charles. El proceso de elaboración de políticas públicas. Madrid: MAP, 1991.

LORD, Janet y Michael STEIN. "The domestic incorporation of human rights law and the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities". En: Washington Law Review. Nov. 2008

MATILDE, Leonardi y otros. "The definition of disability: what is in a name". En: The Lancet. Vol. 368, Nº 9543. 2006.

MÉGRET, Frédéric. "The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights". En: International Journal of Human Rights. Summer 2008.

MEDINA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. 2005.

MIDDLETON, Renee A., Carolyn W. ROLLINS y Debra A. HARLEY. "The historical and political context of the civil rights of persons with disabilities: A Multicultural Perspective for Counselors". En: Journal of Multicultural Counseling & Development. Apr. 1999.

MURPHY, Jhon. "Recent books on International Law". En: American Journal of International Law. Oct. 2008.

NAMIHAS, Sandra (coordinadora). Derecho internacional de los refugiados. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

NIKKEN, Pedro. La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo. Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1987.

O'DONNELL, Daniel. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Tecnos. 1996.

PALACIOS, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Ediciones CINCA, 2008.

PARKER, Stephen. "The Best Interests of the Child – Principles and Problems". En: International Journal of Law, Policy and the Family. Oxford University Press. 1994.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Hemisferio (Unidroit)". En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. 1992.

PARRY, Jhon. Criminal mental health and disability law, evidence and testimony. Chicago: American Bar Association. 2009.

PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 1999.

PERLIN, Michael L. "Through the wild cathedral evening: barriers, attitudes, participatory democracy, professor tenbroek, and the rights of persons with mental disabilities". En: Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights. 2008.

ROBLES, María Paz. Discapacidad informativa. En: Comunicación y pobreza. 22 de abril de 2008. En: [http://www.comunicacionypobreza.cl/noticias\\_desplegadas.php?id=90&tipo=4](http://www.comunicacionypobreza.cl/noticias_desplegadas.php?id=90&tipo=4)

ROMANACH, Javier y Manuel LOBATO. "Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano". En: Foro de Vida Independiente. Mayo de 2005. En: [http://www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/pdf/diversidad\\_funcional.pdf](http://www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/pdf/diversidad_funcional.pdf)

ROSENTHAL, Norman y Leonard RUBENSTEIN. "International human rights advocacy under the Principles for the Protection of Persons with Mental Illness". En: International Journal of Law and Psychiatry. Vol. 16, 1993.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. "La Respuesta de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a las Diversas Formas de Impunidad en casos Graves de Violaciones de Derechos Humanos". En: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005.

SALMÓN, Elizabeth. "El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos". SUR – Revista internacional de Derechos Humanos, año 4, número 7. Sao Paulo: Red Universitaria de Derechos Humanos. 2007.

SALMÓN, Elizabeth y Erick ACUÑA. En búsqueda de una real protección internacional de los pueblos indígenas y sus derechos de propiedad intelectual. La importancia de defender lo diferente. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año V, junio de 2009.

SANJOSÉ GIL, Amparo. El primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI: La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En: <http://sid.usal.es/idos/F8/ART10638/sanjosegil.pdf>

SCHACHTER, Oscar. "The Twilight Existence of Non-binding International Agreements". En: American Journal of International Law. Nº 71. 1977

SCHÄFER, Armin. "Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law". En: New Modes of Governance: Soft Law. Colonia: Max Planck Institute for the Study Of Societies. April 2005.

SCHEERENBERGER, R. C. Historia del retraso mental. San Sebastián. Servicio Internacional de Información sobre Subnormales. 1984.

SCHEID, T.L. "Compliance with the ADA and Employment of Those with Mental Disabilities". En: Employment, Disability and the Americans with Disabilities Act. Northwestern University Press. 2000, pp. 146–173.

SENDEN, Linda. Soft Law in European Community Law. Oxford/Oregon: Hart Publishing. 2004.

SILVERS, Anita. "Rights are still right: The case for disability rights". En: Hastings Center Report. Nov. 2004.

STEIN, Michael Ashley. "Disability Human Rights". En: California Law Review. Nº 1, 2007.

THOMAS, Carol. Female Forms. Experiencing and understanding disability (Disability, Human Rights and Society). Philadelphia: Open University Press. 1999.

VALERA RESTREPO, H. Derecho Internacional Público. La Paz: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana. 2003.

VAUGHAN LOWE, Alan. International Law. New York: Oxford University Press. 2007

VENTURA, Manuel. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad". En: Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho. San José, Costa Rica. 10 de agosto de 2005. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaM Ventura.doc>

WADDINGTON, Lisa y Aart HENDRIKS. "The expanding concept of employment. Discrimination in Europe: From direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination". En: International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations. 2002.

WARD, Tony y Claire STEWART. "Putting human rights into practice with people with an intellectual disability". En: Journal of Developmental and Physical Disabilities. Jun. 2008.

WELLER, Marc (editor). Universal minority rights. Oxford University Press. 2007.

YANGHEE, Lee. "Expanding human rights to persons with disabilities: laying the groundwork for a twenty-first century movement". En: Pacific Rim Law & Policy Journal. Jan. 2009.

## 2. Documentos

## 2.1. Naciones Unidas

ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. 2006. En: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>

ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Ginebra: Naciones Unidas. 2007.

ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos. Nueva York: Naciones Unidas. 2010.

Creación de Comité *ad hoc*. Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Resolución A/RES/56/168. Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 19 de diciembre de 2001.

Comité *ad hoc*. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Octava Sesión. 14-25 de diciembre de 2006. Documento: Definition of disability in selected national legislation.

Comité *ad hoc*. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexta sesión. 2 de agosto de 2005. Intervención de la ONG International Disability Cacucus.

Comité *ad hoc*. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. International Disability and Development Consortium. Reflection Paper. 5th Session.

Comité *ad hoc*. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Updated contribution on the draft text of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. Quinta sesión. 24 de enero a 4 de febrero de 2005.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Comunicado de prensa. 26 de febrero de 2010. En: <http://spainun.org/binarydata/files/rightsofpersonswithdisabilities.pdf>

Desarrollo sin Pobreza. II Conferencia Regional sobre la Pobreza en América Latina y el Caribe Proyecto Regional para la Superación de la Pobreza. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Quito, 20 a 23 de noviembre de 1990.

DESPOUY, Leando. Relator Especial. Prevención de la discriminación y protección de las minorías. Study Series Human Rights and Disabled Persons. Naciones Unidas. 1993.

[Etude sur les droits de l'homme et l'invalidité](#). Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos. En: <http://www2.ohchr.org/french/issues/disability/index.htm>

Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Consejo de Derechos Humanos. Resolución E/CN.4/2005/51. 11 de febrero de 2005.

Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial Ad-Hoc. Documento A/AC.265/2004/WG.1. 27 de enero de 2004. Anexo I.

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad. Resolución A/HRC/4/75. 17 de enero de 2007.

Informe sobre desarrollo humano: La cooperación internacional ante una encrucijada. Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. 2005.

Koichiro Matsuura, director general de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con motivo del Día Internacional de los Pueblos Indígenas. 9 de agosto de 2007. En: [http://portal.unesco.org/science/es/ev.php-URL\\_ID%3D5568&URL\\_DO%3DDO\\_TOPIC&URL\\_SECTION%3D201.html](http://portal.unesco.org/science/es/ev.php-URL_ID%3D5568&URL_DO%3DDO_TOPIC&URL_SECTION%3D201.html)

Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Naciones Unidas. Enable. En: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=495>

Objetivos del Milenio. Adoptado por la Asamblea General. 55° Período de sesiones. 2000.

Some Facts about Persons with Disabilities. United Nations. En: <http://www.un.org/disabilities/convention/pdfs/factsheet.pdf>

Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Principles, Guidelines and Guarantees for the Protection of Persons Detained on Grounds of Mental Health or Suffering from Mental Disorder. Naciones Unidas. Consejo Económico y social. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/17

## **2.2. Organización de Estados Americanos – Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

OEA. Departamento de programas jurídicos especiales. Sección: Personas con discapacidad.

Véase: [http://www.oas.org/dil/esp/personas\\_con\\_discapacidad\\_comite.htm](http://www.oas.org/dil/esp/personas_con_discapacidad_comite.htm)

CIDH. Recomendación de la CIDH sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental. Informe Anual 2000. Capítulo VI.

CIDH. Informe sobre Guatemala. 2001.

CIDH. Comunicado de prensa. Nº 59/08. "CIDH publica observaciones preliminares sobre visita a Jamaica". 5 de diciembre de 2008.

CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Doc. OEA/Ser.L/V/II.116. 22 octubre 2002.

CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106. 28 de febrero de 2000

CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio. 16 de abril de 2001

### **2.3. Organización Mundial de la Salud – Organización Panamericana de la Salud**

Towards a common language for functioning, disability and health. Documento WHO/EIP/CAS/01.3. Ginebra, 2002.

Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud. Resolución WHA 54.21. Asamblea Mundial de la Salud. Aprobada: 22 de mayo de 2001.

OMS. The World Health Report 2001. Mental Health: New Understanding, New Hope. Geneva: World Health Organization.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Draft WHO: Manual on Mental Health Legislation. Geneva: World Health Organization, 2003. En: [www.who.int/mental\\_health/policy/legislation/humanrights/en](http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/humanrights/en)

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Diagnóstico sobre el estado de los derechos humanos de las personas con enfermedad mental en países de Centro América. Informe Final. Tegucigalpa, Julio 1998.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Temas de Salud. Salud Mental. En: <http://www.who.int/features/qa/62/es/index.html>

#### 2.4. Otros

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Bulgaria: Maltrato y detención arbitraria de personas con discapacidad mental. 9 de diciembre de 2002. En : <http://www.amnesty.org/fr/library/info/EUR15/010/2002/es>

CEJIL. Comunicado: Gobierno paraguayo firma acuerdo histórico sobre sistema de salud mental. 1 de marzo de 2005. En: <http://cejil.org/comunicados/gobierno-paraguayo-firma-acuerdo-historico-sobre-sistema-de-salud-mental>

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Expulsión de extranjeros. Memorando de la Secretaría. 58° período de sesiones. Ginebra. 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006.

COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIOS SOBRE DISCAPACIDAD. Congreso de la República del Perú. Exclusión Laboral, Discriminación Social. Por una Sociedad para Todos. 2003.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 102. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental. Lima: 2005.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 140. Salud mental y derechos humanos: Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables. Lima: Defensoría del Pueblo. 2009.

IGLESIA CATÓLICA. “Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia”. En: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html)

MENTAL DISABILITY ADVOCACY PROGRAM. “Reforming Mental Health and Disability: Policy & Practice.” 23-25 Jan. Budapest, Hungría. 2003. En: [http://www.soros.org/initiatives/health/events/mental\\_20030123/agenda\\_20030123.pdf](http://www.soros.org/initiatives/health/events/mental_20030123/agenda_20030123.pdf).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. Derecho internacional sobre migración. En: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/international-migration-law/lang/es>

UNION EUROPEA. Directiva 2000/78/EC. 27 de noviembre de 2000.

## II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

### 1. Naciones Unidas

Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 10 de diciembre de 1948.

Declaración sobre el progreso y desarrollo social. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2542 (XXIV). Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 11 de diciembre de 1969.

Declaración de los derechos del retrasado mental. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2856 (XXVI). Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 20 de diciembre de 1971.

Declaración de los derechos de los impedidos. Resolución 3447 (XXX). Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 9 de diciembre de 1975.

Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud. Resolución 46/119. Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 17 de noviembre de 1991.

Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Resolución 46/96. Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 20 de diciembre de 1993.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Resolución 2200 A (XXI). Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada: 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Resolución 2200 A (XXI).  
Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada: 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor:  
3 de enero de 1976.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las  
Naciones Unidas. Resolución A/RES/61/106. Adoptada: 13 de diciembre de 2006. Entrada en  
vigor: 3 de mayo de 2008.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.  
Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptado: 13 de diciembre de 2006. Entrada en vigor:  
3 de mayo de 2008.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Resolución A/CONF.39/27. Asamblea  
General de las Naciones Unidas. Adoptada: 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor: 27 de enero de  
1980.

Declaración de sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas,  
religiosas y lingüísticas. Resolución 47/135. Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada:  
18 de diciembre de 1992.

Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer. Conferencia Mundial  
para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer:  
Igualdad, Desarrollo y Paz. Adoptada: 26 de julio de 1985

Declaración y Programa de Acción de Viena. Resolución A/CONF.157/23. Asamblea General de  
las Naciones Unidas. Aprobada: 12 de julio de 2003.

Declaración - Conferencia internacional sobre población y el desarrollo. Auspiciado por las Naciones Unidas. El Cairo. 5 al 13 de setiembre de 1994.

Declaración de Copenhague. Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Copenhague. Naciones Unidas. 6 al 12 de marzo de 1995.

Declaración y Plataforma de acción de Beijing. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Naciones Unidas. División para el Adelanto de la Mujer. 4 al 15 de setiembre de 1995.

Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación o derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Aprobada: 28 de agosto de 1984.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Resolución 45/158. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada: 18 de diciembre de 1990. Entrada en vigor: 1 de julio de 2003.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Aprobada: Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

## **2. Organización de Estados Americanos**

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia. 2 de mayo de 1948.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Pacto de San Salvador). Adoptado: 17 de noviembre de 1988. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999.

Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano. AG/RES. 1249 (XXIII-O/93). Asamblea General de la OEA. Aprobada: 11 de junio de 1993.

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Resolución AG/RES. 1608 (XXIX-O/99). Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Adoptada: 7 de junio de 1999. Entrada en vigor: 14 de setiembre de 2001.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. CIDH. Resolución 1/08. Aprobada: 13 de marzo de 2008.

Reglamento de la CIDH. Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Aprobada 4–6 de marzo de 2008.

### **3. Consejo de Europa**

Convención europea sobre derechos humanos. Adoptada : 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor (revisado de conformidad con el Protocolo nº 11): 1 de noviembre de 1998 .

Recomendación nº (92)-6. Consejo de Europa. Comité de Ministros. 47º Reunión de Ministros. Aprobada: 9 de abril de 1992.

Recomendación n° (2006)-5. Consejo de Europa. Comité de Ministros. 91º Reunión de Ministros.

Aprobada: 5 de abril de 2006.

#### **4. Otros**

##### **4.1. Organización Internacional del Trabajo**

Convenio 159. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.

Adoptado: 22 de junio de 1983.

Recomendación 168. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.

Adoptada: 20 de junio de 1983

##### **4.2. Organización Mundial de la Salud – Organización Panamericana de la Salud**

Declaración de Montreal. Conferencia de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Adoptada: 6 de octubre del 2004.

### **III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

#### **1. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos**

##### **1.1. Comité de derechos humanos**

###### **- Dictámenes**

Ballantyne y otros Vs. Canada. Comuniación n° 359/1989. 31 de marzo de 1993.

Santacana Vs. España. Comunicación n° 514/1992. 15 de julio de 1994

Errol Simms Vs. Jamaica. Comunicación nº 541/1993. 3 de abril de 1995.

Fei Vs. Colombia. Comunicación Nº 514/1992. 4 de abril de 1995.

Francis Vs. Jamaica. Comunicación nº 606/1994, 25 de julio de 1995.

Joseph Frank Adam Vs. República checa. Comunicación nº 586. 25 de julio de 1996.

A. Vs. Australia. Comunicación nº 560/1993. 30 de abril de 1997.

A. Vs. Nueva Zelanda. Comunicación nº 754/1997. 15 de julio de 1999. Voto particular de los miembros del Comité Fausto Pocar y Martin Scheinin.

Jalloh Vs. Países Bajos. Comunicación nº 794/1998. 26 de marzo de 2002.

L.P. Vs. República Checa. Comunicación Nº 946/2000. 19 de agosto de 2002.

C. Vs. Australia. Comunicación Nº 900/1999. 13 de noviembre de 2002.

Aliev Vs. Ucrania. Comunicación nº 781/1997. 7 de agosto de 2003.

Bakhtiyari y otros Vs. Australia. Comunicación nº 1069/2002. 29 de octubre de 2003.

Benjamin Ngambi y Marie-Louise Nébol Vs. Francia. Comunicación nº 1179/2003. 16 de julio de 2004.

Madafferi Vs. Italia. Comunicación Nº 1011/2001. 26 de agosto de 2004.

Bozena Fijalkowska Vs. Polonia. Comunicación nº 1061/2002. 4 de agosto de 2005.

Danyal Shafiq Vs. Australia. Comunicación nº 1324/2004. 13 de noviembre de 2006.

Tamara Chikunova Vs. Uzbekistán. Comunicación Nº 1043/2002. 3 de mayo de 2007.

Natalya Tcholatch Vs. Canadá. Comunicación Nº 1052/2002. 3 de mayo de 2007.

Shams y otros Vs. Australia. Comunicaciones nº 1255, 1256, 1259, 1260, 1266, 1268, 1270 y 1288/2004. 11 de septiembre de 2007.

Pham Vs. Canadá. Comunicación nº 1534/2006. 22 de julio de 2008.

#### - **Observaciones generales**

Observación General nº 8. Derecho a la libertad y a la seguridad personales. 1982.

Observación General nº 13: Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley. 13 de abril de 1984.

Observación General nº 16. Artículo 17. Derecho a la intimidad. 1988.

Observación General nº. 19: Artículo 23. La familia. 1999.

Observación general nº 20: Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7). 10 de marzo de 1992.

Observación general nº 21. Trato humano de las personas privadas de su libertad. 1992.

Observación general nº 23. Derechos de las minorías. 1994.

### **1.2. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial**

Observación General nº 28 relativa a la discriminación de romaníes. 24 de marzo de 2000.

### **1.3. Comité de los derechos del niño**

Observación general nº 2. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. 2002

Observación general nº 9. Los derechos de los niños con discapacidad., 27 de febrero de 2007

### **1.4. Comité contra eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.**

Observación general nº 24. Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: La mujer y la salud. 1999

### **1.5. Comité de derechos económicos, sociales y culturales.**

Observación general nº 5. Las personas con discapacidad. 1994

Observación general nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). 2000.

## **2. Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos**

### **2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Neumeister Vs. Austria. Solicitud 1936/63. Sentencia: 27 de junio de 1968.

Stogmuller Vs. Austria. Solicitud 1602/62. Sentencia: 19 de noviembre de 1969.

Irlanda Vs. Reino Unido. Sentencia 5310/71. 18 de enero de 1978.

Tyrer Vs. Reino Unido. Sentencia 5856/72. 25 de abril de 1978.

TEDH. Winterwerp Vs. Holanda. Solicitud 6301/73. Sentencia: 24 de octubre de 1979

Guzzardi Vs. Italia. Sentencia 7367/76. 6 de noviembre de 1980.

Brogan y otros Vs. Reino Unido. Solicitud 11209/84. Sentencia: 29 de noviembre de 1988.

Luberti Vs. Italia. Sentencia 9019/80. 23 de febrero de 1984.

Bouamar Vs. Bélgica. Solicitud 9106/80. Sentencia: 29 de febrero de 1988

Van der Leer Vs. Países Bajos. Solicitud 11509/85. Sentencia: 21 de febrero de 1990.

Fox, Campbell y Hartly Vs. Reino Unido. Sentencia 12244/86. 30 de agosto de 1990.

Moustaquim Vs. Bélgica. Sentencia 12313/86. 18 de febrero de 1991.

Herczegfalvy Vs. Austria. Solicitud 10533/83. Sentencia: 24 de setiembre de 1992.

Hadjianstassiou Vs. Grecia. Solicitud 12945/87. Sentencia: 16 de diciembre de 1992.

Niemietz Vs. Alemania. Solicitud 13710/88. Sentencia: 16 de diciembre de 1992.

Quinn Vs. Francia. Solicitud 18580/91. Sentencia: 22 de marzo de 1995.

Jhon Murray Vs. Reino Unido. Solicitud 18731/91. Sentencia: 8 de febrero de 1996.

Boughamemi Vs. Francia. Sentencia 22070/93. 24 de abril de 1996.

Johansen Vs. Noruega. Solicitud 17383/90. Sentencia: 7 de agosto de 1996.

Ahmed v. Austria. Sentencia 25964/94. 17 de diciembre de 1996.

Bouchelkia Vs. Francia. Sentencia 23078/93. 29 de enero de 1997.

H.L.R. v. Francia. Sentencia 24573/94 29 de abril de 1997.

Bronda Vs. Italia. Solicitud 22430/93. Sentencia: 9 de junio de 1998.

Musial Vs. Polonia. Solicitud 24557/94. Sentencia: 25 de marzo de 1999.

Pélissier y Sassi Vs. Francia. Solicitud 25444/94. Sentencia: 25 de marzo de 1999.

Humen Vs. Polonia. Solicitud 26614/95. Sentencia: 15 de octubre de 1999.

Niedbala Vs. Polonia. Solicitud 27915/95. Sentencia: 4 de julio de 2000.

Elsholz Vs. Alemania. Solicitud 25735/94. Sentencia: 13 de julio de 2000.

Varnanov Vs. Bulgaria. Sentencia 31365/96. 5 de octubre de 2000.

Kawka Vs. Polonia. Sentencia 25874/94. 9 de enero de 2001.

Price Vs. Reino Unido. Solicitud 33394/96. Sentencia: 10 de julio de 2001.

T. y K. Vs. Finlandia. Solicitud 25702/94. Sentencia: 12 de julio de 2001.

Iwanczuk v. Polonia. Solicitud 25196/94. Sentencia: 15 de noviembre de 2001.

Buchberger Vs. Austria. Solicitud 32899/96. Sentencia: 20 de noviembre de 2001.

Willis Vs. Reino Unido. Sentencia 36042/97. 11 de julio de 2002.

Suominen v. Finlandia. Solicitud 37801/97. Sentencia: 1 de julio de 2003.

Hénaf Vs. Francia. Solicitud 65436/01. Sentencia: 27 de noviembre de 2003.

D.M. Vs. Polonia. Solicitud 13557/02. Sentencia: 14 de octubre de 2003.

Kolanis Vs. Reino Unido. Solicitud 517/02. Sentencia: 21 de junio de 2005.

C.G. y otros Vs. Bulgaria. Solicitud 1365/07. Sentencia: 24 de abril de 2008.

## 2.2. Comisión Europea de Derechos Humanos

Comisión Europea de Derechos Humanos. X vs. v. United Kingdom. Solicitud. 6840/74. Decisión: 12 de mayo de 1977.

## 3. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

### 3.1.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### - Casos Contenciosos

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.

Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Caso Las Palmeras. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90. Voto Razonado del Juez Barberis.

Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97.

Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.

Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202

Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

#### - Opiniones Consultivas

"Otros Tratados". Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

#### **- Medidas provisionales**

Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del Perú. Caso Loayza Tamayo. Resolución del 2 de julio de 1996.

### **3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Eduardo Capote Rodríguez Vs. Cuba. Resolución nº 3/87. Caso 6091. 8 de marzo de 1982.

Jorge A. Giménez Vs. Argentina. Informe nº 12/96. Caso 11.245. 1 de marzo de 1996.

X. e Y. Vs. Argentina. Informe nº 38/96. Caso 10.506. 15 de octubre de 1996.

Jorge Luis Bronstein y otros Vs. Argentina. Informe nº 2/97. Caso 11.205. 11 de marzo de 1997.

Juan Carlos Abella Vs. Argentina. Informe nº 55/97. Caso 11.137. 18 de noviembre de 1997.

Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Informe Nº 29/99. Caso No. 11.427. 9 de marzo de 1999.

Whitley Dixon Vs. Jamaica. Informe nº 28/99. Caso 11.884. 9 de marzo de 1999.

Coard y otros Vs. Estados Unidos. Informe Nº 109-99. Caso 10.951. 29 de septiembre de 1999.

Ramón Martínez Villareal Vs. Estados Unidos. Informe nº 52/02. Caso 11.753. 4 de diciembre de 2000.

María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala. Informe nº 4/01. Caso 11.625. 19 de enero de 2001.

Rafael Ferrer-Mazorra y otros Vs. Estados Unidos. Informe Nº 51-01. Petición 99/03. 4 de abril de 2001.

Damion Thomas Vs. Jamaica. Informe nº 50/01. Caso 12.069. 4 de abril de 2001.

Abdur Rahman Vs. Estados Unidos. Medidas cautelares. 7 de marzo de 2002.

Paul Laillon Vs. Grenada. Informe nº 55/02. Caso 11.765. 21 de octubre de 2002.

Elías Gattas Vs. Ecuador. Informe nº 09/05. Petición 1-03. 23 de febrero de 2005.

Luis Rolando Cuscul y otros Vs. Guatemala. Informe 32/05. Petición 642-03. 7 de marzo de 2005.

Javier Suárez Medina Vs. Estados Unidos. Informe nº 91/05. Caso 12.421. 24 de octubre de 2005.

Peter Anthony Byrne Vs. Panamá. Informe nº 104/06. Petición 4593-02. 21 de octubre de 2006.

Caso Nicaragua Vs. Costa Rica. . Informe Nº 11/07. Petición 01/06. 8 de marzo de 2007.

Luis Astorga y otros Vs. Costa Rica. Informe Nº 63/07. Petición 625-01. 27 de julio de 2007

Marcela Alejandra Porco Vs. Bolivia. Informe Nº 8/08. Caso 11.426. 4 de marzo de 2008.

Caso Neuropsiquiátrico Vs. Paraguay. Medidas Cautelares. 28 de diciembre de 2008.

Jorge Odir Miranda Cortez y otros Vs. El Salvador. Informe 27/09. Caso 12.249. 20 de marzo de 2009.

Rubén Darío Arroyave Gallego Vs. Colombia. Informe Nº 69/09. Petición 1385-06. 5 de agosto de 2009.

Wellington Geovanny Peñafiel Parraga Vs. Ecuador. Informe Nº 73/09. Petición 4392-02. 5 de agosto de 2009.

Jorge, José y Dante Peirano Basso Vs. Uruguay. Informe nº 35/07. Caso 12.553, 6 de agosto de 2009.

#### **4. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**

Amnistía Internacional Vs. Zambia. Comunicación nº 212/98. Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999

#### **IV. NORMAS DE ESTADOS**

Australia. Migration Law. 501A.

Costa Rica. Ley 7600. Promulgada el 18 de abril de 1996

Estados Unidos. American with disabilities Act. 1990.

España. Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 2 de diciembre de 2003.

Filipinas. Magna Carta for Disabled Persons 1991.

Guatemala. Decreto 135-96 : "Ley de Atención a las Personas con Discapacidad".

Perú. Ley General de Discapacidad Nº 27050. Promulgada el 15 de diciembre de 1998.

Perú. Código Civil. Decreto Legislativo Nº 925. Promulgado el 24 de julio de 1984. Entrada en vigor: 14 de noviembre de 1984.

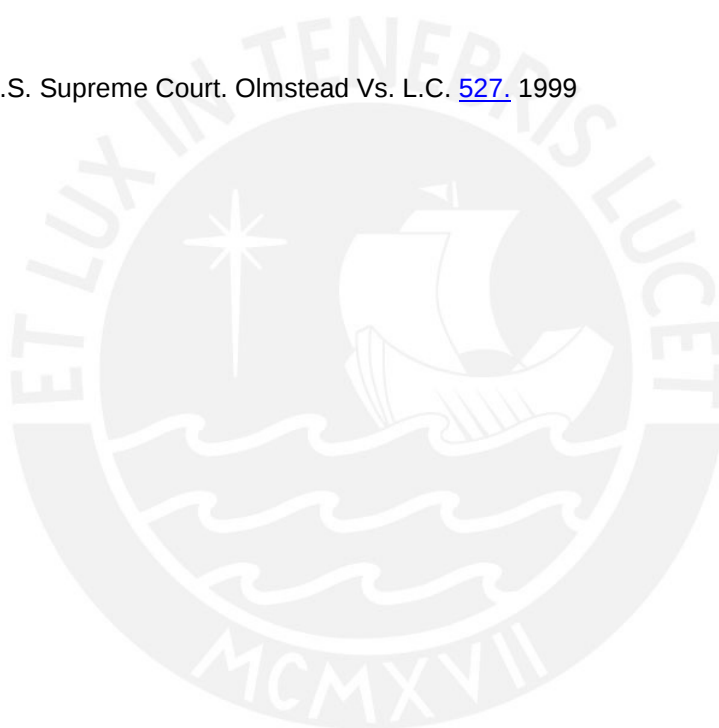
Zimbabwe. Disabled Persons Act. 1992.

## V. JURISPRUDENCIA DE ORDENAMIENTOS INTERNOS

Canadá. Supreme Court. Quebec (Commission de droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montreal. 3 de mayo de 2000.

Perú. Tribunal Constitucional. Caso Carlos Guerrero Quiróz. Expediente 1234-2008-PC. 18 de agosto de 2009.

Estados Unidos. U.S. Supreme Court. Olmstead Vs. L.C. [527](#). 1999



## Agradecimientos

No quería concluir esta tesis sin agradecer a algunas personas que me han apoyado a lo largo de todo de este proceso. En primer lugar, gracias a mis padres por ser un ejemplo de esfuerzo y dedicación constante, por permitirme creer que es posible alcanzar muchas cosas si uno se lo propone. También quiero agradecer a Elizabeth Salmón, profesora/asesora de tesis/jefa/amiga y un largo etcétera. Gracias por los miles de consejos, enseñanzas y, en general, por la confianza depositada en mí. También quiero agradecer a mi mejor amiga, Cristina Blanco, por su apoyo incondicional durante todo este proceso (es más, desde que entramos a la facultad). Puma, gracias por todo (¡arriba PUQUI PERÚ!).

No la quiero hacer muy larga. Gracias a toda mi familia por estar cuando los necesitaba y a mis amigos que les fascina el Derecho internacional y a los que no también (si pongo nombres, me van a odiar si los obvio; total, ustedes saben quiénes son... sí, ¡tu!) por su aliento y muestras de apoyo para finalizar esta investigación. Finalmente, gracias a todos/as en la Facultad de Derecho (Víctor Saco, Walter Albán, Gattas Abugattas, y demás profesores/as internacionalistas), a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a mi segunda casa, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP -Idehpucp- por ser mi centro operaciones durante dos años.