

v. 8 • n. 14 • jun. 2011
Semestral

Edición en Español

Mauricio Albarracín Caballero

Corte Constitucional y Movimientos Sociales: El Reconocimiento Judicial de los Derechos de las Parejas del Mismo Sexo en Colombia

Daniel Vázquez y Domitille Delaplace

Políticas Públicas con Perspectiva de Derechos Humanos: Un Campo en Construcción

J. Paul Martin

La Educación en Derechos Humanos en Comunidades en Proceso de Recuperación de Grandes Crisis Sociales: Lecciones para Haití

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Luis Fernando Astorga Gatjens

Análisis del Artículo 33 de la Convención de la ONU: La Importancia Crucial de la Aplicación y el Monitoreo Nacionales

Letícia de Campos Velho Martel

Ajuste Razonable: Un Nuevo Concepto desde la Óptica de una Gramática Constitucional Inclusiva

Marta Schaaf

La Negociación de la Sexualidad en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Tobias Pieter van Reenen y Hélène Combrinck

La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en África: Progresos Después de Cinco Años

Stella C. Reicher

Diversidad Humana y Asimetrías: Una Relectura del Contrato Social desde el Punto de Vista de las Capacidades

Peter Lucas

La Puerta Abierta: Cinco Películas Fundacionales que Dieron Vida a la Representación de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad

Luis Gallegos Chiriboga

Entrevista con Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002-2005) del Comité *Ad Hoc* que Elaboró la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad



CONECTAS
DERECHOS HUMANOS
10 AÑOS

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns Universidad de Pretoria (Sudáfrica)
Emilio García Méndez Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Fifi Benaboud Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)
Fiona Macaulay Universidad de Bradford (Reino Unido)
Flavia Piovesan Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)
J. Paul Martin Universidad de Columbia (Estados Unidos)
Kwame Karikari Universidad de Ghana (Ghana)
Mustapha Kamel Al-Sayyed Universidad de El Cairo (Egipto)
Richard Pierre Claude (*en memoria*) Universidad de Maryland (Estados Unidos)
Roberto Garretón Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)
Upendra Baxi Universidad de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic
Oscar Vilhena Vieira

COMITÉ EJECUTIVO

Albertina de Oliveira Costa
Juana Kweitel
Glenda Mezarobba
Thiago Amparo
Lucia Nader

EDICIÓN

Renato Barreto
Tânia Rodrigues
Luz González

REVISIÓN DE LAS TRADUCCIONES

Carolina Fairstein (Español)
Marcela Vieira (Portugués)
The Bernard and Audre Rapoport
Center for Human Rights and Justice,
University of Texas, Austin (Inglés)

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

DISTRIBUCIÓN

Luz González

IMPRESIÓN

Prol Editora Gráfica Ltda

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro Universidad de Columbia (Estados Unidos)
Bernardo Sorj Universidad Federal de Rio de Janeiro/ Centro Edelstein (Brasil)
Bertrand Badie Sciences-Po (Francia)
Cosmas Gitta Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)
Daniel Mato Universidad Central de Venezuela (Venezuela)
Daniela Ikawa Public Interest Law Institute (Estados Unidos)
Ellen Chapnick Universidad de Columbia (Estados Unidos)
Ernesto Garzon Valdés Universidad de Mainz (Alemania)
Fateh Azzam Representante Regional, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Líbano)
Guy Haarscher Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)
Jeremy Sarkin Universidad de Western Cape (Sudáfrica)
João Batista Costa Saraiva Tribunal Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)
José Reinaldo de Lima Lopes Universidad de São Paulo (Brasil)
Juan Amaya Castro Universidad para la Paz (Costa Rica)
Lucia Dammert FLACSO (Chile)
Luigi Ferrajoli Universidad de Roma (Italia)
Luiz Eduardo Wanderley Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)
Malak Poppovic Conectas Derechos Humanos (Brasil)
Maria Filomena Gregori Universidad de Campinas (Brasil)
Maria Hermínia Tavares de Almeida Universidad de São Paulo (Brasil)
Miguel Cillero Universidad Diego Portales (Chile)
Mudar Kassis Universidad Birzeit (Palestina)
Paul Chevigny Universidad de Nueva York (Estados Unidos)
Philip Alston Universidad de Nueva York (Estados Unidos)
Roberto Cuéllar M. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)
Roger Raupp Rios Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)
Shepard Forman Universidad de Nueva York (Estados Unidos)
Víctor Abramovich Universidad de Buenos Aires (UBA)
Víctor Topanou Universidad Nacional de Benin (Benin)
Vinodh Jaichand Centro Irlandés de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Conectas Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.revistasur.org>.

SUR está indexada en: IBSS (International Bibliography of the Social Sciences); DOAJ (Directory of Open Access Journals); Scielo y SSRN (Social Science Research Network). Se encuentra disponible además en las bases de datos comerciales: EBSCO y HEINonline. SUR ha sido calificada A1 (Colombia) y A2 (Qualis, Brasil).

SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004 - .

Semestral

ISSN 1806-6445

Edições em Inglês, Português e Espanhol.

1. Direitos Humanos 2. ONU I. Rede Universitária de Direitos Humanos

CONTENIDOS

MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO	7	Corte Constitucional y Movimientos Sociales: El Reconocimiento Judicial de los Derechos de las Parejas del Mismo Sexo en Colombia
DANIEL VÁZQUEZ Y DOMITILLE DELAPLACE	35	Políticas Públicas con Perspectiva de Derechos Humanos: Un Campo en Construcción
J. PAUL MARTIN	67	La Educación en Derechos Humanos en Comunidades en Proceso de Recuperación de Grandes Crisis Sociales: Lecciones para Haití
DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD		
LUIS FERNANDO ASTORGA GATJENS	75	Análisis del Artículo 33 de la Convención de la ONU: La Importancia Crucial de la Aplicación y el Monitoreo Nacionales
LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL	89	Ajuste Razonable: Un Nuevo Concepto desde la Óptica de una Gramática Constitucional Inclusiva
MARTA SCHAAF	117	La Negociación de la Sexualidad en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
TOBIAS PIETER VAN REENEN Y HELÉNE COMBRINCK	139	La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en África: Progresos Después de Cinco Años
STELLA C. REICHER	175	Diversidad Humana y Asimetrías: Una Relectura del Contrato Social desde el Punto de Vista de las Capacidades
PETER LUCAS	189	La Puerta Abierta: Cinco Películas Fundacionales que Dieron Vida a la Representación de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad
LUIS GALLEGOS CHIRIBOGA	211	Entrevista con Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002- 2005) del Comité <i>Ad Hoc</i> que Elaboró la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

PRESENTACIÓN



Es un placer para nosotros presentar el décimo cuarto número de la Revista Sur, que se centra en los derechos de las personas con discapacidad. El objetivo de esta edición es promover un amplio debate de los efectos de la adopción de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, y evaluar las consecuencias que tiene esta evolución en la normativa sobre los sistemas nacionales y regionales del Sur Global.

La selección final de artículos presenta un enfoque diverso de los derechos de las personas con discapacidad, tanto en términos de la representación regional como del alcance temático. El artículo de apertura del dossier, titulado **Análisis del Artículo 33 de la Convención de la ONU: La Importancia Crucial de la Aplicación y el Monitoreo Nacionales**, de Luis Fernando Astorga Gattjens, se ocupa del papel que desempeñan los Estados Partes y las organizaciones de la sociedad civil, especialmente las organizaciones de personas con discapacidad (OPcD), en la aplicación y el monitoreo del cumplimiento de la convención conforme al artículo 33 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Desde el punto de vista del derecho comparado, Letícia de Campos Velho Martel analiza en **Ajuste Razonable: Un Nuevo Concepto desde la Óptica de una Gramática Constitucional Inclusiva** la incorporación de la convención al marco legal de Brasil.

Respecto a los derechos relacionados con la sexualidad, Marta Schaaf, en su artículo

titulado **La Negociación de la Sexualidad en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, ofrece un análisis crítico de la dinámica del poder y el discurso relacionada con la sexualidad de las personas con discapacidad, señalando el silencio persistente sobre el tema incluso con posterioridad a la adopción de la Convención.

En **La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en África: Progresos Después de Cinco Años**, Tobias Pieter y Heléne Combrinck presentan un análisis del efecto que podría tener la Convención sobre el marco normativo regional africano de derechos humanos y sobre la aplicación de los derechos relacionados con las personas con discapacidad en algunos sistemas legales nacionales (Sudáfrica, Etiopía, Uganda y Tanzania).

Sobre la base de un análisis crítico de las teorías de la justicia, en **Diversidad Humana y Asimetrías: Una Relectura del Contrato Social desde el Punto de Vista de las Capacidades**, Stella C. Reicher hace una evaluación crítica de la participación política de las personas con discapacidad, la inclusión y la diversidad en las sociedades contemporáneas.

En **La Puerta Abierta: Cinco Películas Fundacionales que Dieron Vida a la Representación de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad**, Peter Lucas presenta una clara descripción de cinco películas emblemáticas relacionadas con los derechos de las personas con discapacidad y sugiere un enfoque original del papel que desempeñan los directores de

cine al emplear estrategias poéticas para representar la discapacidad, fusionando el arte y la voluntad política para romper el silencio y promover el cambio.

Cerrando este dossier, también incluimos, en forma exclusiva, una **Entrevista con Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002-2005) del Comité Ad Hoc que Elaboró la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. La entrevista fue realizada por Regina Atalla, Presidenta de la Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias (RIADIS).

Más allá de nuestros artículos temáticos, este número también incluye un artículo titulado **Corte Constitucional y Movimientos Sociales: El Reconocimiento Judicial de los Derechos de las Parejas del Mismo Sexo en Colombia**, en el que Mauricio Albarracín Caballero analiza cómo la movilización en defensa de los derechos por parte de los movimientos sociales influyó en el enfoque que adoptó la Corte Constitucional de Colombia frente a este tema.

Daniel Vázquez y Domitille Delaplace, en **Políticas Públicas con Perspectiva de Derechos Humanos: Un Campo en Construcción**, presentan una mirada crítica sobre cómo usar las herramientas de la llamada “Nueva Gestión Pública” a fin de incluir los derechos humanos en las políticas públicas, refiriéndose particularmente a la experiencia de México.

El artículo de J. Paul Martin, **La Educación en Derechos Humanos en Comunidades en Proceso de Recuperación de Grandes Crisis Sociales: Lecciones para Haití**,

analiza la situación en ese país después del terremoto de 2009 y explica los principales desafíos que enfrenta la educación sobre los derechos humanos en una situación posterior a un conflicto y de reconstrucción nacional.

Los conceptos emitidos en los artículos son de absoluta y exclusiva responsabilidad de sus autores.

Nos gustaría agradecer a los expertos que corrigieron los artículos de este número. Asimismo, agradecemos especialmente a Diana Samarasan y Regina Atalla por su participación en la solicitud y en la selección de los artículos relacionados con los derechos de las personas con discapacidad para esta edición. Además, nos gustaría destacar nuestro agradecimiento a Matheus Hernandez, que colaboró en la elaboración de esta edición en el primer semestre de 2011.

Es un placer para la Revista Sur informar que la tabla de contenidos de esta edición especial de derechos de personas con discapacidad fue, también, impresa en braille incluyendo el link de nuestra página web.

Excepcionalmente, este número, correspondiente a junio de 2011, fue publicado en el segundo semestre de 2011.

Por último, será de interés para los lectores saber que el próximo número de la Revista Sur tratará sobre la implementación en el ámbito nacional de las decisiones de los sistemas de derechos humanos regionales e internacionales, y el papel de la sociedad civil en el acompañamiento de tal proceso.

Los editores



MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO

Mauricio Albarracín Caballero es abogado y filósofo de la Universidad Industrial de Santander. Master en Derecho de la Universidad de los Andes y estudiante del Doctorado en Derecho de la misma Universidad. Miembro del Comité Legal de Colombia Diversa y activista por los derechos de la población de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas. www.malbarracin.com

Email: malbarracin@gmail.com

RESUMEN

En este artículo se reconstruye el proceso de movilización llevado a cabo por la organización Colombia Diversa, con el fin de lograr el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en la Corte Constitucional de Colombia. En particular se identifican tres elementos que contribuyeron a este cambio legal. En primer término, la reformulación de las reclamaciones en un marco de derechos constitucionales; en segundo término, la existencia de una organización activista que aglutinó un número importante de recursos y el uso de un repertorio particular de protesta; en tercer término, la creación de una estructura de oportunidades políticas generada por la existencia de una Corte progresista, un Congreso poco democrático, y la presencia de una opinión pública favorable a las reclamaciones de los activistas. Estos tres elementos permitieron que los activistas pudieran canalizar sus reclamaciones de derechos en una decisión judicial progresista. En general, se argumenta a favor de dos tesis que están íntimamente vinculadas: la primera es la evidencia de la centralidad del discurso sobre los derechos en el activismo político colombiano; la segunda es el protagonismo del activismo político en la definición de los derechos constitucionales al interior de la Corte.

Original en Español.

Recibido en marzo de 2011. Aceptado en mayo de 2011.

PALABRAS CLAVE

Colombia – Corte Constitucional – Derechos parejas del mismo sexo – Movimientos sociales – Cambio social – Homosexualidad



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

CORTE CONSTITUCIONAL Y MOVIMIENTOS SOCIALES: EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA¹

Mauricio Albarracín Caballero

1 Introducción

El 23 de diciembre de 2009, el Gobierno Colombiano decretó una “emergencia social” (estado de excepción) con la finalidad de hacer frente a la crisis financiera del sistema de salud. El conjunto de medidas decretadas generaron una fuerte movilización social de pacientes, médicos, estudiantes, partidos políticos, medios de comunicación y la ciudadanía en general. Todos ellos, incluso el Gobierno Nacional, hablaban con un lenguaje común: “el derecho a la salud”. Durante las protestas dos imágenes llamaron poderosamente mi atención. La primera era una pancarta sostenida por dos paciente que decía: “TUTELA:² GRACIAS A TI ESTAMOS VIVOS”, la otra imagen estaba reproducida por miles en un volante que se distribuyó en el centro de Bogotá durante las protestas, el cartel decía: “la salud no es un favor, es un derecho”.³ En ambos casos los ciudadanos atribuían a una acción judicial o a un derecho constitucional un importante significado en sus vidas y un lenguaje común para canalizar su inconformidad.

El uso del lenguaje de los derechos en la movilización social no es exclusivo de Colombia, ni de los países del sur global. También existe un importante uso del lenguaje de los derechos en los países del norte, por ejemplo el movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos o casos recientes como la campaña “*Right to Work*” llevada a cabo por los sindicatos del Reino Unido para protestar contra los recortes en el presupuesto público del Gobierno de David Cameron.⁴

Por otra parte el uso del lenguaje de los derechos no es un fenómeno exclusivo de movimientos progresistas, así por ejemplo, los movimientos conservadores que trabajan contra la libertad de la mujer de realizar un aborto, usan un lenguaje basado en el derecho a la vida, o quienes se oponen al derecho

Ver las notas del texto a partir de la página 31.

a la adopción por parte de las parejas del mismo sexo articulan sus argumentos en torno a los derechos de los niños a tener un padre y una madre.

En Colombia durante la última década gran parte de las manifestaciones políticas y movilizaciones sociales han estado mediadas por el lenguaje de los derechos, y además un gran número de estas disputas han girado en torno a la institución judicial más prestigiosa y visible para los ciudadanos en la actualidad: la Corte Constitucional. Este fenómeno puede atribuirse a la Constitución de 1991 la cual proporciona una amplia carta de derechos fundamentales y sociales, así como la creación de mecanismos concretos y rápidos para su reclamación ante los jueces.

No obstante, sabemos muy poco de este fenómeno que podría llamarse la *constitucionalización de los movimientos sociales*,⁵ recogiendo la expresión de Esteban Restrepo de *constitucionalización de la vida cotidiana* (RESTREPO, 2002). La *constitucionalización de los movimientos sociales* se caracteriza por un uso creciente, masivo y expansivo del lenguaje de los derechos y de las instituciones judiciales por parte de los ciudadanos, organizaciones de derechos humanos, los movimientos sociales, organizaciones comunitarias, etc. Ciudadanos organizados y no organizados “acuden a la Corte con mucha esperanza”⁶ para reclamar sus necesidades o acabar con las inequidades.

De hecho en las últimas dos décadas la Corte Constitucional de Colombia ha producido un gran número de decisiones judiciales, entre las cuales se encuentra el reconocimiento de la gran mayoría de los derechos de las parejas del mismo sexo. Este artículo analiza el proceso llevado a cabo por la organización Colombia Diversa para el reconocimiento judicial de los derechos de estas parejas. Este análisis se hace a partir de algunos elementos de la teoría de los movimientos sociales, tales como, los marcos de movilización, la estructura de las oportunidades políticas y los recursos para la movilización (TARROW, 2004; McADAM; McCARTHY; ZALD, 1999).

A lo largo de este artículo se identifican los elementos que llevaron al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. El primer elemento es la reformulación de las reclamaciones en un marco de derechos constitucionales, un ejemplo de ello es la frase acuñada por los activistas: “iguales derechos para todas las parejas”; en relación con el marco de la movilización los activistas también optaron por una reclamación moderada sin incluir en el debate el reconocimiento de la adopción o el matrimonio. El segundo elemento analizado es la existencia de una organización activista – Colombia Diversa – que aglutinó un número importante de recursos, tales como alianzas académicas, redes progresistas, activistas de élite, activistas de base, etc. También se destaca el uso de un repertorio de protesta legal, política y mediática que comprendió un amplio número de acciones, por ejemplo, demandas de inconstitucionalidad, intervenciones ciudadanas, proyectos de ley, estudios económicos, cartas y comunicaciones a las autoridades, comerciales de televisión, etc.; el tercer elemento, es la existencia de una estructura de oportunidades políticas creada a partir de varios elementos del contexto nacional, entre los que se desatacan la existencia de una Corte Constitucional progresista, un Congreso altamente ineficiente y corrupto, y la existencia de una opinión pública favorable a las reclamaciones de los activistas.

Este análisis permite argumentar a favor de dos tesis que están íntimamente vinculadas: la primera es la evidencia de la centralidad del discurso sobre los derechos

en el activismo político; la segunda es el protagonismo del activismo político en la definición de los derechos constitucionales al interior de la Corte. Estas dos ideas buscan mostrar el impacto de la movilización social sobre las decisiones progresistas de la Corte Constitucional y reflexionar sobre la relación entre acción política y reforma legal.

Este trabajo está dividido en cuatro secciones. En la primera sección se hace una justificación sobre la realización de este tipo de trabajos y se presenta brevemente la metodología de investigación. A continuación, en la segunda sección se presentan algunos elementos teóricos que se usan para la comprensión del caso estudiado, en particular la integración de las teorías sobre los movimientos sociales para explicar los cambios y estrategias legales. Seguidamente, en la tercera sección se realiza la descripción del proceso que llevó al reconocimiento de los derechos de parejas el mismo sexo y se analizan los elementos de este proceso en particular los marcos de movilización, los recursos usados por los activistas y la estructura de las oportunidades políticas. Finalmente, en la cuarta sección se presentan las conclusiones.

2 Activismo y producción de conocimiento

Usualmente se hacen estudios jurídicos sobre los derechos constitucionales intentando explicar su dogmática, su estructura, fundamentación y otros elementos relevantes para la decisión de cuestiones judiciales y legislativas. Estos estudios son fundamentales para el entendimiento técnico del derecho constitucional y de los derechos humanos; no obstante, este tipo de investigaciones solo nos proporcionan una parte del fenómeno; en esta clase de indagaciones sólo se puede ver la letra impresa de la cuestión constitucional pero esa clase de trabajos no logran capturar las fuerzas sociales que anteceden, rodean y dan sentido social a las palabras que profiere el juez constitucional. Una mirada completa sobre el fenómeno legal requiere investigar los *derechos en movimiento*, teniendo en cuenta que el derecho es ante todo un fenómeno social y político, y no simplemente un conjunto de reglas, instituciones y procedimientos.

Por otra parte este artículo busca visibilizar a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT), quienes han tenido poca participación en la formación de conocimiento social y jurídico. Por esta razón este estudio busca dar voz a quienes no la tienen o han tenido poca, en palabras de Charles Ragin: “este enfoque de investigación social afirma que cada grupo de la sociedad tiene una “historia que contar”” (RAGIN, 2007). En esta investigación quienes han luchado por el cambio legal y social toman la palabra para hablar por su propia voz de aquello que vieron e hicieron. El hecho de ser un abogado gay abiertamente “fuera del closet” y además haber participado como activista y abogado de Colombia Diversa en estos procesos de reconocimiento legal me da un lugar privilegiado para acceder a mucha información, así como para analizar el fenómeno. Sin duda este mismo lugar no deja de ser problemático para una mirada tradicional sobre la relación entre sujeto y producción de conocimiento.

De hecho desarrollar un trabajo académico desde adentro de un movimiento social puede ser acusado de ser parcial y sesgado. Varios de mis colegas me han realizado comentarios serios sobre mi rol en esta investigación y mi participación simultánea en muchos de estos procesos. Este cuestionamiento es fascinante debido a que plantea una dicotomía entre el sujeto y el objeto de investigación, y hace

preguntas sobre la reflexividad y la objetividad en el trabajo de investigación en las ciencias sociales. También es relevante porque evidencia una discusión sobre el papel de los activistas en la producción del conocimiento y la relación de académicos con el cambio social. Esto último nos ayuda a ver las diversas transformaciones y lugares que ocupan tanto los activistas como los académicos en la acción política y en la producción de conocimiento.

A pesar de las críticas, es indispensable que los activistas y abogados que participan de procesos de cambio social presenten sus puntos de vista y realicen trabajos colaborativos de investigación sobre los procesos de los cuales han sido testigos o partícipes. Por esta razón este trabajo está hecho “desde adentro” y busca que se valoren esta clase de miradas. Realizar este tipo de trabajos tiene beneficios muy importantes tanto para el avance del conocimiento jurídico como para los propios individuos que participan en esta labor.

El primer beneficio es la posibilidad de tener acceso a cierta clase de información y reflexiones que serían difíciles de lograr por otros medios. El historiador Eric Hobsbawn, ha señalado los beneficios que tiene para el estudio y conocimiento de la historia escribir como un observador participante (HOBSBAWN, 2003). Por su parte Julieta Lemaitre recuerda que existe una tradición de estos estudios, en particular el trabajo de Patricia Williams y Susan Estrich, y argumenta que “como estos hay toda una generación de textos en los estudios legales que utilizan la primera persona para criticar el derecho y analizar su impacto sobre las vidas cotidianas, partiendo en muchos casos de sus propias vidas, y extendiéndose en otros a las vidas íntimas de individuos y comunidades vulnerables” (LEMAITRE, 2009, p. 163).

El segundo beneficio es la escritura por los propios protagonistas y la participación de los ciudadanos en la construcción del conocimiento. En otras palabras, realizar una democratización de la producción de ideas de la cual también participen los activistas y los propios ciudadanos. Este beneficio está vinculado con la conservación de la memoria colectiva de los cambios legales y sociales.

La anterior aproximación al fenómeno también estuvo acompañada de una metodología más tradicional en relación con la investigación en ciencias sociales. Este estudio se hizo bajo una metodología de investigación colaborativa con la organización Colombia Diversa en el período comprendido entre el mes de septiembre de 2009 y octubre de 2010 y con la financiación del proyecto *Otros Saberes* de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA). La información se recogió a través de entrevistas a los protagonistas de estas acciones, la revisión de prensa, radio y televisión (2006-2010) y la reconstrucción del proceso judicial en la Corte Constitucional.

3 Teoría de los movimientos sociales y la movilización en torno al derecho

Stuart Sheingold en su trabajo *The Politics of Rights* reconoció que a pesar de que los tribunales eran generalmente conservadores y tenían limitaciones para implementar las decisiones que proferían, los derechos podrían ser una importante herramienta política. Este autor considera que es posible capitalizar las percepciones asociadas a los derechos para lograr diversos beneficios políticos (SHEINGOLD,

1974). Así las cosas, el autor considera que el litigio basado en derechos tiene tres efectos favorables para el cambio social: activar a los ciudadanos, organizarlos en grupos efectivos, y realinear a las fuerzas políticas. La conexión de este tipo de efectos con la acción social nos lleva a considerar análisis desarrollados por académicos interesados en los movimientos sociales.

Por esta razón para realizar el análisis de la movilización llevada a cabo por la organización Colombia Diversa, en este artículo se tendrá en cuenta el trabajo de Sidney Tarrow sobre los movimientos sociales, que comprende el estudio de las oportunidades políticas, los recursos de movilización y los marcos de significado (TARROW, 2004). Este autor desarrolla lo que se ha llamado la *teoría síntesis de los movimientos sociales*, la cual se caracteriza por integrar las diversas perspectivas del debate en la literatura sobre los movimientos sociales.

Según Tarrow, los movimientos sociales deben tener un objetivo común, tal y como se recoge del análisis marxista sobre el capitalismo, pero esta sola característica no basta. Los movimientos sociales explotan recursos externos para lograr sus objetivos, incluso movimientos con pocos recursos pueden ser exitosos si logran articular para su objetivo las diversas oportunidades externas. Para este autor, el elemento más importante de la movilización es la estructura de las oportunidades políticas, la cual se caracteriza por los recursos externos al grupo y generados en el entorno político, a juicio del autor: “los movimientos sociales se forman cuando ciudadanos corrientes, a veces animados por líderes, responden a cambios en las oportunidades políticas que reducen los costos de la acción colectiva, descubren aliados potenciales y muestran en qué son vulnerables las elites y las autoridades” (TARROW, 2004). Los cambios más importantes de las oportunidades políticas son la apertura del acceso al poder, los cambios gubernamentales, la disponibilidad de aliados influyentes y las divisiones entre las élites.

Otro elemento estructural de esta teoría se relaciona con los recursos para la movilización, los cuales están conformadas por dos elementos, el repertorio de movilización y las estructuras de movilización. En todas las sociedades existen convenciones aprendidas sobre la movilización social, lo que llama Tarrow una memoria de la acción colectiva o repertorios de movilización, los cuales se convierten en formas habituales de interacción. Estas rutinas de movilización pueden ser acciones tales como marchas, huelgas, peticiones, etc. Estos repertorios son adaptados, inventados y combinados por los líderes de los movimientos y su protagonismo depende del contexto y de las decisiones tácticas de cada grupo de ciudadanos. No obstante, estos repertorios deben mantener una interacción en el tiempo para ser movimientos en estricto sentido, de lo contrario serán campañas aisladas con poco impacto en los cambios sociales. En general los movimientos sólo tienen éxito cuando están bien organizados y realizan una acción mantenida en el tiempo. En relación con las estructuras de movilización las más destacadas son las redes sociales, las cuales pueden ser redes de amigos, grupos de interés y organizaciones del movimiento. Las redes sociales preexistentes reducen los costos sociales de la movilización y mantienen la acción colectiva, incluso después del entusiasmo inicial de la acción.

Finalmente, en relación con los marcos de movilización, estos se refieren a los presupuestos ideológicos compartidos, los cuales impulsan a las personas a la acción colectiva. Los movimientos sociales deben “enmarcar” sus reivindicaciones a partir de bagajes ideológicos, marcos cognitivos y discursos culturales. Por esta razón, los medios de comunicación son los usados para difundir estas reivindicaciones enmarcadas y movilizar a los seguidores (McADAM; McCARTHY; ZALD, 1999).

Para el análisis del caso del reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo se tendrán en cuenta estos elementos los cuales son útiles para ver en detalle las distintas características de la acción legal y social de la organización Colombia Diversa. Por otra parte para los efectos de este artículo se asumirá un concepto amplio de movimientos sociales, el cual ha sido planteado por el investigador colombiano Mauricio Archila: “acciones sociales colectivas permanentes, orientadas a enfrentar condiciones de desigualdad, exclusión o injusticias y que tienden a ser propositivas en contextos espacio-temporales determinados” (ARCHILA, 2008).

En el contexto colombiano se han desarrollado trabajos en los cuales se estudian las relaciones entre los movimientos sociales y la Corte Constitucional. Por ejemplo, el libro de Isabel Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso sobre el proceso de despenalización parcial del aborto (JARAMILLO; ALFONSO, 2008), la investigación de César Rodríguez y Diana Rodríguez sobre la sentencia T-025 de 2004 y el proceso de judicialización del fenómeno del desplazamiento forzado (RODRÍGUEZ; RODRÍGUEZ, 2010), el trabajo de Julieta Lemaitre sobre violencia, derecho y movimientos sociales (LEMAITRE, 2009) y el trabajo de Rodrigo Uprimny y Mauricio García sobre Corte Constitucional y emancipación social (UPRIMNY; GARCÍA, 2004). En todos ellos se ha buscado analizar la participación y los significados que tienen los actores sociales y la Corte Constitucional en la definición política del derecho constitucional.

Teniendo en cuenta los elementos teóricos reseñados previamente, considero que los movimientos sociales pueden tener un papel protagónico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Las decisiones de la Corte no se toman al margen de los contextos culturales y políticos en los cuales se producen las sentencias, por el contrario los factores y circunstancias externas moldean y participan de la creación de las decisiones progresistas o conservadoras. En particular este estudio intenta mostrar cómo se producen “decisiones progresistas” con la participación de actores sociales que ponen en marcha un repertorio legal, en medio de unas particulares oportunidades políticas y que han usado el lenguaje del derecho constitucional como un marco cognitivo de movilización. Este desplazamiento de la mirada ayuda a comprender las variaciones temáticas y temporales de una Corte, así como entender cómo se producen las decisiones judiciales en concreto. Cuando se afirma que existe una “Corte progresista” pareciera que la sociedad no tiene participación en las decisiones que toma el alto tribunal, lo cual es alejado de la realidad.

Si bien los jueces progresistas participan de estas decisiones no son los únicos actores que participan del cambio legal, ni del cambio social. Por otra parte se intenta demostrar que las “decisiones progresistas” generadas con la participación de los movimientos sociales, generan a su vez lo que han llamado Charles Tilly, un ciclo de protesta, es decir, un momento histórico en el cual los movimientos inician amplias luchas y en los cuales se involucran varias reclamaciones sociales,

diversos actores en un período de tiempo considerable (TILLY, 2004). Considero que estas decisiones judiciales han creado un ciclo de protesta legal del movimiento LGBT para el pleno reconocimiento de sus derechos. Como intento mostrar la participación en un litigio constitucional crea a su vez nuevas redes sociales, nuevas oportunidades políticas y transforma el marco de movilización con lo cual se fortalece y mantiene la acción política.

4 Anatomía del cambio legal: el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo

4.1 La Corte protectora

El 1 de septiembre de 1998 a las 8:30 de la mañana, la Corte Constitucional decidió escuchar en audiencia pública a expertos, organizaciones de homosexuales, agremiaciones relacionadas con la educación, y autoridades públicas sobre una demanda de inconstitucionalidad contra una norma que sancionaba el “homosexualismo” como falta disciplinaria de los profesores.

El periódico el Tiempo tituló: “maestros gay se defienden en audiencia pública”. Así reportó este diario el suceso:

Con la cara tapada con una máscara negra, una profesora lesbiana se presentó ayer ante la Corte Constitucional para defender su derecho a enseñar y no sufrir represalias por sus preferencias sexuales. Cubro mi rostro por el temor a ser sancionada por mi orientación sexual y por la discriminación de que puedo ser objeto por parte de la comunidad educativa, dijo al iniciar su intervención. Como ella, un grupo de homosexuales se pronunció ayer con todo tipo de argumentos psicológicos, jurídicos, antropológicos y frases de personajes históricos como Mahatma Gandhi y Winston Churchill, contra la norma del Estatuto Docente que considera el homosexualismo como una causal de mala conducta. Señores magistrados: estoy seguro de que a ustedes les gustaría que personajes como Sócrates, Oscar Wilde, Leonardo Davinci o Martina Navratilova fueran los profesores de sus hijos en temas tan diversos como filosofía, literatura, arte o deportes. Pues bien, todos ellos eran homosexuales, aseguró uno de los representantes de las organizaciones gay.

(EL TIEMPO, 1998).

La audiencia fue significativa porque la Corte Constitucional de Colombia abrió un camino importante al darle voz a quienes sufrían discriminación y violencia. La Corte Constitucional resolvió esa demanda de inconstitucionalidad en la sentencia C-481 de 1998, y acogió los planteamientos del demandante, declarando que establecer el homosexualismo como causal de mala conducta vulneraba los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la opción sexual, y afirmó que “[n]ormas como la acusada derivan [...] de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país” (COLOMBIA, 1998b).

Este pronunciamiento es la hoja de ruta de la defensa de la libre opción sexual y la lucha contra la discriminación por orientación sexual. Varias razones

sustentan este planteamiento. En primer lugar, en esta decisión la Corte determinó que la orientación sexual debe tener protección constitucional sin importar su origen biológico o su carácter aprendido o basado en una decisión personal. Por esta razón la Corte consideró que la orientación sexual tiene una doble protección constitucional, tanto por el derecho a la igualdad y no discriminación relacionada con el sexo, como por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En su decisión recogió de forma completa y muy ilustrada la literatura científica sobre la homosexualidad, con lo que tomó implícitamente una vieja idea del Comité Científico Humanitario (*Wissenschaftlich-Humanitäre Komitee*) liderado por el científico alemán Magnus Hirschfeld: *Per scientiam ad justitiam* (¡Por medio de la ciencia hacia la justicia!), que consistía en usar los conocimientos científicos en su tarea por la despenalización de la homosexualidad en Alemania del siglo XIX (HIRSCHFELD 2007). En segundo lugar, en esta decisión se incorpora el derecho internacional en el debate colombiano sobre la protección legal de la orientación sexual, especialmente a través del uso de la decisión *Toonen contra Australia* del Comité de Derechos Humanos. En tercer lugar, la Corte reconoce explícitamente que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación y por tanto que toda distinción basada en la orientación sexual deberá someterse a un escrutinio constitucional estricto.

Esta sentencia también dejó planteados los diversos ejes de los debates posteriores que se darían al interior de la Corte sobre los derechos de la población LGBT, especialmente, la discusión sobre el tipo de protección constitucional que debe ser dado a las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género, y el tipo de escrutinio que debe ser realizado cuando se presenten eventuales controversias sobre discriminación a esta población.

Durante los últimos diez años el movimiento LGBT colombiano ha crecido exponencialmente en varias dimensiones: territorial, temática, especialización y capacidad de incidencia. En relación con la dimensión territorial es importante anotar que casi todas las ciudades capitales de departamento del país consolidaron grupos locales que de hecho han formado mesas y redes locales en las cuales planean actividades y realizan actividades de incidencia política local y nacional.

En relación con los procesos de incidencia local se destacan los casos de Cali, Medellín, y Bogotá, y muchas otras iniciativas locales que cada día se multiplican especialmente en ciudades intermedias. Junto con una mayor organización, también existe mayor movilización local a través de acciones de incidencia o mediante actividades culturales y políticas, tales como las marchas del orgullo o la ciudadanía LGBT. Las causas trabajadas por las organizaciones son muy variadas, entre las que se destacan grupos de derechos humanos, grupos políticos, organizaciones de base, y que asociaciones culturales (SERRANO, 2010).

En materia de litigio ha sido fundamental el trabajo del abogado Germán Humberto Rincón Perfetti quien ha sido el representante de importantes casos revisados por la Corte Constitucional (Sentencias C-481 de 1998, T-725 de 2004, T-152 de 2007, COLOMBIA, 1998b, 2004e, 2007b) y de una decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entre otros casos. Su trabajo como jurista lo ha combinado hábilmente como un líder del movimiento LGBT. También se

destacan los activistas que han presentado acciones de tutela ante vulneraciones de derechos como es el caso de Edgar Robles contra la Asociación Scout de Colombia (Sentencia T-808 de 2003, COLOMBIA, 2003b) y Juan Pablo Noguera contra la Policía de la ciudad de Santa Marta (Sentencia T-301 de 2004, COLOMBIA, 2004b).

En otros casos se han realizado alianzas con abogadas del movimiento feminista, quienes han acompañado casos como el de Martha Lucía Álvarez quien reclamaba el derecho a la visita íntima con su compañera cuando se encontraba recluida en la cárcel (Sentencia T-499 de 2003, COLOMBIA, 2003a). También organizaciones LGBT locales como El Otro en Medellín y Provida en Cúcuta han promovido acciones de tutela contra el abuso policial que sufren las travestis en sus respectivas ciudades.

La institución pública más comprometida en acciones judiciales ha sido la Defensoría del Pueblo, a través de sus defensorías regionales quienes han asesorado y han sido representantes de varios casos de vulneración de derechos. No sobra recordar que muchos casos son impulsados por ciudadanos a los cuales sus derechos están siendo vulnerados y que buscan con esperanza remedios judiciales efectivos. Su labor en la consolidación del precedente es fundamental aun cuando no son activistas articulados a organizaciones, pero su acción es valerosa y muy útil para la reclamación de derechos.

Este accionar de diversos activistas, ciudadanos e instituciones ha creado una tradición de defensa de los derechos y de lucha contra la discriminación y la homofobia, especialmente a través de la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes y la acción de tutela para la protección inmediata de los derechos fundamentales. Como respuesta a estas reclamaciones la Corte Constitucional ha producido un conjunto de decisiones judiciales que reconocen los derechos a la libre opción sexual y el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en distintos campos tales como el derecho a la educación –en relación con los profesores (COLOMBIA, 1998c) y los estudiantes (COLOMBIA, 1998b, 2002c) homosexuales –, el derecho a pertenecer a las Fuerzas Armadas Militares (COLOMBIA, 1994, 1999a), la no discriminación para acceder a cargos públicos (COLOMBIA, 2002b), no discriminación laboral por parte de particulares (COLOMBIA, 2007b), el derecho a recibir visita íntima de la pareja homosexual en las cárceles (COLOMBIA, 2003a), libertad sexual de personas homosexuales recluidas en las cárceles (COLOMBIA, 2004g), respeto por parte de autoridades penitenciarias a la diversidad sexual y su manifestación pública (COLOMBIA, 2005b, 2006d), el derecho al uso del espacio público (COLOMBIA, 2004b).

Según esta jurisprudencia las personas homosexuales son un grupo tradicionalmente excluido y socialmente vulnerable,⁷ razón por la cual se ha considerado que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación, y siempre que una ley o conducta signifique una diferenciación relacionada con la orientación sexual deberá realizarse un test estricto de igualdad. Ha dicho la Corte que *“todo trato diferente fundamentado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto”* (COLOMBIA, 1998c).

A pesar de esta importante protección individual, la Corte Constitucional en un primer momento de su jurisprudencia se negó al reconocimiento de los

derechos de las parejas del mismo sexo (Sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, COLOMBIA, 1996a, 2001d, 2001f). La Corte Constitucional determinó en aquel momento que los homosexuales no pueden ser discriminados en ninguna esfera mientras se solicite protección individual pero una vez que se solicita la protección de derechos de la pareja esta es negada. Lo más sorprendente es la coincidencia de estos discursos judiciales, con el discurso de la Iglesia Católica, la cual afirma que hay que amar al homosexual como hijo de Dios pero hay que aborrecer el pecado, es decir, los actos homosexuales. Estos discursos suponen una diferencia entre el “ser” y el “hacer”. El “ser” debe ser respetado y el “hacer” puede ser restringido o anulado.

4.2 La aspiración legislativa y la creación de Colombia Diversa

El cierre de las puertas de la Corte respecto a los derechos de las parejas del mismo sexo llevó a que el movimiento LGBT se concentrara en la lucha legislativa por los derechos. En el año 2003 un proyecto de ley que buscaba el reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo fue discutido en la plenaria del Senado de la República. El proyecto fue presentado por la senadora Piedad Córdoba y el ponente de la iniciativa era el entonces senador y ex magistrado de la Corte, Carlos Gaviria Díaz. Desde el inicio del trámite del proyecto los sectores conservadores iniciaron una campaña ofensiva contra los homosexuales en Colombia. El líder de la estrategia fue José Galat, quien junto a otras organizaciones pagaron avisos injuriosos contra la comunidad LGBT en los principales periódicos del país. Este proyecto no fue aprobado debido a que no se logró el suficiente respaldo de la iniciativa en el Congreso de la República.

Como resultado de ese proceso legislativo los derechos de parejas del mismo sexo estaban políticamente bloqueados y se constituía como un tema judicialmente cerrado debido a la jurisprudencia de la Corte sobre esta materia. Las esperanzas en la Corte Constitucional eran escasas, debido a que el precedente constitucional de desprotección de las parejas del mismo sexo parecía cada vez más sólido y las mayorías al interior de la Corte no cambiarían hasta el año 2009 (CÉSPEDES, 2004; LEMAITRE, 2005; MONCADA, 2002; MOTTA, 1998; ESTRADA, 2003).

En este contexto y después de la derrota legislativa surgió una iniciativa impulsada por un grupo de activistas LGBT para crear una organización de derechos humanos que pudiera hacer frente a las exigencias que implicaba un debate tan difícil. El resultado de un proceso de debates y consultas fue la creación de la organización Colombia Diversa, organización que se puso como meta cambiar la situación de las parejas del mismo sexo y se propuso enmarcar las injusticias contra la población LGBT en clave de derechos humanos (LEMAITRE, 2009).

Colombia Diversa nace en marzo de 2004, pero se nutrió de un importante número de activistas los cuales se habían conocido haciendo incidencia para la aprobación de un proyecto de ley para el reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo en el año 2003. La creación de esta organización tuvo como antecedente la derrota legislativa y es una consecuencia al menos indirecta de la activa campaña conservadora contra los derechos de las parejas del mismo sexo. Estos activistas

recogían diversas vertientes del activismo entre los que se destacan personas que habían trabajado temas legales para la comunidad homosexual, tales como Germán Rincón Perffetti, activistas que se desempeñaban en labores de cabildeo en derechos sexuales y reproductivos como Marcela Sánchez, académicos como Carlos Iván García, María Mercedes Gómez y otras personas que conocían muy bien el activismo LGBT en otros países, especialmente en los Estados Unidos. Este diverso grupo logró reclutar a algunos activistas que habían trabajado previamente en asuntos legales y académicos, así como otro grupo de personas que no habían tenido relación con el activismo pero contaban con capital cultural o económico para fortalecer la organización. Esta organización logró articular recursos y personas que habían trabajado durante muchos años, así como recursos y personas nuevas, todo ello en una acción continuada a través de una organización.

En particular Colombia Diversa es heredera de tres formas de activismo LGBT previas: el Proyecto Agenda, la iniciativa Planeta Paz y el Comité de impulso al proyecto de ley de parejas del mismo sexo. El proyecto Agenda fue una iniciativa liderada por Germán Rincón Perffetti a finales de los años noventa que principalmente se encargaba de organizar la marcha del “orgullo gay” y lo que se llamaba la semana de la diversidad sexual en Bogotá. Aunque Rincón era un abogado que había interpuesto varias acciones legales para reclamar derechos de los homosexuales, entre la movilización social y la reclamación legal no había establecido un claro vínculo, al menos de forma consciente.⁸ En 1999, Daniel García Peña se contactó con Germán Rincón para proponerle un proyecto relacionado con el proceso de Paz con la guerrilla de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) del entonces presidente Andrés Pastrana. La preocupación de García Peña consistía en que el Gobierno Nacional y las FARC estaban negociando al margen de la sociedad civil y de las transformaciones sociales. Con esta idea en mente se fundó Sectores Sociales y Populares por la Paz – Planeta Paz – una iniciativa que buscaba que cada sector social formulará una propuesta de paz integral.

En esta iniciativa se articularon organizaciones y activistas de todo el país, a través de los contactos del proyecto Agenda y de organizaciones que trabajaban en la lucha contra el VIH-SIDA. Esta plataforma permitió la creación de un espacio en el cual se articularon propuestas dirigidas al Estado y más articuladas en términos de derechos, pero esto último era sólo una parte, de hecho las comisiones que se formaron en la segunda reunión nacional del sector LGBT eran: salud, política y DDHH, procesos organizativos, formación social, comunicación y bienestar económico.⁹ Los derechos eran una parte del trabajo pero estaban presentes, el lema de aquel momento era “el cuerpo primer territorio de paz”, en el cual se sintetizaba un rechazo a la violencia y la aspiración de un derecho de autonomía personal.¹⁰

Con el tiempo las articulaciones del discurso de los derechos se hicieron más fuerte especialmente cuando se inició un trabajo sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. De hecho el proyecto Planeta Paz ayudó a incrementar las habilidades de los activistas involucrados especialmente en dos áreas: el contacto con personas de la esfera política, especialmente de sectores progresistas y de izquierda, y el acercamiento a medios de comunicación. En este contexto la senadora Piedad Córdoba se acercó a Germán Rincón para proponerle impulsar un nuevo proyecto

de ley sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. Este nuevo proyecto de ley generó un Comité de Impulso que acompañó la iniciativa legislativa. Este comité fue fundamental debido a que se incrementaron conocimientos y habilidades en materia cabildeo político.

Esta breve experiencia señalada reconstruye parte de los recursos preexistentes parte de los cuales son transferidos a Colombia Diversa. Las redes formales e informales de activistas, en particular el Comité de Impulso fueron fundamentales para la creación de Colombia Diversa. Esta organización se articula en anteriores estructuras de movilización pero realizando acciones para “adoptar, adaptar e inventar” los recursos preexistentes. A las estructuras preexistentes de movilización se sumaron otras que eran completamente nuevas: los recursos de élite y el acceso a nuevas redes de abogados progresistas. El acceso a recursos de élite, especialmente los relacionados con redes sociales y a un fuerte capital cultural se lograron mediante la participación en la organización de Virgilio Barco, hijo del ex presidente liberal Virgilio Barco Vargas (1986-1990). Este activista fue sin duda un catalizador importante para acceder a recursos de la élite colombiana. Inicialmente se incorporó al Comité de Impulso del proyecto de ley de parejas, y su participación fue determinante para la creación y continuidad de una organización nueva que pudiera mantener el activismo de forma duradera. Por otra parte Colombia Diversa empezó a crear conexiones con la academia legal a través del Comité Legal de la organización el cual jugó un papel importante en la generación de alianzas con profesores de derecho y abogados progresistas.

La organización inició sus actividades en el año 2004 y durante el año 2005 inició un proceso de estudio para presentar una nueva iniciativa legislativa con el fin de lograr el reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo; no obstante, esta vez se buscaría un texto que reconociera derechos patrimoniales y a la seguridad social con un mayor respaldo argumentativo. Además se inició una estrategia de comunicaciones y de intenso cabildeo político y social en entornos que se habían mostrado favorables a esta reivindicación.

De esta estrategia emprendida por Colombia Diversa se destaca que el texto de la iniciativa se centraba en la búsqueda de derechos básicos de las parejas del mismo sexo con el fin de solucionar los más urgentes problemas de las parejas: la desprotección patrimonial ante la muerte o separación de las parejas, y la falta de acceso a la salud y el no reconocimiento de la pensión del compañero homosexual en caso de muerte. Un texto minimalista y con dos reivindicaciones básicas permitía mayor solidez argumentativa y podría conseguir mayor apoyo político. Este proyecto además contaba con dos soportes técnicos para la discusión. Por una parte una fuerte argumentación constitucional, especialmente usando la jurisprudencia de la Corte sobre los derechos de las personas LGBT. Por otra parte Colombia Diversa con el apoyo de un grupo de voluntarios realizó un estudio de impacto económico de la afiliación de las parejas el mismo sexo a la seguridad social. Este estudio de alta calidad técnica se anticipaba a un argumento que fue central en la discusión posterior por parte de quienes se oponían a la iniciativa. La capacidad de construir argumentos sólidos y anticipados fortaleció la estrategia de cabildeo de este proyecto de ley.

Estos dos factores empezaron a generar un consenso en la mayoría de partidos políticos e instituciones según la cual estas parejas merecen una mínima protección

constitucional. Entre estos actores se destacan miembros de los partidos de gobierno y de oposición, instituciones como la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, y un importante número de líderes de opinión y ciudadanos.

En relación con la estrategia de comunicaciones la organización Colombia Diversa, que hace seguimiento a este tema a través de su observatorio de medios de comunicación, ha afirmado que “en general se percibe que los medios reflejan la agenda que el movimiento LGBT desarrolla”, y ha mostrado cómo en años muy coyunturales para la jurisprudencia constitucional, como lo fue el 2007, los medios se destacaron por el

el cubrimiento periodístico del fallo de la Corte Constitucional sobre los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, o los diferentes debates en el Congreso sobre estos derechos y la posibilidad de que el compañero del mismo sexo pudiera ser beneficiario de la seguridad social, ubicaron la temática LGBT en la agenda pública, tanto en los ámbitos especializados, como en los políticos, en los académicos y en la sociedad en general.

(ALBARRACÍN; NOGUERA, 2008, p. 277).

También se destaca el elevado número de columnistas y caricaturistas quienes han apoyado la igualdad y no discriminación contra las personas LGBT.

A este aumento del número de noticias se suman las posiciones editoriales de varios medios de comunicación que desde sus páginas han respaldado los derechos de las personas LGBT, entre los que se destacan El Tiempo, El Espectador, la Revista Semana y la Revista Cambio. Solo para ilustrar la importancia de estas discusiones en la prensa colombiana basta citar que en el mes de junio de 2010, el periódico El Espectador en su edición dominical tuvo como carátula el tema LGBT con el titular: “orgullosamente gay”. Ese mismo mes la Revista Arcadia, publicación de la Revista Semana dedicada a temas culturales, realizó un especial sobre los hombres gay en las artes y en las letras.

Un destacado lugar ocupa el noticiero CM&, medio que difundió un comercial realizado por la organización Colombia Diversa, el cual buscaba concientizar a la ciudadanía sobre las consecuencias de la falta de protección legal de las parejas del mismo sexo. En el video se puede ver a una mujer que se encuentra sola en una casa vacía, quien está mirando una foto. Entre tanto el narrador del comercial afirma:

vivieron en parejas treinta años, pagaron la casa, pagaron la comida de todos los días, pagaron la tele, la ropa, el estéreo. Pagaron al contado algunos libros y a crédito algunos atardeceres de vacaciones. Ahora ella se queda sola y lo único que heredó fueron los atardeceres de los que todavía debe algunas cuotas. Y esto porque su pareja era otra mujer. La ley no les reconoce ningún derecho. No hay derecho. CM& Televisión por los derechos de la gente.¹¹

En este contexto de producción de medios de comunicación, la Corte Constitucional tomó las decisiones en los últimos años, y aunque es difícil establecer un nexo causal entre las decisiones de la Corte y los apoyos sociales que abogan por un caso, podría asegurarse que la esfera de opinión e información generada por los medios tiene alguna influencia en los jueces.

4.3 La doble estrategia y el retorno a la Corte

Paralelamente a las iniciativas legislativas, en junio de 2005 Colombia Diversa y el Grupo de Derecho de Interés Público iniciaron el estudio de una posible demanda de inconstitucionalidad de la ley 54 de 1990, norma que regula las uniones maritales de hecho y sobre la cual ya se había pronunciado la Corte Constitucional. Un año después, mientras hacía tránsito uno de los proyectos de ley sobre los derechos de parejas del mismo sexo, el 31 de mayo de 2006 se presentó la demanda (BONILLA, 2008).

La demanda fue desarrollada por un grupo de estudiantes de derecho bajo la dirección del profesor Daniel Bonilla de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Este grupo de estudiantes estudió el problema constitucional y las distintas oportunidades y obstáculos legales para reabrir la discusión legal en la Corte. Como resultado de este intenso estudio los estudiantes formularon una demanda la cual fue discutida junto con los activistas de Colombia Diversa y otros profesores de la misma Facultad. Esta demanda se articuló en torno al principio de la dignidad humana y argumentaba como la negación del reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo afectaba las distintas dimensiones de la dignidad, según la jurisprudencia de la Corte: vivir bien, vivir como se quiere y vivir sin humillaciones.

Junto a esta demanda se planeó una iniciativa de buscar intervenciones ciudadanas que fortalecieran argumentos de la demanda, especialmente aquellos que por razones técnicas no pudieron ser planteados de manera directa (BONILLA, 2008).

Debido a que en el Congreso de la República el proyecto de ley estaba a punto de lograr su aprobación, varios activistas pensaban que no era conveniente la presentación de la demanda ante la Corte. No obstante, Colombia Diversa después de varias discusiones internas decidió realizar lo que se llamó “la doble estrategia”: una demanda ambiciosa en la Corte y un proyecto minimalista en el Congreso.

La estrategia planeada por los activistas y sus aliados tomó otro rumbo. Por una parte el Congreso de la República (19 de junio de 2007) no aprobó el proyecto de ley en un hecho controversial debido a que se había aprobado por ambas cámaras legislativas en todos sus debates reglamentarios, y la no aprobación se produjo el último día de la legislatura en la conciliación final de los textos y fue negada en una reñida votación de 34 votos contra 29. De esta manera la vía política siguió bloqueada, incluso se mantiene cerrada hasta hoy sin ninguna posibilidad de avance.

Por otra parte en la Corte Constitucional se empezaron a decidir vertiginosamente varias acciones legales a favor de las parejas del mismo sexo (PMS). La presión mediática, la construcción de argumentos jurídicos realizada por el Grupo de Derecho de Interés Público y los aliados de la estrategia ante el alto tribunal, así como el intenso debate social llevaron a que internamente los magistrados de la Corte llegaran a un acuerdo mínimo para avanzar en la discusión y en la protección de las parejas del mismo sexo. En una solución basada en el equilibrio ideológico se decidió que los derechos de las parejas del mismo sexo se estudiarían progresivamente, es decir, se resolvería cada derecho según fuera reclamado por los ciudadanos. Siguiendo esta premisa el 7 de febrero de 2007, la Corte Constitucional en la sentencia C-075 con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, decidió que las parejas del mismo

sexo tendrían derechos patrimoniales si cumplían con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 54 de 1990 para las uniones maritales de hecho de las parejas heterosexuales. Esta decisión de la Corte abrió la puerta a nuevos espacios para el litigio constitucional, debido a que se cambió el precedente previo y se reconoció por primera vez la existencia de las parejas del mismo sexo, así como el deber estatal de proteger sus derechos. Por tanto, los activistas decidieron optar por esa vía que se mostraba menos agresiva y retardataria que el Congreso de la República.

Sólo un mes después, el 5 de marzo de 2007, se presentó una demanda por parte de dos estudiantes de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja quienes demandaron el artículo 163 de la ley 100 de 1993, y solicitaron que se ampliara el derecho de afiliación a la seguridad social en salud para las parejas del mismo sexo. El 30 de agosto de 2007, Colombia Diversa, el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes y el Centro de Investigaciones Derecho, Justicia y Sociedad–Dejusticia¹² presentaron una nueva demanda de inconstitucionalidad donde se buscaba el reconocimiento de la seguridad social tanto en afiliación en salud como en pensión de sobreviviente.

El 14 de mayo de 2007, ocurrió algo inesperado que dio mayor respaldo a los activistas y al precedente constitucional. El Comité de Derechos Humanos comunicó su decisión en el caso *X contra Colombia* (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2007), mediante la cual se resolvió una situación de discriminación contra un ciudadano que convivía con su compañero y le fue negada su pensión de sobreviviente. El Comité determinó que el Estado colombiano violó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y ordenó al Estado restablecer los derechos de la persona afectada y solucionar de forma general esta discriminación.

Las acciones constitucionales que hacían tránsito condujeron a las sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008 (COLOMBIA, 2007c, 2008a), en las cuales se reconocieron los derechos de afiliación en salud y de pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo. Posteriormente, una ciudadana demandó la norma del Código Penal que sancionaba la inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes y excluía a las parejas del mismo sexo. En la Sentencia C-798 de 2008 (COLOMBIA, 2008c), la Corte determinó que la norma era discriminatoria y que debía ampliarse la protección a las parejas del mismo sexo en relación a las obligaciones alimentarias.

De los hechos narrados hasta ahora es posible analizar los elementos tanto políticos e ideológicos de la movilización. En relación a la estructura de las oportunidades políticas se destacan cuatro hechos que permiten entender el cambio en la estructura de las oportunidades políticas. El primero se refiere a la no aprobación del proyecto de ley de parejas del mismo sexo en el Congreso. Esta iniciativa legislativa tenía un importante apoyo político y social, no obstante la iniciativa fue negada por el Congreso mediante una maniobra de trámite. Este hecho que si bien puede considerarse como una derrota fue realmente la habilitación definitiva para que la Corte Constitucional desarrollara la jurisprudencia sobre derecho de parejas del mismo sexo.

Un segundo hecho político ocurrió en las elecciones presidenciales de 2006, en las cuales el expresidente Álvaro Uribe, caracterizado por sus posiciones conservadoras y quien se encontraba haciendo campaña para su reelección, decidió apoyar los derechos de las parejas del mismo sexo. La frase del Presidente fue: “matrimonio, no; adopción, no; derechos patrimoniales, sí; seguridad social, sí”. Esta afirmación movió todo el espectro

político y generó un apoyo social relativamente importante. Además, esta formulación puede resumir el acuerdo doctrinario alcanzado por la Corte Constitucional.

En mayo de 2007 se presentó un tercer hecho, que se comentó previamente, el cual se refiere a la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas el cual reconoció que el Estado colombiano estaba violando el Pacto de Derechos Civiles y Políticos al no reconocer el derecho a la pensión de un compañero permanente del mismo sexo.

El fracaso legislativo acompañado de cambios socio-políticos, así como un nuevo abordaje de las fuentes normativas relevantes para resolver los casos de parejas del mismo sexo, pueden explicar la estructura de oportunidades políticas en la cual se desarrollaron las decisiones de la Corte y el contexto en el cual se desarrollaba la movilización legal.

Otro grupo de factores que afectaron la estructura de las oportunidades políticas se relacionan con las transformaciones al interior del campo jurídico, en especial del derecho constitucional colombiano. La Corte Constitucional desarrolló diversas teorías, conceptos y herramientas que fueron fundamentales para la consolidación de este precedente. En particular, el desarrollo de un precedente fuerte en materia de dignidad humana, igualdad y no discriminación, deber de protección de poblaciones en condición de discriminación y exclusión, incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en las discusiones constitucionales, así como una mayor conciencia y uso de los derechos fundamentales por parte de todos los magistrados de la Corte en el abordaje de las cuestiones que se someten a su consideración. También en este período se producen importantes decisiones sobre derechos, lo cual indica que el precedente sobre los derechos de la población LGBT fue también parte de un proceso en el que la Corte se está tomando en serio los derechos y los conflictos sociales de la realidad colombiana.

La Corte Constitucional ha tenido un protagonismo importante en los últimos años, debido a la conjugación de una serie de elementos normativos, políticos e institucionales que apuntalan su rol (UPRIMNY; GARCÍA, 2004; UPRIMNY, 2007). Entre los factores que de manera recurrente suelen identificarse como causa de tal protagonismo se encuentran, entre otros, la relativa independencia judicial que existe en Colombia; el amplio catálogo de derecho reconocido en la Constitución; la existencia de mecanismos judiciales que facilitan a los ciudadanos el acceso a las Cortes; y a la crisis de representación democrática existente en Colombia.

En segundo lugar, también es importante resaltar que la Corporación también ha desarrollado una importante doctrina constitucional y metodologías para garantizar el derecho a la igualdad¹³ y la protección de comunidades históricamente marginadas.¹⁴

En tercer lugar, resulta notable que la Corte ha usado recurrentemente el derecho internacional de los derechos humanos para determinar el sentido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. A partir de distintas cláusulas de remisión previstas en la Constitución Política (artículos 44, 53, 93, 94 y 214), la Corte ha recurrido de manera frecuente al derecho internacional de los derechos humanos. En algunos casos, ha afirmado que existen tratados internacionales que tienen la misma jerarquía que la Constitución Política, y en otros simplemente ha acudido a los pronunciamientos de organismos internacionales con el propósito de interpretar las disposiciones de la legislación interna a la luz de tales pronunciamientos.¹⁵

De alguna manera, los anteriores factores han conducido a que el Tribunal

Constitucional hubiese adoptado recientemente importantes sentencias sobre los derechos fundamentales, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad. Como ilustración de este fenómeno se pueden mencionar las siguientes decisiones: sentencia T-025 de 2004, sobre derechos de la población desplazada (COLOMBIA, 2004a); T-760 de 2008, sobre situación del sistema de salud en Colombia (COLOMBIA, 2008b); C-355 de 2006, sobre la despenalización del aborto en tres casos específicos (COLOMBIA, 2006b); C-370 de 2006, sobre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos (COLOMBIA, 2006c); C-070 de 2009, sobre las limitaciones de la facultad de declarar estados de conmoción interior (COLOMBIA, 2009b); C-175 de 2009, sobre derecho a la consulta previa (COLOMBIA, 2009d); C-728 de 2009, sobre el derecho a oponerse a prestar servicio militar por razones de conciencia (COLOMBIA, 2009f).

Todos estos factores tuvieron una incidencia directa o indirecta en la generación y la consolidación del precedente constitucional sobre los derechos de las personas LGBT. La jurisprudencia no se produce en el vacío, siempre está circundada por la acción colectiva, la producción de los medios y los contextos políticos e institucionales.

Ahora bien, en relación con los elementos ideológicos, varios académicos han definido cinco elementos de los marcos culturales, el primero se refiere al bagaje cultural de los manifestantes, el segundo a las estrategias enmarcadoras por las que optan los grupos, el tercero a la lucha por la enmarcación, el cuarto a los medios de comunicación como canalizadores de esta lucha, y el quinto al impacto cultural del movimiento al modificar los contextos culturales (McADAM; McCARTHY; ZALD, 1999, p. 44). Para este caso nos referiremos brevemente a cada elemento.

En este caso los activistas contaban con un bagaje cultural muy importante sobre la homosexualidad y sobre las dificultades para avanzar en el reconocimiento de la igualdad de las personas LGBT. Por esta razón para lograr mayor éxito los activistas optaron por enmarcar sus reivindicaciones en un lenguaje de derechos humanos y en particular usar el derecho constitucional como una forma privilegiada de presentar sus reivindicaciones. De hecho se usó como parte de esta estrategia el uso de los propios pronunciamientos de la Corte Constitucional con la finalidad persuadir a los interlocutores.

Un elemento trascendental que puede verse en este período es la importancia de los abogados, profesores de derecho y en general un grupo de profesionales que actuaron como aliados y como partícipes de esta estrategia. En este sentido los profesionales del derecho actúan como intermediarios y traductores de demandas sociales al lenguaje del derecho constitucional. De este proceso también participan las universidades, centros de investigación y organizaciones de derechos humanos quienes a través de las intervenciones ciudadanas fortalecieron la argumentación jurídica de la movilización social. Este elemento corresponde a la forma como los activistas y sus aliados enmarcaron la reclamación, es decir, se usó el derecho constitucional para entender y movilizar con mayor efectividad las injusticias que afectaban a las parejas del mismo sexo. Ente proceso de encuadramiento de la injusticia en un marco de derechos constitucionales no sólo se presentó en las reclamaciones legales ante la Corte, este lenguaje se incorporó a los discursos de los activistas en los medios y en las protestas que se desarrollaron en años posteriores. Esta importante estrategia de traducción constitucional no sólo funciona hacia la Corte sino que también se materializa en una forma de pedagogía constitucional hacia los ciudadanos.

La segunda estrategia de enmarcación fue el enfoque moderado de la reivindicación y la negación de un derecho a la familia. Como lo manifestó Esteban Restrepo: “existió un pacto tácito entre la Corte Constitucional y los activistas de no hablar de la familia”, con lo cual está de acuerdo Elizabeth Castillo del grupo de Mamás Lesbianas, quien consideró que era estratégico no hablar de ese tema, aunque asegura que existía la conciencia de que se trataba de una posición transitoria en el debate judicial.

En relación con los medios de comunicación, fueron canales importantes para presentar este mensaje y difundirlo. De hecho, los grupos que se oponían a esta movilización manifestaban su descontento con el desequilibrio informativo. Como se dijo previamente el apoyo de los medios de comunicación especialmente de los periódicos y revistas fue fundamental para incrementar la conciencia sobre el problema y llevar la discusión al terreno de los derechos fundamentales.

4.4 Cuando el equilibrio se agota: familia, matrimonio y adopción por parte de parejas del mismo sexo

A pesar de estos significativos avances, la Corte usó una estrategia argumentativa que dejaba en la incertidumbre a las parejas del mismo sexo y además no garantizaba todos los derechos de la unión marital de hecho. Según la Corte cada tema debería estudiarse a la vez y en cada ámbito de regulación. Esta situación generó la necesidad de aclarar cuál sería el criterio constitucional para definir los derechos y obligaciones de las parejas del mismo sexo frente a otros derechos y obligaciones en los cuales la Corte no se hubiese pronunciado. En este orden de ideas, Colombia Diversa, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia- y el Grupo de Derecho de Interés Público – GDIP-, formularon una demanda contra disposiciones normativas contenidas en 26 leyes, en las cuales se reconocían derechos y beneficios, y se imponían cargas a parejas heterosexuales, con exclusión de las parejas del mismo sexo. Esta demanda llevó a la sentencia C-029 de 2009 (COLOMBIA, 2009a), la cual fue proferida el 28 de enero de ese año.

Este proceso ha sido muy participativo y ha generado una importante producción de conocimiento y deliberación sobre los derechos de PMS. En la última demanda ante la Corte participaron 70 organizaciones, sumando tanto las organizaciones redactoras de la demanda (3), las demandantes (32) y las intervinientes (45). En resumen, el movimiento LGBT fue el demandante en este proceso lo cual posibilitó una voz colectiva y coherente del movimiento.

Además, este proceso generó mucho respaldo por parte de los formadores de opinión y pocas reacciones conservadoras. La metodología usada por la Corte la cual generaba sentencias con enfoques moderados y amplias mayorías internas puede explicar este fenómeno.

El reconocimiento de derechos fue progresivo. Muy rápidamente y con el impulso de los activistas, la Corte Constitucional profirió ocho sentencias (C-075 de 2007,¹⁶ T-856 de 2006,¹⁷ C-811 de 2007,¹⁸ C-336 de 2008,¹⁹ C-798 de 2008,²⁰ T-1241 de 2008,²¹ C-029 de 2009,²² T-051 de 2011,²³ COLOMBIA, 2007a, 2006e, 2007c, 2008a, 2008c, 2008d, 2009a, 2011) las cuales transformaron el estatus legal de las parejas del mismo sexo y reconocieron para estas parejas derechos y obligaciones. La metodología adoptada por la Corte ha obligado a presentar cada situación para ser considerada por la Corte, sin

haber generado una regla general de igualdad sobre las parejas del mismo sexo. A esto se le suma la falta de claridad en la definición del estatus legal de la unión marital de hecho, esto se debe a que la Corte Constitucional no ha expresado de forma clara e inequívoca que las parejas del mismo sexo tengan ese estatus (ALBARRACÍN, 2010).

Días después de que se anunció la sentencia C-029 de 2009, el profesor Rodrigo Uprimny, en su columna de opinión, afirmó al respecto de esta sentencia: “estas conquistas jurídicas, por importantes que sean, no son suficientes. Es posible que, a pesar de estos cambios normativos, en la vida cotidiana la discriminación contra los homosexuales subsista o se torne más sutil. O incluso que existan propuestas para que se anulen u obstaculicen estos avances jurisprudenciales” (UPRIMNY, 2009). Esta lúcida advertencia debe aplicarse también a las nuevas decisiones de la Corte Constitucional sobre las parejas del mismo sexo.

El precedente constitucional que ha reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido fundamental en el acceso a los derechos civiles y sociales de estas parejas; constituye un gran avance en la garantía de los derechos mínimos, y aporta a un mayor respeto social de las parejas del mismo sexo. No obstante, este precedente tiene límites importantes especialmente en el reconocimiento del derecho a conformar una familia, ese paréntesis que se estableció para lograr el avance en reconocimiento de derechos. En otras palabras, el equilibrio entre las posiciones ideológicas se agotó.

Fue la Magistrada (E) Catalina Botero quien señaló con precisión esta tensión en su aclaración de voto a la sentencia C-811 de 2007:

Aunque comparto la decisión de la Corte (...), y celebro la extensión de los beneficios de seguridad social (...) a las parejas del mismo sexo, he decidido aclarar mi voto para hablar de un tema que parece resistirse a ser asumido por la Corte con la franqueza democrática que demanda: la naturaleza de la familia en el régimen constitucional colombiano” y continúa la magistrada: “estas decisiones representan un paso decisivo en la garantía y vigencia de los principios constitucionales de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad y en el afianzamiento de un régimen verdaderamente democrático, pluralista e incluyente. Sin embargo, evaden de manera consistente la referencia a la pareja homosexual como un núcleo familiar que merece igual respeto y protección constitucional que la familia heterosexual. En este aspecto existe entonces un déficit de protección que la jurisprudencia tendrá que corregir.

(COLOMBIA, 2007c).²⁴

Esta evasión se funda en la situación en la cual se produjo el encuadre tanto de los activistas como de la Corte Constitucional, en otras palabras, el precedente constitucional se basó en una doctrina que pretendía equilibrar distintas posiciones políticas al interior del Alto Tribunal; por esta razón este precedente puede tener tanto interpretaciones conservadoras como progresistas.

Aunque la Corte avanzó en la protección de los derechos de las parejas, las sentencias no han sido del todo progresistas ni han logrado eliminar del todo las desigualdades legales y la ciudadanía de segunda clase de gays y lesbianas. En el seno del precedente hay una tensión que cada vez se hace más creciente e insostenible para la igualdad y plenos derechos de estas parejas: proteger los derechos de las parejas del mismo

sexo en tanto sean asimilables a las parejas heterosexuales, pero al mismo tiempo no reconocer que ambos tipos de parejas merecen de forma inmediata la misma protección y respeto, especialmente en la protección constitucional de la familia de las parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional no ha afirmado de forma clara y contundente que las parejas del mismo sexo son iguales y tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales, por el contrario, ha creado una jurisprudencia que protege a las parejas pero las mantiene en un estatus inferior de protección. Estas limitaciones se han hecho evidentes en los casos recientes sobre el estudio del derecho al matrimonio (C-886 de 2010, COLOMBIA, 2010b) y la adopción entre parejas del mismo sexo (C-802 de 2009, COLOMBIA, 2009g), decisiones en las cuales la Corte decidió no pronunciarse aduciendo insuficiencias técnicas en las demandas de los ciudadanos.

5 Conclusión

En este artículo se ha hecho un recuento del proceso para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, a través de la acción que desarrolló la organización Colombia Diversa. Como se argumentó a lo largo del texto esta forma de movilización en torno al derecho se puede analizar teniendo en cuenta tres dimensiones de los movimientos sociales. En primer término los elementos ideológicos de la movilización relacionados con los marcos de interpretación de un problema y su encuadre. En relación a este punto el enfoque moderado de la reivindicación de las parejas del mismo sexo y la traducción de las situaciones de injusticia en derechos constitucionales fueron elementos fundamentales para explicar la forma como se ha dado este debate. En segundo término los elementos organizativos, referidos a los recursos disponibles. Respecto a este asunto la organización Colombia Diversa aglutinó diversos recursos en particular recursos pre-existentes y desarrolló importantes capacidades para crear redes y tener acceso a nuevos recursos para la movilización. En particular se destacan el aglutinamiento de distintas formas de activismo, las alianzas con la academia legal y el acceso a recursos de élite. En tercer término los elementos políticos externos o la estructura de oportunidades políticas revelan las contingencias a las cuales está sometido un debate y que en ocasiones son aprovechadas hábilmente por los activistas. En particular elementos relacionados con situaciones electorales, institucionales, del derecho internacional o incluso divisiones al interior de la Corte son situaciones que configuran el contexto socio-político en el cual se desarrolla la acción de los movimientos sociales.

Finalmente, quisiera plantear dos elementos que surgen de este trabajo, uno relacionado con la metodología y otro con la relación entre producción del derecho y su implementación. En primer término, quiero destacar la importancia del trabajo empírico y del diálogo disciplinar y metodológico para entender la labor de los jueces y las reivindicaciones sociales a favor de la justicia. No es posible seguir leyendo el precedente constitucional vaciado de personas y relaciones de poder. De igual forma es indispensable que los actores participantes directos de los cambios legales participen en la producción y reflexión académica sobre el cambio social. La investigación sobre el cambio social y legal sin la presencia de sus protagonistas corre el riesgo de perder una parte importante de la historia.

En segundo término, en relación con la producción del derecho y su garantía de implementación considero que son dos etapas íntimamente conectadas. Los tribunales no son un punto de llegada de una discusión política, usualmente son una etapa en una larga discusión, incluso una etapa que se repite varias veces. Por ello para entender la implementación de una sentencia también hay que entender la forma de su producción, así como las fuerzas políticas enfrentadas y los debates políticos subyacentes. De hecho si las fuerzas políticas que ayudan a producir el cambio legal se debilitan es posible que se produzca un retroceso respecto al cambio legal alcanzado.

El estudio de la relación entre el derecho y los movimientos sociales ayuda a entender mejor la dimensión política del derecho, así como su dimensión simbólica. Al menos se pueden encontrar tres efectos vinculados a la producción de las sentencias en este caso: 1) se consolidó un movimiento que ha mantenido la acción colectiva; 2) Se inició un ciclo de protesta (TILLY, 2004) por los derechos de la población LGBT y por la igualdad real en todos los derechos, y 3) se crearon nuevas oportunidades políticas tanto progresistas como conservadoras.

En este artículo se han querido mostrar los factores y circunstancias externas que moldean y participan de la creación de las decisiones progresistas. Los actores sociales ponen en marcha un repertorio legal, en medio de unas particulares oportunidades políticas y usan el lenguaje del derecho constitucional como un marco cognitivo de movilización. Si bien los jueces progresistas participan de estas decisiones no son los únicos actores que participan del cambio legal. Las Cortes son actores de un reparto mucho más amplio, y en muchas ocasiones ni siquiera son actores principales. Los movimientos sociales participan en la creación de decisiones judiciales progresistas, ellos también juegan un rol importante. Según sea el escenario, los movimientos son más o menos protagónicos, por esta razón sería indispensable conocer bien estas variaciones para emprender acciones más eficaces en el fortalecimiento de los movimientos sociales y la comprensión de la democracia constitucional. En el caso estudiado el movimiento LGBT, en particular la organización Colombia Diversa, fue un actor central sin el cual no podría entenderse un cambio legal, ni el carácter progresista de la Corte en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ALBARRACÍN, M. 2010. Igualdad versus protección: límites y alcances del precedente constitucional sobre derechos de parejas del mismo sexo en el 2009. En *Corporación Humanas, Observatorio de sentencias judiciales*. Bogotá: Corporación Humanas. p. 47-65.
- ALBARRACÍN, M.; NOGUERA, M. 2008. *Situación de los derechos humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en Colombia 2006 – 2007*. Bogotá: Colombia Diversa.

- ARCHILA, M. 2008. **Idas y venidas, vueltas y revueltas**. Prostestas sociales en Colombia 1958-1990. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia y CINEP.
- BONILLA, D. 2008. Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la sentencia C-075/07. In: UNIVERSIDAD DE LOS ANDES; COLOMBIA DIVERSA. **Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad**, sentencia C-075/07. Bogotá. p. 11-39.
- CÉSPEDES, L. 2004. **¿El fin o la modificación del juego?** Las parejas homosexuales frente al derecho de afiliación a la seguridad social en salud. Tesis de grado maestría en género. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia–Facultad de Ciencias Humanas.
- EL TIEMPO. **Maestros gay se defienden en audiencia pública**. Bogotá, 2 sept. 1998. Disponible en: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-791613>>. Visitado el: 5 mayo 2010.
- ESTRADA, A.J. 2003. La orientación sexual y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. En: **Memorias de las IV jornadas de derecho constitucional y administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 177-216
- HIRSCHFIELD, M. 2007. La fundación del Comité científico-humanitario y sus primeros miembros. In: ULRICH, K.H.; KERTBENY, K.M.; HIRSCHFIELD, M.; ZUBIAUR, I. (Ed.). **Pioneros de lo homosexual**. Barcelona: Anthropos.
- HOBSBAWN, E. 2003. **Interesting Times**. A Twentieth-Century Life. London: Abacus.
- JARAMILLO, I.C.; ALFONSO, T. 2008. **Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto**. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes.
- LEMAITRE, J. 2005. Los Derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. In: BONILLA MALDONADO, D.E.; ITURRALDE SANCHEZ, M.A. **Hacia un nuevo derecho constitucional**. 1 ed. Bogotá: Universidad de los Andes. v.1. p. 181-217.
- _____. 2009. **El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglos del Hombre editores.
- McADAM, D.; MCCARTHY, J.; ZALD, M. 1999. **Movimientos sociales: perspectivas comparadas**. Oportunidades Política, Estructuras de Movilización y Marcos Interpretativos culturales. Madrid: Ediciones Istmo.
- MONCADA, P. 2002. La huida de la Corte: el derecho al onanismo. **Revista Tutela**, Bogotá, v. 3, n. 25.
- MOTTA, C. 1998. La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales. En: **Observatorio de justicia constitucional: La Corte Constitucional – el año de la consolidación**. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores. p. 290-299.
- RAGIN, C. 2007. **La construcción de la investigación social**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- RESTREPO, E. 2002. **Reforma Constitucional y Progreso Social: La “Constitucionalización de la Vida Cotidiana” en Colombia**. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/14/>. Visitado el: 28 feb. 2011.

- RODRÍGUEZ, C.; RODRÍGUEZ, D. 2010. **Cortes y cambio social: cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad.
- SERRANO, J.F. 2010. Colombia. In: STEWART, C. (Ed.). **The Greenwood encyclopedia of LGBT issues worldwide**. Santa Barbara, California. p. 89-106.
- SHEINGOLD, S. 1974. **The Politics of Rights**. New Heaven: Yale University Press.
- TARROW, S. 2004. **El poder en movimiento**. Madrid: Alianza Editorial.
- TILLY, C. 2004. **Social Movements, 1768-2004**. Colorado: Paradigm Publishers.
- UPRIMNY, R.; GARCÍA, M. 2004. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. In: SANTOS, B.; GARCÍA VILLEGAS, M. **Emancipación social y violencia en Colombia**. Bogotá: Norma. p. 463-513.
- UPRIMNY, R. 2007. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. **Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos**, São Paulo, Año 4, n. 6, p. 53-70.
- _____. 2009. Una jurisprudencia a favor de la igualdad y de la diversidad. **El Espectador**, Bogotá, 2 feb.

Jurisprudencia

- COLOMBIA. 1994. Corte Constitucional. **Sentencia T-097/94**. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. 1996a. Corte Constitucional. **Sentencia C-098/96**, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. 1996b. Corte Constitucional. **Sentencia C-271/96**.
- _____. 1998a. Corte Constitucional. **Sentencia C-002/98**.
- _____. 1998b. Corte Constitucional. **Sentencia T-101/98**, M.P. Fabio Morón.
- _____. 1998c. Corte Constitucional. **Sentencia C-481/98**, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- _____. 1999a. Corte Constitucional. **Sentencia C-507/99**, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____. 1999b. Corte Constitucional. **Sentencia T-823/99**.
- _____. 2000a. Corte Constitucional. **Sentencia T-268/00**.
- _____. 2000b. Corte Constitucional. **Sentencia T-618/00**.
- _____. 2000c. Corte Constitucional. **Sentencias T-999/00**.
- _____. 2000d. Corte Constitucional. **Sentencia T-1210/00**.
- _____. 2000e. Corte Constitucional. **Sentencia T-1426/00**.
- _____. 2001a. Corte Constitucional. **Sentencia C-088/01**.
- _____. 2001b. Corte Constitucional. **Sentencia C-093/01**.
- _____. 2001c. Corte Constitucional. **Sentencia T-427/01**.
- _____. 2001d. Corte Constitucional. **Sentencia SU-623/01**.
- _____. 2001e. Corte Constitucional. **Sentencia C-673/01**.

- _____. 2001f. Corte Constitucional. **Sentencia C-814/01.**
- _____. 2001g. Corte Constitucional. **Sentencia C-921/01.**
- _____. 2002a. Corte Constitucional. **Sentencia C-064/02.**
- _____. 2002b. Corte Constitucional. **Sentencia C-373/02**, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____. 2002c. Corte Constitucional. **Sentencia T-435/02**, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____. 2002d. Corte Constitucional. **Sentencia T-610/02.**
- _____. 2003a. Corte Constitucional. **Sentencia T-499/03**, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____. 2003b. Corte Constitucional. **Sentencia T-808/03.**
- _____. 2004a. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04.**
- _____. 2004b. Corte Constitucional. **Sentencia T-301/04**, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.
- _____. 2004c. Corte Constitucional. **Sentencia C-431/04.**
- _____. 2004d. Corte Constitucional. **Sentencia C-576/04.**
- _____. 2004e. Corte Constitucional. **Sentencia T-725/04.**
- _____. 2004f. Corte Constitucional. **Sentencia C-1054/04.**
- _____. 2004g. Corte Constitucional. **Sentencia T-1096/04**, M.P. Manuel José Cepeda
- _____. 2005a. Corte Constitucional. **Sentencia C-194/05.**
- _____. 2005b. Corte Constitucional. **Sentencia T-848/05**, M.P. Manuel José Cepeda.
- _____. 2006a. Corte Constitucional. **Sentencia C-042/06.**
- _____. 2006b. Corte Constitucional. **Sentencia C-355/06.**
- _____. 2006c. Corte Constitucional. **Sentencia C-370/06.**
- _____. 2006d. Corte Constitucional. **Sentencia T-439/06**, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. 2006e. Corte Constitucional. **Sentencia T-856/06.**
- _____. 2007a. Corte Constitucional. **Sentencia C-075/07.**
- _____. 2007b. Corte Constitucional. **Sentencia T-152/07**, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- _____. 2007c. Corte Constitucional. **Sentencia C-811/07**, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. 2008a. Corte Constitucional. **Sentencia C-336/08.**
- _____. 2008b. Corte Constitucional. **Sentencia T-760/08.**
- _____. 2008c. Corte Constitucional. **Sentencia C-798/08.**
- _____. 2008d. Corte Constitucional. **Sentencia T-1241/08.**
- _____. 2009a. Corte Constitucional. **Sentencia C-029/09.**
- _____. 2009b. Corte Constitucional. **Sentencia C-070/09.**
- _____. 2009c. Corte Constitucional. **Sentencia T-140/09.**
- _____. 2009d. Corte Constitucional. **Sentencia C-175/09.**
- _____. 2009e. Corte Constitucional. **Sentencia C-242/09.**
- _____. 2009f. Corte Constitucional. **Sentencia C-728/09.**

- _____. 2009g. Corte Constitucional. **Sentencia C-802/09.**
- _____. 2009h. Corte Constitucional. **Sentencia T-911/09.**
- _____. 2010a. Corte Constitucional. **Sentencia C-252/10.** Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-252-10.htm>>. Visitado el: 28 de Febrero de 2011.
- _____. 2010b. Corte Constitucional. **Sentencia C-886/10.**
- _____. 2011. Corte Constitucional. **Sentencia T-015/11.**
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. **Sentencia T-1319/01.**
- _____. 2007. **Sentencia T-391/07.**
- COMITÉ DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1992a. **Sentencia T-566/92.**
- _____. 1992b. **Sentencia T-567/92.**
- _____. 1992c. **Sentencia T-597/92.**
- _____. 2001. **Sentencia SU-1300/01.**
- _____. 2004. **Sentencia C-248/04.**
- _____. 2004. **Sentencia C-576/04.**
- _____. 2005. **Sentencia C-591/05.**
- _____. 2006. **Sentencia T-058/06.**
- _____. 2008. **Sentencia T-436/08.**
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 2004. **Sentencia T-025/04.**
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2007. **X contra Colombia.** Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14 mayo 2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. **Sentencia C- 673/01.**
- _____. 2005. **Sentencia C-203/05.**
- _____. 2007. **Sentencia C-291/07.**
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2000. **Sentencia C-010/00.**

NOTAS

1. Este trabajo no hubiera sido posible sin la orientación académica y los importantes comentarios de la profesora Julieta Lemaitre. Quiero agradecer a Marcela Sánchez y a Alejandra Azuero con quienes durante muchos años hemos compartido mucho de este trabajo y realizaron comentarios a este texto. También fueron muy valiosos los debates y comentarios con mis compañeros del Coloquio de Investigación de la Maestría en Derecho de la

Universidad de los Andes y de la profesora Helena Alviar quien dirigió este curso. Estoy en deuda también con el proyecto *Otros Saberes II* de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), en especial con la directora de la iniciativa Rachel Sieder, y con los profesores Angelina Snodgrass Godoy y de César Rodríguez Garavito quienes realizaron comentarios muy acertados en relación a la metodología y a la pertinencia de esta investigación.

2. La acción de tutela, conocida comúnmente como tutela, es un recurso judicial para la protección de los derechos fundamentales, puede ser conocido por cualquier juez de la República de Colombia y debe ser resuelto dentro de los diez días siguientes a la interposición del recurso (Constitución de Colombia, artículo 86).

3. Posteriormente la Corte Constitucional declaró que este estado de excepción era inconstitucional, ver sentencia C-252 de 2010 (COLOMBIA, 2010a).

4. Información sobre la campaña en la siguiente página web: <<http://righttwork.org.uk/>>.

5. Entrevista Juanita Durán, Juanita Durán, ex integrante del despacho de la Manuel José Cepeda, 30 de abril de 2010.

6. Entrevista Jack Smith, funcionario Secretaría General de la Corte Constitucional, 12 de mayo de 2010.

7. Al respecto de la comunidad homosexual como grupo tradicionalmente discriminado ha dicho la Corte: "Así... la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual (...) Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierten en objeto de escarnio público" (COLOMBIA, 1996a).

8. Entrevista Germán Rincón Perffetti, 20 de marzo de 2010.

9. Notas personales de la reunión del 18 de agosto de 2001.

10. Entrevistas José Fernando Serrano, Marcela Sánchez, Elizabeth Castillo. Abril de 2010.

11. El comercial se puede ver en YouTube en los siguientes enlaces: <<http://www.youtube.com/watch?v=qt6M0zBu1q0>> ; <<http://www.youtube.com/watch?v=WdvNn5KcMuM>>. Visitado el: 5 mayo 2010.

12. El centro de estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) intervino en el proceso de la sentencia C-075 de 2007 y posteriormente fue un aliado directo como demandante en las demandas que condujeron a las sentencias C-336 de 2008 y C-029 de 2009.

13. En términos generales, esta doctrina afirma que para determinar si una medida diferenciada puede ser considerada discriminatoria hace falta que se evalúen cuatro aspectos adicionales, a saber: si la medida persigue una finalidad constitucionalmente admisible o imperiosa; si es adecuada para lograr tal finalidad; si es necesaria para lograr tal finalidad; y si los medios de los que se vale son proporcionados a los fines que persigue. El juez constitucional puede variar la intensidad del escrutinio de cada uno de esos elementos, dependiendo de la intensidad (leve, media o estricta) que se decida aplicar.

14. Las sentencias en las que la Corte se ha referido a este tema son numerosas. Entre ellas, cfr. Corte Constitucional, sentencias C-271 de 1996; C-002 de 1998; T-823 de 1999; T-1210 de 2000; C-088 de 2001; C-093 de 2001; T-427 de 2001; C-921 de 2001; C-673 de 2001; C-064 de 2002; T-610

de 2002; T-301 de 2004; C-1054 de 2004; C-194 de 2005; C-042 de 2006; C-029 de 2009; T-140 de 2009; C-242 de 2009 (COLOMBIA, 1996b, 1998a, 1999b, 2000d, 2001a, 2001b, 2001c, 2001g, 2001e, 2002a, 2002d, 2004b, 2004f, 2005a, 2006a, 2009a, 2009c, 2009e).

15. Así, ha acudido a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia C-010 de 2000) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (sentencias T-1319 de 2001 y T-391 de 2007); de la Corte Europea de Derechos Humanos (sentencias C- 673 de 2001, sentencia C-291 de 2007; sentencia C-203 de 2005); del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (sentencia T-025 de 2004); y del Comité de Derechos Civiles y Políticos (sentencias T-566 de 1992; T-567 de 1992; T-597 de 1992; SU-1300 de 2001; C-248 de 2004; C-576 de 2004; C-591 de 2005; T-058 de 2006; y T-436 de 2008). También ha acudido a instrumentos internacionales de derechos humanos, que tradicionalmente han sido considerados como "derecho blando" o *soft law*. Así, por ejemplo, ha acudido a los Principios Rectores sobre Desplazamiento Forzado (Colombia, Corte Constitucional sentencias T-602 de 2003; C-278 de 2007, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla; y T-821 de 2007), y a los Principios de las Naciones Unidas sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (Colombia, Corte Constitucional sentencia T-821 de 2007).

16. Reconocimiento de derechos patrimoniales.

17. Caso sobre derecho a la afiliación en salud.

18. Reconocimiento del derecho de afiliación en salud.

19. Reconocimiento del derecho de pensión de sobreviviente.

20. Reconocimiento del derecho de alimentos mutuos.

21. Caso sobre derecho de pensión de sobreviviente.

22. Reconocimiento de los siguientes derechos y deberes: patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar; obligación de prestar alimentos; derechos de carácter migratorio para las parejas homosexuales y derecho a residir en San Andrés y Providencia; garantía de no inculpar en materia penal; beneficio de prescindir de la sanción penal; circunstancias de agravación punitiva; derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas de crímenes atroces; protección civil a favor de víctimas de crímenes atroces; prestaciones en el régimen pensional y de salud de la fuerza pública; subsidio familiar en servicios; subsidio familiar para vivienda; acceso a la propiedad de la tierra; beneficiarios de las indemnizaciones del SOAT por muertes en accidentes de tránsito, y deberes relacionados con el acceso y ejercicio de la función pública y celebración de contratos estatales.

23. Caso sobre la implementación del derecho de pensión de sobreviviente.

24. Aclaración de voto de Magistrada (E) Catalina Botero.

ABSTRACT

This article reconstructs the mobilization process carried out by the organization Colombia Diversa in order to gain recognition in the Colombian Constitutional Court for the rights of same-sex couples. In particular, it identifies three factors that contributed to this change in the law. First, the organization reframed their demands using the language of constitutional rights. Second, the existence of an activist organization brought together a large number of resources and used a particular set of protest actions. Third, a structure of political opportunities was generated by the existence of a progressive court, an undemocratic congress, and a public that was inclined to support the demands of the activists. These three factors allowed the activists to channel their demands for rights into a progressive judicial decision. Throughout, this article argues for two intimately linked points: the first is proof of the centrality of a rights-based discourse in Colombian political activism, and the second is the strong role that political activism played in defining constitutional rights within the Court.

KEY WORDS

Colombia – Constitutional Court – Rights of same-sex couples – Social movements – Homosexuality

RESUMO

Neste artigo reconstrói-se o processo de mobilização conduzido pela organização *Colombia Diversa*, a fim de conseguir o reconhecimento dos direitos de casais do mesmo sexo na Corte Constitucional colombiana. Em particular, identificam-se três elementos que contribuíram para essa mudança jurídica. Em primeiro plano, a reformulação das demandas num marco de direitos constitucionais; em segundo plano, a existência de uma organização ativista que aglutinou um conjunto significativo de recursos e a utilização de um repertório particular de reivindicações; em terceiro plano, a criação de uma estrutura de oportunidades políticas gerada pela existência de uma Corte progressista, um Congresso pouco democrático, e a presença de uma opinião pública favorável às demandas dos ativistas. Estes três elementos permitiram que os ativistas pudessem canalizar suas demandas por direitos numa decisão judicial progressista. Em geral, argumenta-se a favor de duas teses que estão intimamente vinculadas: a primeira é a evidência da centralidade do discurso sobre os direitos no ativismo político colombiano; a segunda é o protagonismo do ativismo político na definição dos direitos constitucionais no interior da própria Corte.

PALAVRAS-CHAVE

Colômbia – Corte Constitucional – Direitos de casais do mesmo sexo – Movimentos sociais – Mudança social – Homossexualidade



DANIEL VÁZQUEZ

Profesor-investigador de la FLACSO-México y Coordinador de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia. FLACSO-México.

Email: lvazquez@flacso.edu.mx



DOMITILLE DELAPLACE

Investigadora del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Email: domidlp@hotmail.com

RESUMEN

El discurso de derechos humanos es prácticamente aceptado por cualquier gobierno. Dificilmente un Estado se concebiría abiertamente como violador de derechos humanos. Sin embargo ¿cómo convertimos ese discurso en política pública? Proponemos utilizar las herramientas elaboradas por la Nueva Gestión Pública y aplicarlas al ciclo de vida de las políticas públicas que pueden ser dotadas de contenido por medio del desempaque de las obligaciones, elementos esenciales y principios transversales de los derechos humanos.

Original en Español.

Recibido en abril de 2011. Aceptado en mayo de 2011.

PALABRAS CLAVE

Políticas públicas – Derechos humanos – Nueva Gestión Pública – Empoderamiento



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

POLÍTICAS PÚBLICAS CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS: UN CAMPO EN CONSTRUCCIÓN

Daniel Vázquez y Domitille Delaplace

1 Las políticas públicas, la nueva gestión pública y los derechos humanos

1.1 ¿Qué son las políticas públicas?

El estudio y formulación de las políticas públicas (PP) es una disciplina reciente,¹ inició con el conocido texto de Harold D. Lasswell *La orientación hacia las políticas* publicado en 1951 (LASSWELL, 1992). La fecha es importante para entender el objetivo de la PP, ya ha terminado la Segunda Guerra Mundial, se ha consolidado el bloque socialista en la mitad de Europa y en 1950 tuvo lugar el primer conflicto bélico que dio inicio a la Guerra Fría: la guerra de Corea. El desafío lanzado no es menor, hay una nueva potencia militar y económica que representa varios retos al capitalismo democrático estadounidense, uno de ellos incluye la eficiencia de la administración pública a través de un modelo estatal centralizado que controla todos los medios de producción y distribuye los bienes entre la población. Frente a este reto, surge la pregunta ¿cuál es el mejor y más eficiente régimen gubernamental? Para los analistas estadounidenses era imperioso construir un enfoque de PP sustentado en el desarrollo científico-causal y complementado con la imaginación creativa para generar PP novedosas y eficientes. Este es el reto que Harold Lasswell lanzó para crear lo que él llamó “las ciencias de políticas de la democracia”.² Por ello, no es casual leer en su texto:

La tradición norteamericana dominante defiende la dignidad del hombre, no la superioridad de una clase del hombre. Es por ello que puede vislumbrarse que todo el énfasis se pondrá en el desarrollo del conocimiento que permita la realización más completa de la dignidad humana. Llamémosle a esto, por conveniencia, el desarrollo de las ciencias de políticas de la democracia (policy sciences of democracy).

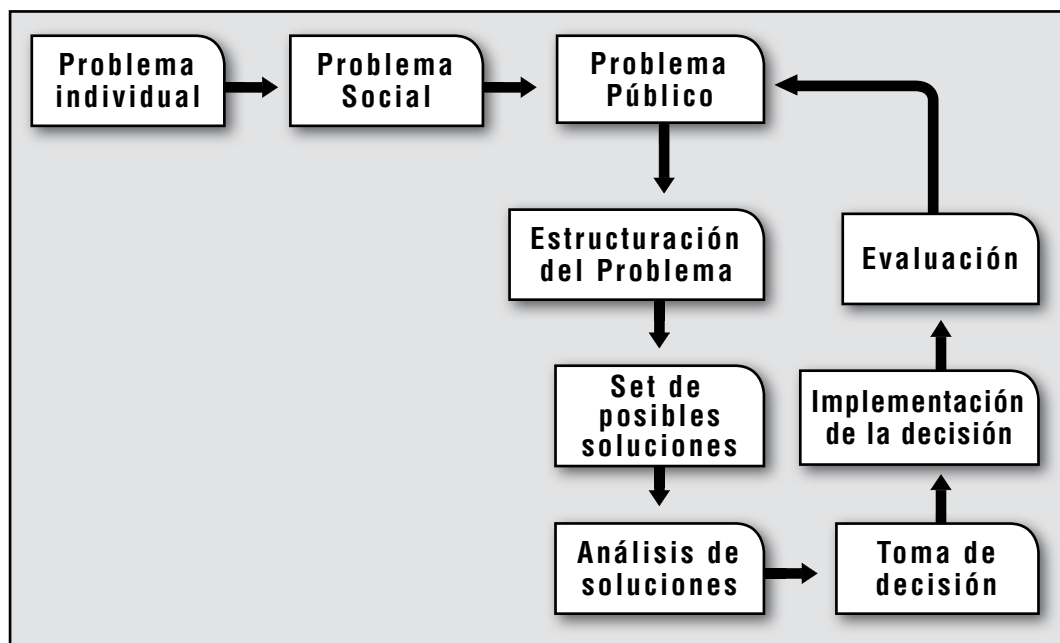
(LASSWELL, 1992, p. 93).

Ver las notas del texto a partir de la página 62.

Más allá de la disputa ideológica en la cual se crea la disciplina de las PP, el elemento a destacar es el objetivo final: darle racionalidad a las acciones gubernamentales. Este es el principal objetivo del análisis de la PP. Cualquiera podría preguntarse: ¿por qué tendría que preocuparme por la racionalidad de la acción gubernamental? La respuesta en ese momento era política: las democracias capitalistas deben superar los métodos de producción del socialismo. La respuesta hoy pasa por otros lugares: la acción estatal debe estar guiada en torno al bienestar público, se trata de una acción pública que se realiza con recursos que también son públicos, por lo que tanto los objetivos como los mecanismos o procedimientos a través de los cuáles se concrete la acción gubernamental, deben lograr obtener el mayor bienestar posible de la forma más eficiente. De esta forma, la PP tiene por objetivo encarar y resolver un problema público de forma racional a través de un proceso de acciones gubernamentales.

Como parte de este proceso de racionalidad y análisis, desde la PP se ha generado el ciclo de vida de las PP. Desde el nombre hay que apuntar que se trata de un proceso que nunca termina, se convierte en un ciclo que se realimenta constante y sistemáticamente. El ciclo está conformado por siete procesos: entrada del problema a la agenda pública, estructuración del problema, set o diseño de las soluciones posibles, el análisis de los puntos a favor y en contra de las mismas, la toma de decisión, la implementación y la evaluación.

EL CICLO DE VIDA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS



Con esta herramienta se propone ilustrar los tiempos que eslabonan el proceso de la decisión gubernamental. Sin embargo, no tiene pretensiones descriptivas, aunque sí aspira a tener impactos normativos. Hoy sabemos que el proceso de PP puede

seguir estos pasos, pero no siempre y no necesariamente es así, en más de un caso los eslabones se empalman y el proceso se convierte en un dubitativo paso a paso.

Todo arranca con la aparición de un problema, pero no de cualquier problema sino de uno considerado “público”. Este elemento es esencial porque hay problemas que, afectando a muchas personas (problema social), pueden no ser considerados públicos. Por ejemplo, el estatus subordinado de las mujeres durante mucho tiempo no fue considerado un problema público, más aún, la violencia contra la mujer tampoco era considerada un problema público, sino un problema que debía resolverse en la esfera privada y donde el Estado no debía intervenir. Lo que hoy es considerado problema público, probablemente antes no lo era y posiblemente después no lo será, la conformación de la agenda pública es cambiante. ¿Cuándo un problema tiene el status de público? Cuando es recuperado por alguna de las múltiples instituciones³ que integran al gobierno.⁴

Una vez que se ha constituido el problema público, el paso siguiente es la estructuración del problema y la construcción de las múltiples posibles soluciones. La estructuración del problema es la elaboración de un diagnóstico donde se especifiquen cuáles son las causas y cuáles las posibles soluciones del problema. En consecuencia, de acuerdo con la forma en que se estructure un problema, dependerán las diversas soluciones que se puedan dar al mismo: un problema no tiene una solución única. La estructuración de los problemas y el diseño de las múltiples soluciones, junto con la toma de decisiones, son los momentos más “políticos” del ciclo de vida de la PP, donde la ideología, los intereses y los saberes en conflicto o competencia se entremezclan. Finalmente, en la toma de decisiones se determina cuál de las múltiples soluciones posibles es la que tiene la mayor certeza técnica a partir de la evidencia existente. Sin embargo, tan importante como la evidencia técnica es el respaldo político con el que contó la elección ganadora.

Una vez estructurado el problema público y tomada la decisión en torno a la forma de solucionarlo, corresponde el turno a echar a andar la PP, es el momento de la implementación. Este momento del ciclo es tan importante como los anteriores (de hecho no hay una jerarquía entre las partes que integran el ciclo). En muchas ocasiones el problema público es debidamente estructurado y la decisión gubernamental no sólo es la políticamente viable, sino también la más adecuada para resolver ese problema. Sin embargo, los resultados no son los esperados. En buena parte se puede deber a que la realidad es compleja y no siempre se pueden prever todas las causas que modifican o intervienen en una PP; pero también puede suceder que haya una mala implementación, por ejemplo que los operadores no estén de acuerdo con los objetivos de la PP, esto puede pasar en políticas muy polémicas como la legalización del aborto en lugares con un alto número de doctores religiosos que se nieguen a practicar el procedimiento médico. También puede suceder que estando de acuerdo con los objetivos y fines de la PP, la administración pública sea tan compleja en su funcionamiento que haya graves problemas de información de forma tal que entre los mandos superiores y los mandos operativos no logren fluir de forma clara las metas y los procedimientos.

Finalmente, después de implementada la PP, damos paso a la evaluación. Tal vez esta etapa es la más técnica de todas las anteriores y la que más desarrollo ha tenido en los últimos 20 años. Antes se consideraba que la evaluación se realizaba al final de la PP, lo cierto es que hoy existen diversos tipos de evaluación para cada una de las partes que

integran el ciclo de evaluación del diseño de la PP; también hay evaluación de gestión para analizar el proceso de implementación; existe también la evaluación de resultados que verifica el cumplimiento de los objetivos; y, finalmente, tenemos la evaluación de impacto que analiza la consecución de fines, es decir, si la PP efectivamente generó alguna modificación sobre el problema público inicialmente planteado.

Vayamos ahora a la perspectiva de derechos humanos (DH) en la PP. Una fecha clave para entender esta perspectiva es 1989: la caída del muro de Berlín. En este momento ya hay un importante desarrollo en la legislación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), a la caída del muro le sigue la estrepitosa caída del bloque socialista y la conversión económica, los partidos de derecha ya han desplazado a la socialdemocracia en varios gobiernos (en especial Margaret Thatcher en Inglaterra entre 1979 y 1990 y Ronald Reagan–George Bush entre 1981 y 1992) y para entonces varias de las dictaduras militares latinoamericanas habían cedido su poder a gobiernos representativos. La década de los noventa se presentaba promisoría a partir de un triunvirato: el capitalismo-neoliberal, el gobierno representativo y los DH.⁵ En este proceso los DH tomaron una doble posibilidad discursiva: se siguen presentando como un discurso de protesta frente a los gobiernos pero, además, debido al triunvirato triunfante, los gobiernos difícilmente se oponen de forma público-discursiva a ellos, por el contrario, en muchas ocasiones presentan sus plataformas en términos de derechos, por lo que la nueva pregunta es ¿cómo los hacemos efectivos desde el propio gobierno? En este ambiente de fin de la historia se celebró en Viena la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos entre el 14 y el 25 de junio de 1993.

Uno de los elementos centrales de la Declaración y Programa de Acción de la Convención fue la necesidad de establecer programas de PP de DH. En el punto 69 se recomendó establecer un programa global en el marco de las Naciones Unidas para dar asistencia técnica y financiera a los Estados a fin de reforzar sus estructuras nacionales para que tengan un impacto directo en la observancia de los DH. En sentido semejante el punto 71 recomendó a los Estados elaborar planes de acción nacionales para mejorar la promoción y protección de los DH. Finalmente, en el punto 98 se estableció la necesidad de crear un sistema de indicadores para medir los avances hacia la realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El mandato para realizar estas tres acciones fue recuperado por una institución que también es concebida en esta Convención: la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH).

1.2 ¿Qué papel juegan los derechos humanos en las políticas públicas? El diálogo entre la NGP y la perspectiva en derechos humanos

Una parte importante del desarrollo del análisis de las PP en el último cuarto del siglo XX pasa por la creación de la Nueva Gestión Pública (NGP). El nacimiento y desarrollo de la NGP coincidió con el proceso neoconservador de los años setenta y ochenta. Si bien la NGP se preocupa por mejorar la eficiencia de la administración pública, evaluar los procesos y resultados y prestar servicios públicos de calidad; el entrecruzamiento tuvo como resultado una respuesta ideológica: todo esto se

logra siempre con menos Estado y más mercado. Así, desde finales de la década de los setenta y principios de los ochenta se han venido aplicando distintas medidas a nivel mundial para lograr la reducción del Estado, tales como: la cancelación de programas gubernamentales, la privatización de empresas y organismos públicos, la suspensión o recorte del gasto público, la apertura económica vía baja o desaparición de aranceles y a través de los procesos de desregulación, la formación de nuevas instituciones autónomas, la innovación en formas de asignar los recursos públicos, la descentralización y la co-responsabilidad ciudadana en el otorgamiento de servicios públicos, entre otras.

Para lograr mayor eficiencia, el Estado debía parecerse cada vez más a una empresa. La obra clave para entender esta fusión inicial es el conocido libro de David Osborne y Ted Gaebler, *Un nuevo modelo de gobierno. Cómo transforma el espíritu empresarial al sector público* (OSBORNE; GAEBLER, 1994), que marcó la tendencia de la PP a lo largo de los noventa bajo los principios económico-empresariales de eficiencia a partir de la competencia. Las propuestas de poner a competir las escuelas privadas con las públicas o los sectores de salud privados con los públicos a través de bonos que entregaría el Estado a los ciudadanos y que ellos podrían utilizar en el servicio que consideraran adecuado, propuesta inicialmente planteada por Milton Friedman en *Capitalismo y Libertad* y en *Libertad de Elegir* (FRIEDMAN, 1966), marcaban las pautas de esta nueva forma de gestión.

Una de las frases clave para entender esta postura es: “timonear en vez de remar”. El Estado puede privatizar todos los servicios públicos, no es importante que sean entidades gubernamentales quienes los presten, más aún, transferir estos servicios al mercado garantizaba mayor eficiencia en la prestación y en la relación costo-beneficio. En cambio, el elemento central es que el Estado tuviera capacidad de timonear el barco, de establecer los elementos centrales, la regulación, las pautas en torno a la actuación de las empresas prestadoras de servicios y calidad de los servicios prestados.

Si bien desde su implementación hubo serías críticas al modelo neoliberal, los resultados obtenidos hacia finales del siglo XX cuestionaron muchas de las premisas que fusionaban a la NGP con la revolución neoliberal. La rápida movilización de capitales y sus desastrosas consecuencias en la calidad de vida de la gente se hicieron evidentes en el efecto tequila en 1995, la crisis asiática de 1997, la crisis rusa de 1998, el efecto samba de 1999 y el efecto tango del 2001. Sin embargo, el más duro cuestionamiento se hizo patente frente a la crisis económica global iniciada en Wall Street en diciembre del 2008.⁶ En este proceso crítico, los especialistas sobre DESC encontraban cada vez más puntos de distancia entre el modelo neoliberal y la posibilidad de planificar y hacer efectivos los DESC, este hecho se hace evidente en los informes de los relatores de las Naciones Unidas del derecho a la vivienda, salud y la vulneración de DH a través de la pobreza extrema.

La pregunta es ¿podemos desarmar la fusión generada entre las reformas neoliberales y la NGP? Al menos debemos intentarlo, ya que uno de los intereses primordiales de la NGP es importante: que la administración pública funcione de forma eficiente y que haya mecanismos para saber si es así. La NGP

se erige como una nueva forma de entender la acción y la legitimidad gubernamental ya no desde una visión del seguimiento estricto del procedimiento legal o por medio del mantenimiento de una burocracia guiada por cierta ética de la responsabilidad, sino a partir de la articulación de sistemas de incentivos y medición que permitan incidir positivamente sobre el comportamiento de los servidores públicos, de tal forma que se puedan obtener resultados eficientes y valiosos para la ciudadanía.

(GESOC, 2009, p. 4).

Las PP tienen como principal objetivo dar racionalidad al uso de recursos escasos en el cumplimiento de las actividades estatales en cada una de las partes que integran el ciclo de vida. Parece no importar qué es lo que el Estado tenga que hacer, lo que interesa es que lo haga bien, que lo haga de forma eficiente. Estos son principios de forma, más no de fondo, nada nos dicen sobre cuáles son las actividades que corresponden al Estado, cuáles deben dejarse en manos del mercado y cuáles son los valores substanciales que deben realizarse a través de la actividad estatal. En cambio, la perspectiva de DH pone énfasis en las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado y que deben quedar claramente plasmadas y cumplimentadas en su PP sin importar cómo lo haga. Desde esta perspectiva la relación parece evidente: los fines los pone la perspectiva de DH, los medios los propone la NGP.

Más arriba decimos que la PP se interesa por revisar los procesos de toma de decisiones llevada a cabo por los actores estatales; en particular le interesa analizar y perfeccionar la racionalidad en esos procesos. Por racionalidad entendemos una serie de atributos que se espera que toda PP tenga como son: eficiencia, eficacia, economía, productividad y oportunidad.⁷ Que el principal objetivo de las PP sea darle racionalidad a la acción estatal significa que la administración pública debe estar guiada por estos principios. Entendida así, la PP es un conjunto de procedimientos que incluyen la asignación de insumos por parte del gobierno (financieros, humanos, información, etc.) los cuales deben ser obtenidos bajo el principio de economía y procesados con una lógica de productividad para obtener productos que generen, en el corto plazo, ciertos resultados. Entre la disposición de insumos y dichos resultados esperamos observar una lógica eficiente. Más aún, con esos resultados de corto plazo se espera ser efectivos en la creación de impactos en el mediano y largo plazo. Todo este gran proceso debe observar una relación aceptable de costo-efectividad entre los insumos consumidos, los procesos desatados y los impactos desarrollados (GESOC, 2010).

Asegurarnos de que el Estado utilice de la mejor forma posible los recursos con los que cuenta no debe ser visto como algo ajeno a la perspectiva de DH. Todos los DH requieren de acciones de hacer y no hacer por parte de todas las diversas oficinas gubernamentales, de presupuesto y de procesos de planificación pública. Por ende, es importante tener una PP con perspectiva de DH pero también con mecanismos de evaluación en su implementación, gestión, resultados e impacto. Los objetivos provienen de los DH, las reglas procedimentales de la NGP.

2 El empoderamiento de las personas y los estándares internacionales de derechos humanos

Dos de las principales características de la PP con perspectiva de DH son el empoderamiento de las personas y el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de DH. Ambos aspectos están guiados por el elemento central de los derechos humanos: la dignidad humana. En este sentido, la libertad como autodeterminación es uno de los aspectos centrales en la concreción de esta idea de dignidad humana, es el fundamento previo al empoderamiento. En el mismo sentido, los estándares internacionales conllevan un conjunto de derechos que apelan a bienes primarios superiores como la libertad, la igualdad, la seguridad, la paz, etc. (FERRAJOLI, 1999, 2006). Este conjunto de bienes primarios son constitutivos de la moralidad universal que supone a los derechos humanos y, de nuevo, a la dignidad humana como fin último de los derechos (SERRANO; VÁZQUEZ, 2011). Comencemos por la primera.

2.1 *Empoderamiento de los sujetos*

Uno de los principales elementos en el reconocimiento de los DH es la construcción del sujeto de derechos (*right-holder*). Este elemento está sumamente relacionado con la raíz liberal de los DH. Se da por hecho que el creador del poder político es el sujeto: el sujeto es el principio y fin del sistema político.⁸

La mayor elaboración en torno a la construcción del sujeto de derechos se ha generado en el derecho al desarrollo y el derecho a no ser pobre, esto parece normal si tomamos en cuenta que la pobreza implica la privación de múltiples elementos, de varios derechos que en su conjunto limitan la capacidad de autodeterminación/autorrealización del sujeto, la posibilidad de ejercer potestad. Es importante dejar claro que esta capacidad de autodeterminación depende de elementos económicos, pero también de factores culturales, sociales y políticos. Por ende, las limitaciones a la autodeterminación no son sólo económicas, también hay múltiples privaciones que se estructuran a partir de elementos culturales, sociales y políticos; la falta de autodeterminación, de potestad del sujeto es multicausal. Parte de la estrategia de DH es debilitar esa red de impotencia y promover las capacidades (NACIONES UNIDAS, 2004). De aquí que el empoderamiento del sujeto esté vinculado con el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a las acciones afirmativas y transformativas y a la perspectiva de género, dejando claro que los DH son interdependientes, integrales y, por ello, indivisibles. Para la adopción de tales acciones será necesaria la identificación de grupos en situación de vulnerabilidad y de los elementos estructurales que generan esa condición (opresión estructural).

Podemos pensar la idea de empoderamiento a partir de una pregunta esencial: ¿cómo se construye el lazo comunicante entre el gobierno y el pueblo? Si al pueblo se le sigue dando un tratamiento de súbdito, es decir, lo que en principio es un derecho se le otorga como un favor proveniente de la magnanimidad del monarca a través de políticas clientelares, entonces no hay un proceso de empoderamiento, no hay una PP con perspectiva de DH.⁹ Uno válidamente podría preguntarse:

¿cuál es la propuesta de la perspectiva de DH para crear al sujeto de derechos? La principal y más conocida vía, aunque no la única, es el reconocimiento del derecho. Esto supone identificar el núcleo y extremos del derecho para determinar, a través de la PP y con indicadores de evaluación, el cumplimiento progresivo del derecho; que haya campañas de información donde se haga saber a los sujetos cuáles son los derechos con que cuentan; supone también elaborar mecanismos de exigibilidad (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) para hacer efectivos los derechos tanto a nivel general como al interior de los programas de PP específicos. En este punto el lenguaje de derechos es sumamente importante porque genera lógicas de responsabilidad a través de mecanismos de rendición de cuentas y obligaciones jurídicas vinculantes. Bajo este enfoque, el objetivo y esencia de la PP no es la solución de problemas específicos, de demandas insatisfechas, sino el cumplimiento de derechos.

Finalmente el empoderamiento de la persona como elemento básico en la creación de la perspectiva de DH va a tener un impacto importante al momento de la planificación de la PP a partir de dos criterios: el elemento esencial de aceptabilidad y el principio transversal de participación. Ambos serán revisados en las siguientes secciones.

2.2 Los estándares internacionales de derechos humanos: obligaciones, elementos básicos y principio de aplicación

A partir de 1948, con la emisión de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el sistema interamericano de derechos humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sistema de Naciones Unidas, hemos tenido un “boom” en materia legislativa internacional¹⁰ que se complementa con las observaciones generales y resoluciones de los Comités pertenecientes a las Naciones Unidas,¹¹ de las resoluciones emitidas por los diversos órganos jurisdiccionales de defensa de los DH,¹² así como por los relatores temáticos o por país que también pertenecen al sistema de la ONU.

El desarrollo del DIDH en la segunda mitad del siglo XX generó diversas obligaciones internacionales a cargo del Estado en cualquiera de sus niveles (federal, local o municipal) e independientemente de sus funciones (ejecutivo, legislativo y judicial), que se pueden agrupar en cuatro rubros:¹³

- Obligación de respetar.- ninguno de los órganos pertenecientes al Estado debe violentar DH, ni por medio de acciones ni a través de omisiones.
- Obligación de proteger.- los órganos pertenecientes al Estado deben evitar que particulares (empresas, sindicatos, personas, grupos religiosos, asociaciones, o cualquiera otra institución no estatal) violenten DH.
- Obligación de garantizar.- obliga a los Estados a organizar todo el aparato gubernamental de tal forma que las personas pueden ejercer sus derechos. Se puede subdividir en cuatro obligaciones: la obligación de prevenir violaciones de DH, la obligación de investigar los casos de violaciones de

DH; la obligación de sancionar a los autores intelectuales y materiales de las violaciones de DH; y reparar los derechos conculcados de las víctimas.¹⁴

- Obligación de satisfacer o tomar medidas.- los órganos de gobierno deben realizar acciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de DH.

Además de las obligaciones en materia de DH, la conformación del estándar internacional requiere observar los elementos básicos de cada derecho desarrollados esencialmente por los Comités de las Naciones Unidas en las observaciones generales. Así, por ejemplo, el cumplimiento de la obligación en materia de educación primaria no se satisface con el establecimiento de una cantidad cualquiera de determinadas instalaciones, se requiere que la acción del Estado cumpla determinadas características que son informadas por estos elementos básicos:

- Disponibilidad.- garantizar la suficiencia de los servicios, instalaciones, mecanismos, procedimientos o cualquier otro medio por el cual se materializa un derecho para toda la población.
- Accesibilidad.- que los medios por los cuales se materializa un derecho sean accesibles (física y económicamente) a todas las personas, sin discriminación alguna.
- Calidad.- que los medios y contenidos por los cuales se materializa un derecho tengan los requerimientos y propiedades aceptables para cumplir con esa función.
- Adaptabilidad.- que el medio y los contenidos elegidos para materializar el ejercicio de un DH tenga la flexibilidad necesaria para que pueda ser modificado, si así se requiere, a fin de adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a contextos culturales y sociales variados.
- Aceptabilidad.- que el medio y los contenidos elegidos para materializar el ejercicio de un derecho sean aceptados por las personas a quienes están dirigidos, lo que está estrechamente relacionado con la adaptabilidad y con criterios como la pertinencia y adecuación cultural, así como con la participación de la ciudadanía en la elaboración de la política en cuestión.

El último de los elementos que se debe tener en cuenta para “desempacar” un derecho son los principios de aplicación: identificación del núcleo de la obligación, progresividad y prohibición de regresividad y máximo uso de recursos disponibles.

La identificación del núcleo de un derecho supone el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contra-argumentaciones fácticas de imposibilidades provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes. Una vez identificado el núcleo de la obligación, esto no quiere decir que el derecho no puede expandirse (hay que recordar que los DH establecen los puntos mínimos, no los máximos de cada derecho). Esta expansión se lleva a cabo por el principio de progresividad y prohibición de regresividad. Una vez logrado el avance en el disfrute de los

derechos, el Estado no podrá, salvo en ciertas circunstancias, disminuir el nivel alcanzado. Ahora bien, uno podría válidamente preguntarse: ¿cómo podemos observar y garantizar esto? Una herramienta útil es el máximo uso de recursos disponibles. A través de un análisis presupuestal se puede observar, primero, cuáles son las cantidades que efectivamente pueden ser disponibles y, después, cómo fueron ejercidas. Por ejemplo, si en un buen año se obtuvo un ingreso superior al esperado y ese excedente se utiliza en gasto corriente –celulares, compra de autos, etc.– entonces válidamente podemos pensar que hubo una violación al principio de máximo uso de recursos disponibles.

El contenido específico de cada una de estas obligaciones, elementos esenciales y principios de aplicación variará dependiendo del derecho al que sea aplicado, así, por ejemplo, unas serán las obligaciones en torno al respeto, protección, garantía y medidas que se deben tomar y que cumplan con los criterios de disponibilidad, accesibilidad, calidad, adaptabilidad y aceptabilidad en materia del derecho a la salud, y el contenido será distinto (aunque la categorías de las obligaciones serán las mismas) para hacer efectivo el derecho a la educación, el derecho al agua o el derecho a votar y ser votado. De esta forma, lo que tendremos previo a la elaboración de un diagnóstico y planificación de una PP con perspectiva de DH es un “mapa del derecho”, un “derecho desempacado”. Ese mapa conformado seguramente por decenas o centenas de obligaciones servirá para darle contenido a la PP.

¿Cuál es el elemento central cuando pensamos en estándares internacionales como sustento de la PP con perspectiva de DH? Se refiere a la necesidad de acudir a los tratados, declaraciones que generen obligaciones, al *ius cogens*, a la costumbre internacional, todas las fuentes del DIDH que incluyen las observaciones generales, sentencias, documentos de los relatores, programas y planes de acción provenientes de las conferencias de DH, y demás documentos que permitan establecer el contenido y extremos de las obligaciones internacionales de DH. De esta forma, por ejemplo, si estamos realizando un análisis de la PP en materia de salud, es necesario recurrir a todos los documentos mencionados a fin de establecer las obligaciones de respetar, proteger, garantizar y satisfacer a cargo del Estado en materia de salud. Con estos elementos habremos creado los estándares normativos internacionales que se esperaba que el Estado cumpliera en la materia en cuestión.

2.3 Principios transversales a las políticas públicas con perspectiva de derechos humanos

Los tratados internacionales, las observaciones generales de los Comités de las Naciones Unidas, los informes y jurisprudencia de los órganos de protección de DH a nivel regional e internacional consagran otros principios medulares que los y las tomadores de decisiones deben observar de forma transversal en la elaboración e implementación de PP. Entre estos estándares mínimos encontramos aquellos derechos o principios como la igualdad y no discriminación, la participación, la coordinación y articulación entre niveles y ordenes de gobierno, la cultura de DH, el acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas y el acceso a mecanismos de exigibilidad, temas que desarrollaremos a continuación.¹⁵

2.3.1 Igualdad y no discriminación

La igualdad y la no-discriminación son dos principios consagrados en numerosos instrumentos internacionales¹⁶ que enfatizan la igualdad en el goce de todos los DH y obligan a los Estados partes a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo. Este conjunto de normas, así como la jurisprudencia en torno a ellas, aporta conceptos claros y parámetros útiles para definir y evaluar las PP.

La igualdad y no-discriminación no sólo imponen a los Estados la obligación de no discriminar (no implementar políticas y medidas discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios) sino también la de proteger a las personas frente a prácticas o conductas discriminatorias por parte de terceras personas, sean agentes públicos o actores no estatales. Asimismo, implican prestar la debida atención a la situación particular de las personas y grupos en situación de discriminación o exclusión para lograr que sean tratados sobre una base igual y no discriminatoria y no sean desatendidos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos maneja el concepto de igualdad material o estructural, haciendo énfasis en que:

ciertos sectores de la población requieren medidas especiales de equiparación. Esto implica la necesidad de dar un trato diferenciado cuando, por las circunstancias que afectan a un grupo en desventaja, la igualdad de trato supone coartar o empeorar el acceso a un servicio o un bien, o el ejercicio de un derecho.

(ABRAMOVICH, 2006, p. 44).

Son sujetos de este tipo de medidas los sectores víctimas de procesos históricos de discriminación y exclusión como los pueblos indígenas y las mujeres así como los sectores en situaciones de vulnerabilidad originadas en situaciones de desigualdad estructural como lo son la infancia, las personas migrantes indocumentadas, la población desplazada de sus territorios, o las personas portadoras de HIV/ SIDA, entre otros.

Una de las principales obligaciones del Estado es la de identificar, en su territorio, los grupos que necesitan atención prioritaria o especial para el ejercicio de sus derechos, aprobar normas que los protejan de esa discriminación e incorporar en sus políticas, planes de acción, y por consecuente reflejar en su presupuesto, medidas concretas para protegerlos, compensarlos o para fortalecer su acceso a los derechos.

2.3.2 Participación

Uno de los elementos centrales en la conformación del sujeto de derechos y en el empoderamiento de la persona es que se le considera una persona capaz de tomar las mejores decisiones en torno a su vida, en términos de teoría de la democracia, hay una igualdad moral seguida del principio categórico de igualdad: las pretensiones

sobre bienes y exigencias morales de las personas, la ordenación de sus preferencias, es igualmente válida pese a las diferencias entre ellas a la par que, salvo prueba en contrario, cada sujeto es el mejor juez para determinar dichas pretensiones y preferencias, para construir su horizonte de vida buena. Bajo esta premisa, el sujeto no sólo puede, sino que debe participar en las decisiones políticas vinculantes como parte del ejercicio de autodeterminación.

La participación es otro de los elementos de la construcción del sujeto de derechos que, en general, crea acuerdo. No obstante, los problemas emergen al momento de dar respuesta a varios elementos procedimentales: ¿cuáles serán las formas de participación? ¿Cómo generar en los integrantes de la sociedad política una internalización de lo público? ¿Bajo qué criterios se va a participar: republicanos, comunitaristas, deliberativistas o liberales? ¿Hasta dónde se mantendrá una democracia representativa o pasaremos a un sistema democrático directo? Si nos mantenemos en el primero, ¿las ONG son buenas representantes de la sociedad civil?, si vamos a la democracia directa ¿cuál sería el diseño oportuno en especial en decisiones regionales o nacionales?

Los documentos del DIDH han establecido algunos parámetros. El derecho de participación y consulta en los asuntos públicos, consagrado en varios instrumentos internacionales,¹⁷ implica la participación activa y documentada de todas las personas interesadas en la formulación, aplicación y seguimiento de las PP. Los instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas también consagran su derecho a ser consultados y participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.¹⁸

La capacidad de incidencia de la sociedad civil en PP dependerá por un lado, del contexto institucional el cual puede ser propicio o no a la creación y, en su caso a la institucionalización, de mecanismos de participación efectiva de organizaciones civiles, sociales y comunitarias en la vigilancia, toma de decisiones y evaluación de las PP, programas y acciones, asegurando previamente condiciones adecuadas de consulta e información oportuna, accesible y comprensible. Lo cierto es que también dependerá “de la apropiación por parte de las organizaciones sociales de los mecanismos de fiscalización y de la existencia en la sociedad civil de actores con vocación y recursos para utilizarlos” (ABRAMOVICH, 2006, p. 47). La incidencia se puede dar a través de la presentación de casos legales, la organización de campañas de opinión pública, la realización de protestas o movilizaciones sociales, entre otros.¹⁹

La incidencia en PP, definida por Canto (2002, p. 264-265) como “el proceso consciente e intencionado de la ciudadanía para influir, persuadir o afectar decisiones de elites institucionales” (en donde necesariamente aparece el gobierno) “que generen un cambio o transformación en los cursos de acción tendientes a la solución de problemas públicos acotados”, requiere capacidades y destrezas específicas por parte de las organizaciones de la sociedad civil, las cuales van variando según las distintas etapas del ciclo de la PP, entre las cuales el autor destaca la capacidad organizacional, destrezas técnicas, destrezas políticas, arraigo social.

2.3.3 Coordinación y articulación entre niveles y ordenes de gobierno

Los DH son indivisibles, integrales e interdependientes. Esto significa que entre ellos no hay jerarquías, el cumplimiento de un derecho conlleva el cumplimiento de otros y la violación de un derecho puede generar la violación de otros. En consecuencia, su realización requiere de una acción coherente, concertada y coordinada a través de espacios y mecanismos de interlocución permanentes en todos los órdenes y niveles de gobierno. La consecuencia inmediata de lo anterior es que cuando se da una perspectiva de DH a la PP, ésta tiende a ser holística.

Las PP en DH deben comprender acciones, planes y presupuestos de diferentes sectores y entidades públicas, las cuales deben actuar de forma coordinada y rompiendo el paradigma sectorial de la competencia por áreas (intersectorialidad). Asimismo deben permitir la articulación en los diferentes niveles territoriales de gobierno: lo nacional, lo provincial y lo municipal (intergubernamentalidad).

Debido a lo anterior se necesita de la permanente concertación entre autoridades públicas de los distintos niveles de gobierno, en condiciones de respeto a la autonomía y bajo los principios de la concurrencia, coordinación y subsidiariedad de la acción pública. De igual manera, al interior de los mismos niveles de gobierno, utilizar la desconcentración, la delegación y la descentralización funcional con altos niveles de responsabilidad social y política.

(JIMÉNEZ BENÍTEZ, 2007, p. 43).

Esta es una de las principales diferencias entre la PP tradicional y la perspectiva de DH, la primera es mucho más focalizada a problemas específicos, la segunda es mucho más integral (holística) y entiende al “problema público” de forma muy distinta: como ejercicio de derechos. Estas diferencias serán recuperadas más adelante.

2.3.4 Cultura de derechos humanos

En la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 se establece que:

(...) La educación en materia de DH y la difusión de información adecuada, sea de carácter teórico o práctico, desempeñan un papel importante en la promoción y el respeto de los DH de todas las personas sin distinción alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

(NACIONES UNIDAS, 1993, Art. 33).

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha tenido avances significativos en el impulso de estrategias y la producción de información y materiales en esta materia. En México la educación para la paz y los derechos humanos, impulsada décadas atrás por organizaciones de la sociedad civil, ha sido paulatinamente integrado al quehacer público, en un primer momento por algunos organismos autónomos y más recientemente por instituciones públicas.

La consolidación de una cultura de respeto a los DH implica, por un lado, sensibilizar a la población sobre los DH a través de campañas y otras actividades de

difusión y promover una cultura de exigibilidad de derechos entre la ciudadanía, así como capacitar a las y los servidores públicos, de todos los niveles y órdenes de gobierno, en materia de DH en general, y en relación a las PP y presupuesto con enfoque de DH en particular.

Para lograr la conformación de este proceso de cultura de DH se tiene que echar mano tanto de la educación formal como de la informal, tomando en cuenta que se debe educar tanto *en* DH como *para* los DH. Finalmente, un punto esencial es que la educación en DH dirigida a las y los servidores públicos debe venir acompañada de la modificación institucional que permita nuevos incentivos y desincentivos en el cumplimiento de las obligaciones en materia de DH. La capacitación por sí sola no modificará inercias previamente establecidas si no viene acompañada de los incentivos institucionales adecuados. De aquí otro punto, si bien la educación en DH es importante, la generación de valores en materia de DH es un proceso de largo plazo, que seguramente no logrará constituirse en una primera o segunda generación, de aquí que el diseño institucional sea elemental.

2.3.5 Acceso a mecanismos de exigibilidad: acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas, otros mecanismos políticos y jurisdiccionales.

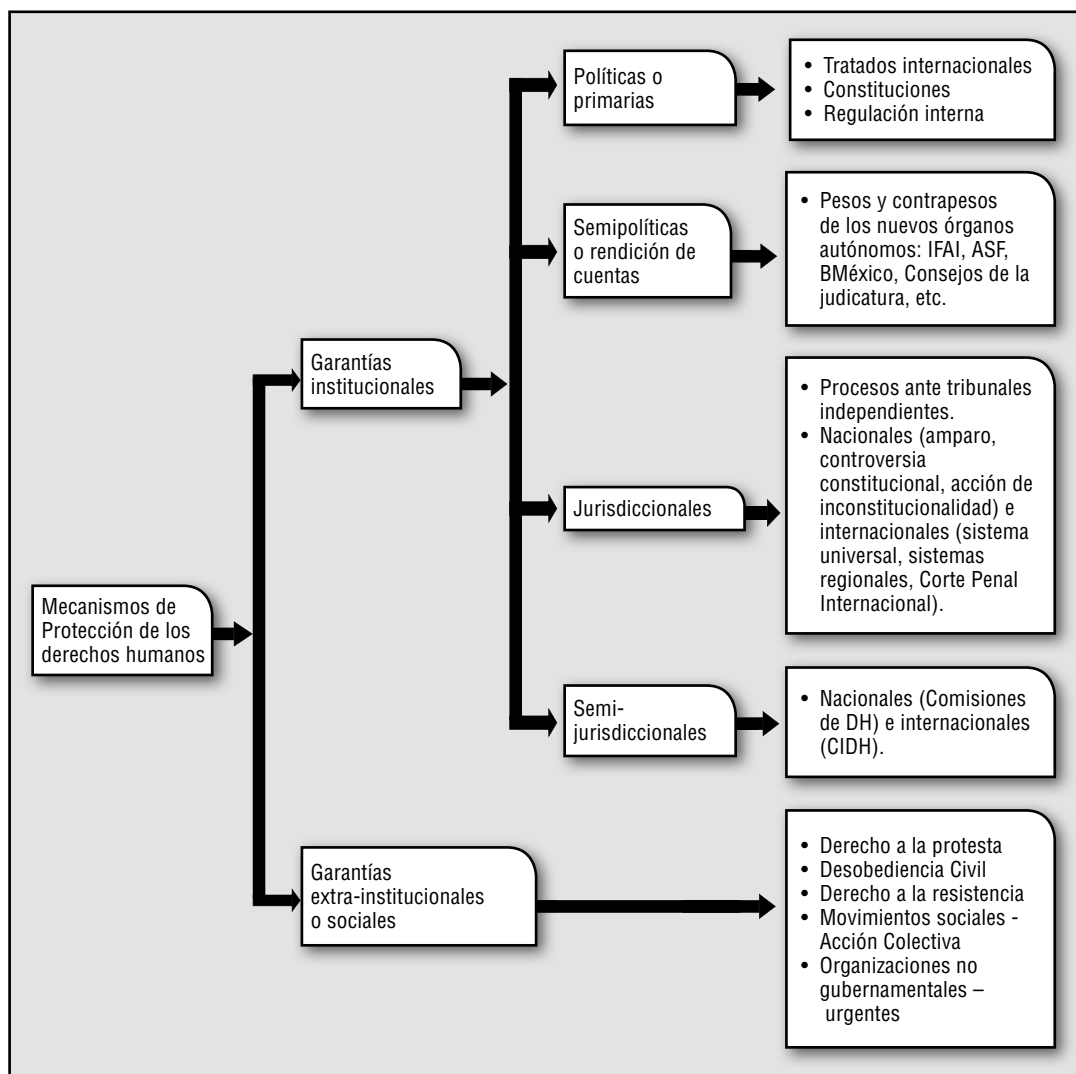
El último de los principios transversales es el establecimiento de mecanismos de exigibilidad. Como observamos en el empoderamiento de la persona, el punto de partida para formular una política ya no es la existencia de ciertos sectores sociales que tienen que ser “asistidos” a través del otorgamiento de beneficios asistenciales o prestaciones discrecionales, sino como lo subraya Abramovich (2006, p. 40), “la existencia de personas que tienen derechos que pueden exigir o demandar, esto es atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas para otros y, por consiguiente, al establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad.” Siguiendo la propuesta de Gerardo Pisarello (2007) y Luigi Ferrajoli (1999, 2006), se puede distinguir inicialmente entre las garantías institucionales y extrainstitucionales o sociales. Al interior de las primeras tenemos garantías políticas en términos de Pisarello o primarias de acuerdo con Ferrajoli. Estas garantías se constituyen por medio de los procesos de positivización de los derechos independientemente de que este proceso se desarrolle a nivel nacional o internacional.

Los mecanismos semipolíticos provienen del ya clásico mecanismo de pesos y contrapesos que ahora se conoce como *accountability* horizontal y se complementa con los nuevos organismos autónomos. En buena medida aquí entran todos los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas. El derecho al acceso a la información incluye el derecho de las personas a solicitar y recibir información pública que les brinde elementos para evaluar y fiscalizar las políticas y decisiones públicas que les afectan; correlativamente, el Estado tiene la obligación de brindar la información solicitada, y en regla general a garantizar la transparencia de la función pública y la publicidad de los actos de gobierno. El enfoque de DH en tanto que ayuda a formular políticas, leyes, reglamentos y presupuestos a partir de la definición de puntos de referencia, prioridades, metas, indicadores, responsables y recursos, contribuye a que

el proceso de formulación de políticas sea más transparente y a que los que tienen el deber de actuar rindan cuentas al respecto (NACIONES UNIDAS, 2006c, p. 17).

Las garantías jurisdiccionales para Pisarello o secundarias para Ferrajoli son los procesos ante tribunales independientes seguidos a nivel nacional o internacional. En este punto, es preciso insistir en que, “no hay imposibilidad teórica o práctica de configurar derechos exigibles también en el campo de los DESC” (ABRAMOVICH, 2006, p. 48). En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, todas las personas tienen derecho al acceso a la justicia, es decir a contar con recursos judiciales efectivos, sencillos y rápidos o a cualquier recurso ante un juez, que le permita ampararse contra cualquier violación a sus derechos humanos.

Finalmente tenemos los mecanismos semijurisdiccionales que se refieren a los órganos de defensa de DH como las comisiones o defensorías del pueblo. Por su parte, las garantías extrainstitucionales se refieren a todo el set de la acción colectiva para exigir un derecho humano.



Esta revisión de principios transversales al enfoque de DH no pretende ser exhaustiva sino precisar algunos de los cuales consideramos más relevantes y mejor desarrollados. A medida que el DIDH va precisándose, dichos principios se van detallando y alimentando con nuevos derechos y principios. En particular, cabe señalar el concepto de sustentabilidad de más reciente desarrollo, que hace énfasis en la necesidad de incorporar un enfoque de sustentabilidad en el diseño, implementación y evaluación de políticas y programas públicos, para asegurar condiciones para la satisfacción de las necesidades y la realización de los DH de las generaciones presentes sin comprometer a las generaciones futuras.

Hasta aquí hemos andado la mitad del camino, ya tenemos claros qué son y cómo se construyen los estándares internacionales, viene el más interesante de los desafíos: ¿cómo convertimos estos estándares internacionales en PP?

3 ¿Cómo integrar la perspectiva de derechos humanos en las políticas públicas?

Adelantamos la propuesta general: a través de la identificación de las obligaciones internacionales provenientes del DIDH aplicadas a las herramientas ya existentes de PP. A partir de la necesidad de darle racionalidad a la PP se generaron varias herramientas como son: los planes y programas de PP que cuentan como uno de sus elementos centrales con una Matriz de Marco Lógico (MML) y las distintas evaluaciones que se realizan a todo el ciclo de vida de las PP. El objetivo es que la perspectiva de DH permee a todo el ciclo de vida de las PP, cada uno de los procesos que conforman el ciclo de vida deben ser dotados de perspectiva de DH.

3.1 La estructuración del problema público: la conformación de un comité y la elaboración del diagnóstico

El principal objetivo de las PP con perspectiva de DH es el cumplimiento de los derechos de todas las personas, aquí una de las principales diferencias con la PP tradicional. Cuando se piensa en la estructuración del problema público, lo que se debe tener en mente es que el objetivo final de la política es el ejercicio efectivo del derecho relacionado con ese problema, este es el fin de la PP en esta perspectiva. Si bien hay un problema cuando tenemos mujeres vulneradas en su integridad personal por violencia familiar, por ejemplo, la lógica de estructuración no parte de la solución de ese problema, sino del respeto al derecho a una vida libre de violencia.

Aquí una segunda importante diferencia: en la medida en que los DH son integrales, interdependientes e indivisibles, la PP con perspectiva de DH se torna holística. La perspectiva de DH no se refiere a un campo en específico, no se refiere a las acciones a cargo de las instituciones de DH o a algún derecho en particular como la integridad personal, se trata de dar perspectiva de DH a toda la PP estatal, darle perspectiva de DH al Plan Nacional de Desarrollo, al programa de medio ambiente, al programa de política agrícola, al programa de política social, de agua, de seguridad, de política fiscal, de jóvenes, adultos mayores, indígenas, migrantes, administración de justicia, etc. En este sentido, es una especie de “paraguas”

transversal que se establece como estándar normativo para entrar en contacto con toda la PP y verificar que cumpla con la perspectiva de DH.

Estas dos diferencias entre la PP tradicional y la perspectiva de DH tendrán un fuerte impacto en todo el ciclo de vida de las PP, incluyendo la conformación de un Comité muy amplio para generar coordinación intersectorial y estructurar el problema a través de un diagnóstico. Este Comité Coordinador debe ser amplio y participativo, en donde estén las múltiples figuras que integran el gobierno (poder ejecutivo, legislativo y judicial), organismos autónomos así como actores de la sociedad civil organizada y académicos. La participación de organismos internacionales especializados en la materia también resulta oportuna y enriquecedora. Debido a que la PP con perspectiva de DH es abiertamente holista, muchos de sus objetivos implicarán acciones de los tres poderes en diversos órdenes de gobierno (federal, local y municipal). Más aún, si el poder se encuentra fuertemente segmentado en diversos partidos, vale la pena pensar en la representación de los partidos fundamentales desde el Comité Coordinador. Como el lector podrá ir imaginando, una combinación de este tipo parece complicada, lograr que tantos actores con agendas (e incluso principios) no sólo distintos sino contradictorios de antemano podría estar sentenciada al fracaso. Si bien es cierto que un proceso de participación de este tipo se antoja muy complicado, también lo es que un Comité que no sea participativo y representativo de las principales fuerzas políticas (en sentido amplio) de un país, podrá diseñar un plan, pero muy seguramente éste no se llevará a cabo.

El primer paso para darle perspectiva de DH a la PP es desempacar el derecho en cuestión a partir de los elementos analizados en la sección anterior. Ya con el derecho desempacado se debe realizar un mapeo con el diseño institucional del ente que vamos a analizar (nacional, local, un poder en específico, un área acotada, etc.) ¿a quién le corresponde realizar qué obligación en materia de DH? Lo mejor es hacer cruces hasta un tercer nivel (secretaría-subsecretaría-dirección general). Con este mapeo podemos identificar quiénes son los órganos directamente interpelados por las obligaciones provenientes del DIDH, qué están haciendo al respecto, cómo lo están haciendo y qué están dejando de hacer. Se comienza a generar el diagnóstico cuyo objetivo final es la identificación de las causas estructurales del no ejercicio del derecho. La elaboración de un diagnóstico es elemental en el proceso de racionalidad de la política pública, permite estructurar problemas y diseñar soluciones sustentadas en evidencia empírica: política basada en evidencia. Un aspecto central es que la elaboración del diagnóstico supone tener información oficial, pero también información proveniente de otras fuentes. Más aún, muy probablemente uno de los principales problemas es que no se cuente con la información para diagnosticar alguna obligación de cierto derecho.²⁰

En las últimas décadas, a la par de la documentación, denuncia y litigio de casos individuales y colectivos de violaciones a los DH ante los tribunales nacionales y órganos de protección a nivel regional e internacional, la realización de informes y evaluaciones sobre el cumplimiento de los DH ha mostrado un creciente interés entre la comunidad internacional. Las organizaciones de la sociedad civil juegan un papel importante en el proceso de comparecencia de los Estados ante los Comités de las Naciones Unidas, al aportar información alternativa a la oficial sobre la vigencia de los DH en sus respectivos países. Los informes oficiales y los informes “sombra”

presentados a los órganos de Naciones Unidas que supervisan la aplicación en los países de los tratados internacionales de DH, o los diagnósticos nacionales y estatales de DH son algunos ejemplos de ello y son también fuentes de información útiles en la elaboración del diagnóstico. Además, las organizaciones no gubernamentales internacionales tales como Amnistía Internacional, Human Rights Watch, la Federación Internacional de las Ligas de Derechos Humanos o la Organización Mundial Contra la Tortura producen informes anuales acerca de las prácticas de DH en el mundo, privilegiando a aquellos países donde se registran mayores casos de violaciones a los DH y abusos cometidos en contra de los defensores de los DH.

Estas investigaciones, principalmente de carácter narrativo y cualitativo, que pretenden dar un panorama más o menos amplio y detallado de la realidad empírica de los DH en un país determinado, movilizan dos enfoques diferenciados pero complementarios: uno que privilegia una valoración de la situación que guardan los DH de la población en general o de grupos específicos (mujeres, infancia, personas con discapacidad, pueblos indígenas, etc.); otro que busca medir el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado. En el primer caso, la intención es dar un panorama del grado de vigencia y satisfacción de los derechos en la práctica; para ello se ilustra los distintos componentes del derecho a partir de información estadística y se identifican aquellos focos rojos. El otro enfoque remite al análisis de los esfuerzos emprendidos por el Estado en materia legislativa, administrativa, programática o presupuestal para generar las condiciones propicias a la realización de los DH en el país.

3.2 El diseño de la política pública: la matriz de marco lógico

Un elemento central en la PP es la planificación. Independientemente de que se trate de un corto, mediano o largo plazo, las aspiraciones futuras de los ciudadanos interpretadas por los gobiernos suelen plasmarse en planes de PP con objetivos que posteriormente serán sometidos a evaluación. Este es un elemento central de la PP, no está integrada por elementos espontáneos en el tiempo, sino por una serie de momentos y de pasos que conforman un continuo. Incluso la PP realizada con el objetivo específico de resolver un problema supone un plan para estructurarlo, atenderlo y solucionarlo. En materia de DH la OACNUDH elaboró un Manual de Planes Nacionales de Derechos Humanos donde explica la importancia de crear planes nacionales de DH, las principales etapas en la elaboración de un plan y algunas estrategias para que la planificación llegue a buen puerto.

Durante un tiempo se pensó que la PP referida a los DH se constreñía a las actividades y obligaciones de los órganos de DH como las comisiones o las defensorías del pueblo. Cuando se pensaba, por ejemplo, en planes o presupuesto de DH, se consideraban las partidas otorgadas a dichas instituciones para financiar sus actividades. Sin embargo, de la misma forma que el derecho de las mujeres no es sinónimo de perspectiva de género, las actividades relacionadas con las instituciones de DH no son sinónimo de PP con perspectiva de DH. La intención es darle perspectiva de derechos humanos a toda la política pública del Estado, es decir, que los derechos humanos sean el fin de las PP.

El punto culminante de la estructuración del problema público mediante

un programa supone que, una vez realizado un diagnóstico de DH, ya tenemos identificados los derechos que se van a planificar, elaborado el mapa de obligaciones internacionales a cargo del Estado en torno a esos derechos, analizado cuáles de esas obligaciones no son cumplidas y las causas estructurales del incumplimiento del derecho, y discutidas y planificadas las líneas estratégicas y las líneas de acción a desarrollar para remover esas causas, es hasta entonces que comienza lo más complicado: la ejecución, verificación y evaluación del plan.

Un último hecho llamativo. Si bien desde el DIDH la organización federal de un Estado no es razón suficiente para que las autoridades municipales, provinciales o federales incumplan alguna de las obligaciones a su cargo aduciendo imposibilidades a partir de la distribución de competencias, también lo es que dicha distribución y la coordinación de diversos órganos de gobierno para cumplir obligaciones en materia de DH no es sencilla. Un último interesante movimiento de la representación en México de la OACNUDH en torno a la planificación de PP con perspectiva de DH es pasar de los planes nacionales a los planes provinciales o a cargo de entidades federativas. Luego de la elaboración de una primera importante ola de planes a nivel nacional resultó claro que había problemas que obedecían y debían resolverse a partir de lógicas locales, de aquí la importancia de esta nueva forma de planificación.

3.2.1 La Matriz de Marco Lógico

En materia de política pública se gestó un proceso de reforma y modernización administrativa basada en los postulados de la NGP. De ahí surgió el uso de la Matriz de Marco Lógico (MML), difundida por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo a principios de los años setenta y retomada en los años noventa por organizaciones financieras internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial. Domínguez y Zermeño (2008) puntualizan que la MML usada en procesos de planeación, monitoreo y evaluación de proyectos, pretende sintetizar en una única matriz o tabla los aspectos centrales de un proyecto –es decir sus objetivos, productos, actividades e indicadores–, así como las condiciones externas que afectan el proyecto y determinarán el logro de sus objetivos.

Explica GESOC (2010) que una MML funciona con base en dos lógicas, la vertical y la horizontal. La vertical se identifica como resumen narrativo y presenta la lógica causal que vincula los objetivos del programa. Se compone de cuatro elementos que se leen de abajo hacia arriba:

Actividades: Son las tareas o acciones clave requeridas para producir cada uno de los componentes que busca el programa.

Componentes: Describen las estrategias y productos de intervención del programa.

Propósito: Describe el resultado deseado por el programa y cómo se cambiará la situación con los productos del mismo.

Fin: Es el objetivo más amplio al que contribuye el programa (impacto). Establece cómo el programa ayuda a la solución de determinado problema público (GESOC, 2010, p. 7).

La lógica horizontal se compone de tres columnas (indicadores, modos de verificación y supuestos de riesgo) donde se identifican las formas de medición, fuentes y precondiciones de éxito de la política en cuestión. Estas columnas se conceptualizan como:

Indicadores: Miden el desempeño del programa y son clave para efectuar un correcto seguimiento del cumplimiento de los objetivos en cada nivel.

Medios de Verificación: En esta columna se identifica la fuente de la información para elaborar los indicadores de desempeño en cada nivel.

Supuestos y Riesgos: Son aquellas condiciones que se encuentran fuera del control del programa, aunque de su presencia o ausencia depende el logro de los objetivos del mismo (GESOC, 2010, p. 7).

Un ejemplo de la matriz de marco lógico es el siguiente:

	Resumen Narrativo	Indicadores	Medios de Verificación	Supuestos y Riesgos
FIN				
PROPÓSITO				
COMPONENTES				
ACTIDADES				

Fuente: Gesoc (2010, p. 7).

El elemento central para darle una perspectiva de DH es que los fines, el impacto esperado de la PP, siempre sea el ejercicio efectivo del derecho. Así, de forma automática, el resto de las casillas (propósito, componente y actividad) irá obteniendo perspectiva de DH y se consagrarán indicadores de DH.

El enfoque basado en resultado promovido por el paradigma de la NGP conlleva una serie de problemas, entre otros relacionados con la definición misma de los objetivos que se buscan alcanzar con este tipo de herramientas. Generalmente, estas reformas son motivadas por objetivos propios del gobierno –por ejemplo el ahorro y la eficiencia del gasto público o el fortalecimiento de las medidas de control y rendición de cuentas gerencial-, que no necesariamente implican la generación

de valor público apreciado por la ciudadanía (GESOC, 2009, p. 23). Por ejemplo, en México, el gobierno federal ha instrumentando la perspectiva de la NGP desde un corte meramente gerencial con una clara visión de orientación a resultados, a partir de una estrategia que integra mecanismos de medición y evaluación del desempeño, y que tiene un doble objetivo: “racionalizar el proceso de asignación de gasto y modernizar la gestión pública” (ZABALETA SOLIS, 2008, p. 44).

Por su lado, en años recientes, el Gobierno del Distrito Federal (GDF) ha dado los primeros pasos en la conformación de una estrategia integral de orientación a resultados. La intención es también mejorar la eficiencia y eficacia del gasto público; sin embargo, se introduce un elemento novedoso, a saber: la voluntad de alinear los objetivos y resultados de la acción gubernamental hacia la satisfacción de los derechos políticos, civiles, sociales, culturales y ambientales de las personas, y un enfoque de género que busca revertir las desigualdades sociales entre hombres y mujeres.²¹ Para ello, la intención del GDF es construir un modelo de planeación-programación-presupuestación-evaluación con un enfoque de generación de *valor público*, a partir del reconocimiento de la obligación internacional del Estado de respetar, proteger, garantizar y satisfacer los DH y la perspectiva de género.²² No obstante, el esfuerzo en el Distrito Federal es aún incipiente y presenta una serie de limitaciones.²³

3.3 Evaluación y construcción de indicadores

Cada una de las etapas del ciclo de vida de las PP puede ser evaluada, podemos evaluar la toma de decisiones, el diseño de los programas, la gestión de los mismos, los resultados y el impacto. En la medida en que los estándares internacionales en materia de DH son recuperados como fines y objetivos de la PP por medio de la MML, los indicadores propuestos para estas evaluaciones (tal vez con la única excepción de la evaluación de gestión) automáticamente se referirán al cumplimiento de los derechos.

Uno de los elementos centrales para poder llevar a cabo la evaluación es la construcción de indicadores. En los últimos años, el tema de los indicadores está en el centro de los debates sobre la medición de los avances o retrocesos en la realización de los DH. La discusión se centra, entre otros aspectos, sobre la posibilidad de crear un sistema articulado de indicadores comprensivos y confiables que, en virtud del principio de indivisibilidad e interdependencia de los DH, sea aplicable tanto al cumplimiento de los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos, sociales y culturales.

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (NACIONES UNIDAS, 2008), en su reciente *Informe sobre indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos*, identifica tres tipos de indicadores:

1. *Indicadores estructurales*: reflejan la ratificación y adopción de instrumentos jurídicos conforme a los estándares internacionales de DH y la existencia de mecanismos institucionales básicos (instituciones, estrategias, políticas, planes, programas, etc.) para facilitar la realización de un determinado derecho. Permiten medir el compromiso del Estado para organizar el sistema legal y el aparato institucional para cumplir sus obligaciones.

2. *Indicadores de proceso:* se refieren a la medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, políticas, planes, programas u otras intervenciones específicas, encaminadas a tener impacto en el ejercicio de uno o varios DH. Buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos.
3. *Indicadores de resultado:* son los que reflejan el impacto real de las intervenciones del Estado sobre el nivel de vigencia de los derechos. Describen los logros, individuales y colectivos, que reflejan el grado de realización de un derecho humano en un determinado contexto.

Además de estas tres categorías de indicadores, se desarrollan otros relativos a las normas o principios transversales de DH que no se identifican con la realización de un determinado derecho humano, sino que muestran en qué medida el proceso para aplicar y hacer efectivos los DH es, por ejemplo, participativo, no discriminatorio, transparente, etc, es decir cumple con los principios transversales de aplicación.

Como primera medida, para que un indicador sea útil, debe estar claro y directamente vinculado a algo que nos interesa y que expresamente debe estar señalado en alguna de las herramientas de racionalidad de las PP, en particular en la MML. Así, la creación de un indicador, para que sea útil, debe estar relacionada con una actividad, componente, fin o resultado de la PP.

Un desafío distinto proviene de la evaluación de impacto de la PP implementada. Para entrar a este tema, vale la pena distinguir los niveles de profundidad de la administración pública. Se pueden considerar tres niveles: el nivel macro donde podemos pensar en los impactos de largo plazo de la PP. El meso donde podemos ubicar los resultados de corto y mediano plazo. Y el nivel micro que se refiere a las unidades administrativas particulares y, en algunos casos, a funcionarias y funcionarios públicos específicos donde podemos identificar los análisis de gestión administrativa (GONZÁLEZ, s.d.).

NIVELES DE PROFUNDIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y TIPOS DE EVALUACIÓN		
Nivel de profundidad	Ámbito de alcance	Productos de evaluación y monitoreo
MACRO	Indicadores de impacto (cumplimiento de derechos).	Evaluaciones de impacto: informes trianuales o quinquenales de avance por derecho.
MESO	Indicadores de resultados de programas gubernamentales relacionados con cada derecho.	Informes de monitoreo anuales.
MICRO	Indicadores de gestión (insumos, procesos y productos) de las unidades ejecutoras de gasto relacionadas con cada resultado e impacto.	Informes de monitoreo semestrales de avance físico-financiero, de cobertura, de focalización, etc.

Fuente: González (s.d.).

El punto final, previo al reinicio del ciclo de la PP, será la evaluación de impacto. Aquí hay un elemento interesante a destacar, a diferencia de los indicadores establecidos en la MML, en esta evaluación lo que se tendrá es un set de indicadores para medir las distintas obligaciones y componentes por cada uno de los derechos.

Siguiendo la metodología propuesta por Anaya Nuñez (2008), el primer paso para la definición de indicadores de DH es la elaboración de una definición clara y detallada del contenido del derecho y la identificación de sus distintos componentes o atributos, una posibilidad es el desempaque del derecho trabajado más arriba. El siguiente paso es la operacionalización de cada componente o atributo, es decir la selección de un número variado de indicadores por cada componente y la definición de las técnicas de medición de cada indicador. El set de indicadores proviene del derecho desempaquetado, cada una de las obligaciones y elementos esenciales del derecho debe tener por lo menos un indicador, por lo que de la misma forma que se pueden generar decenas de obligaciones, también se pueden generar decenas de indicadores. Este set de indicadores debe conformar un índice, que nos mostrará la situación que guarda el derecho en cuestión en un momento inicial determinado y previo a la implementación del programa. El aspecto central es que este índice funciona como línea de base, y debe replicarse por lo menos cada año para conocer el status del ejercicio de un derecho en el largo plazo. Luego de la implementación de la PP, después de realizada la evaluación de diseño, gestión y resultados, se debe realizar la evaluación de impacto, la expectativa es que el índice en general (o alguna de las obligaciones o elementos esenciales en particular) haya mejorado con respecto a la medida previa a la realización del programa, como consecuencia de la implementación del programa mismo.

Si la implementación fue correcta (los indicadores a nivel micro y meso son aceptables), pero no hay ninguna diferencia a nivel macro (el plan se aplicó correctamente pero no se generó ningún impacto), entonces el problema se encuentra en el diagnóstico. Muy probablemente se hizo un mal análisis en torno a las diversas relaciones causales que estructuraban el problema, por lo que pese al cumplimiento del programa, no logramos mejora alguna. También puede suceder que el problema no se encuentre en el diagnóstico, sino que algunas precondiciones del programa no se hayan cumplido o que haya un nuevo contexto no previsto al momento de diseñar la política.

Los indicadores constituyen una herramienta fundamental para el monitoreo y la fiscalización, pero presentan una serie de obstáculos de orden teórico como metodológico. El primero tiene que ver con la riqueza conceptual de cada derecho cuya operacionalización requeriría de demasiados indicadores, por lo que es preciso circunscribir la definición del derecho a su contenido básico y seleccionar un número razonable de indicadores con base en criterios teóricos sólidos. En este sentido, la OACNUDH (NACIONES UNIDAS, 2008) estima que un promedio de cuatro atributos podría recoger con mediana precisión la esencia del contenido normativo de los derechos. Más aún, es importante construir índices de indicadores por derecho, de lo contrario, lo que se tendrá son largas listas de indicadores que, en su

conjunto, no logren indicar nada con respecto a un objeto específico. Retomando al señalamiento de Anaya Nuñez (2008), la definición de un índice presenta una dificultad más: la agregación. La elaboración de un índice implica la suma de los indicadores definidos por cada componente de cada derecho. En consecuencia conlleva a definir si todos los indicadores tienen la misma importancia, de tal forma que el índice los pueda agregar linealmente, o si, por el contrario, se les deba asignar un peso distinto y ponderarlos.

La medición de la situación de DH enfrenta otro reto, pues requiere del tratamiento de aspectos subjetivos, como lo son la valoración de la pertinencia de una ley a la luz de los estándares internacionales, la adecuación de una PP, la pertinencia de los recursos judiciales existentes, la recurrencia de casos de violaciones, etc. Lo más común es que esta información no esté sistematizada, y menos codificada. Esta información requiere de un tratamiento especial para poder asignarle una expresión cuantitativa. En estos casos, se propone la práctica de la codificación, es decir, a partir de la revisión de fuentes secundarias de información (informes oficiales, informes de organismos autónomos de DH, denuncias y acciones urgentes de organismos de la sociedad civil, etc.), un grupo de evaluadores entrenados y calificados valora y adjudica puntos en una escala ordinal, dándole una calificación a un aspecto determinado del derecho. El desafío aquí es la definición, previa al ejercicio, de reglas de codificación claras y transparentes que permitan reducir los espacios de subjetividad.²⁴

Los trabajos más relevantes que se han realizados en este sentido son los índices Freedom House y Terror Scale que enfatizan los derechos civiles y políticos; así como el índice construido por Cingranelli y Richards que también incluye algunos derechos económicos y sociales.

4 A manera de conclusión: fin y reinicio del ciclo de vida de la política pública

Cumplidos todos los puntos anteriores, hemos logrado el cometido:

- Tendremos de forma muy clara “el desempaque de los derechos”, es decir, conoceremos las obligaciones y componentes que integran los estándares internacionales del DIDH.
- A través de herramientas como los planes y programas de DH y la MML habremos logrado establecer dichos estándares internacionales como fines y objetivos de la PP.
- Tendremos los indicadores necesarios para poder realizar las evaluaciones del programa en cuestión a partir de los estándares internacionales de DH tanto a nivel micro como en el meso y macro.
- Tendremos evidencia proveniente de una evaluación de impacto para saber si la política diseñada está logrando mejorar el cumplimiento de los DH o, en su caso, poder reformular los aspectos necesarios de la estructuración del problema y del diseño de la política.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ABRAMOVICH, V. 2006. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas del desarrollo. *Revista de la CEPAL*, n. 88, abr.
- ANAYA NUÑOZ, A. 2008. Hacia una metodología para el diagnóstico y la medición de la situación de los derechos humanos en México. En: ARJONA, J.C.; GUZMÁN, G. (Comp.). 2008. **Hacia una metodología para la medición del cumplimiento de los derechos humanos en México**. México: Universidad Iberoamericana. p. 31-57.
- CANTO, M. 2002. Incidencia en Políticas Públicas. Marco conceptual. En: CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y CULTURALES ANTONIO MONTESINOS. **Estrategias y herramientas de incidencia ciudadana en políticas públicas**. México. p. 261-278.
- DOMÍNGUEZ P, M.; ZERVEÑO N., F. 2008. Análisis del esquema de evaluación de programas federales sociales implementado en 2007: el programa anual de evaluación y la matriz de marco lógico. En: GONZÁLEZ, A. (Coord.). **¿Gobernar por resultados?** Implicaciones de la política de evaluación del desempeño del Gobierno mexicano. México: GESOC. p. 74-110.
- FERRAJOLI, L. 1999. **Derechos y Garantías. La ley del más débil**. España: Editorial Trotta.
- _____. 2006. **Sobre los derechos fundamentales y sus garantías**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- FRIEDMAN, M. 1966. **Capitalismo y libertad**. Ediciones Rialp.
- _____. 1992. **Libertad de elegir: hacia un nuevo liberalismo económico**. México: Grijalbo.
- GESOC. 2009. **Modelo general para la elaboración del presupuesto del gobierno del Distrito Federal con enfoque de resultados, derechos y género**. [s.l.] Mimeo. Disponible en: <www.gesoc.org.mx>. Visitado en: marzo de 2011.
- _____. 2010. **Programación basada en resultados con perspectiva de derechos humanos en el Distrito Federal**. [s.l.] Mimeo. 40 p.
- GONZÁLEZ, A. (s.d.). **¿Para qué evaluamos?** Los dilemas del uso de la información de desempeño en México. [s.l.] Mimeo. 28 p.
- JIMÉNEZ BENÍTEZ, W.G. 2007. El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas. *Civilizar*, Colombia, n. 11, p. 31-46, enero-junio.
- LASSWELL, H. 1992. La orientación hacia las políticas. En: AGUILAR VILLANUEVA, L.F. (Ed.). **Estudio de las Políticas Públicas**. México: Porrúa. p. 79-103. v. 1 (Antologías de Política Pública). (primera edición en inglés 1951).
- MÉXICO. 2008a. Comité Coordinador para la Elaboración Del Diagnóstico y Programa de DH DEL DF. **Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal**.

- _____. 2008b. Secretaría de Finanzas. **Manual de Programación y presupuestación para la formulación del anteproyecto del presupuesto de egresos del 2009.**
- _____. 2009. Comité Coordinador para la Elaboración Del Diagnóstico y Programa de DH DEL DF. **Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal.**
- NACIONES UNIDAS. 1948. **Declaración Universal de los Derechos Humanos.** 10 dic.
- _____. 1966. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16).
- _____. 1979. **Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.**
- _____. 1984. **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.** 10 de diciembre.
- _____. 1989. **Convención sobre los Derechos del Niño.** 20 de noviembre.
- _____. 1990. **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.** 18 de diciembre.
- _____. 1993. **Declaración y Programa de Acción de Viena,** A/CONF.157/23, 12 de julio 1993.
- _____. 2001. **Compilación de directrices relativas a la forma y el contenido d los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos,** HRI/GEN/2/Rev.1, 9 de mayo de 2001, 101 p.
- _____. 2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Handbook on National Human Right Plans of Action.** HR/P/PT/10
- _____. 2004. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: Un marco conceptual.** Nueva York y Ginebra.
- _____. 2005. **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,** CERD/C/469/Add.1 6 de mayo de 2005.
- _____. 2006a. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** CCPR/C/ITA/CO/5, 24 abr.
- _____. 2006b. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de DH.** HRI/MC/2006/7.
- _____. 2006c. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo.** Nueva York y Ginebra.
- _____. 2006d. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Principios y Directrices para la Integración de los Derechos Humanos en las Estrategias de Reducción de la Pobreza.** Ginebra.

- _____. 2007. **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. 13 sept.
- _____. 2008. **Informe sobre de indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos**. HRI/MC/2008/3. 15 de mayo.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). 1948. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Declaración Americana de Derechos y Deberes Del Hombre**. Colombia.
- _____. 1969. **Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”**. San José de Costa Rica, 22 nov.
- _____. 1985. **Convención Interamericana Para Prevenir Y Sancionar La Tortura**. Colombia, 12 sept.
- _____. 1988. **Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”**. El Salvador, 17 nov.
- _____. 1990. **Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Convención sobre Pena de Muerte**. Asunción, 6 ago.
- _____. 1994a. **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas**. Belém do Pará, 9 jun.
- _____. 1994b. **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer**. Belém do Pará, 9 jun.
- _____. 1999. **Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad**. Guatemala, 6 jul.
- _____. 2000. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión**. Octubre.
- _____. 2001. **Carta Democrática Interamericana**. Perú, 11 sep.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 1989. **Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo**.
- OSBORNE, D.; GAEBLER, T. 1994. **Un nuevo modelo de gobierno**. Como transformar el espíritu empresarial al sector público. México: Gernika.
- PISARELLO, G. 2007. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta.
- SERRANO, S.; VÁZQUEZ, D. 2011. Fundamentos teóricos de los derechos humanos. En: CDHDF. **Programa de capacitación y formación profesional den derechos humanos**. Fase de inducción. México: CDHDF. p. 205-268.
- ZABALETA SOLIS, D. 2008. Una mirada institucional a la política federal de evaluación del desempeño en México: algunas implicaciones a la luz del paradigma gerencialista. En: GONZÁLEZ ARREOLA, A. (Coord.). **¿Gobernar por resultados?** Implicaciones de la política de evaluación del desempeño del Gobierno mexicano. México: Gesoc. p. 42-73.

NOTAS

1. Es importante resaltar que aquí se estudia a la política pública como una disciplina, como un cuerpo teórico-analítico con capacidad de aplicaciones prácticas que tiene como principal objetivo darle racionalidad a la función pública. En este sentido, es importante distinguir el análisis de las políticas públicas de la administración pública, más longeva la segunda y con objetivos formación teórica distinta.

2. El análisis de la política pública llegó a México hasta la década de los ochenta, a partir de la fuerte crisis económica que sufrió Latinoamérica en aquellos años y que obligó a todos los países a establecer mecanismos de racionalización en el uso de sus recursos que en ese momento se tornaban muy escasos.

3. Nos referimos tanto a los órganos gubernamentales que integran los poderes ejecutivo, legislativo o judicial, como a los niveles de gobierno federal, local o municipal, así como a los órganos autónomos como el Banco de México, el Instituto Federal de Acceso a la Información o el Instituto Federal Electoral.

4. Es importante distinguir a la esfera pública de la agenda pública, se trata de dos conceptos distintos. Puede haber temas propios de la esfera pública que no necesariamente forman parte de la agenda pública. La esfera pública es el ámbito de discusión social conformado por múltiples nodos discursivos: los medios de comunicación, las plazas públicas, el interés colectivo, etc. Sin embargo, puede haber temas que se discutan en la esfera pública que no necesariamente conformen la agenda pública, la agenda gubernamental. Necesariamente para que un tema se convierta en problema público se requiere que entre a la agenda pública, que sea recogido por alguna de las oficinas gubernamentales para que sea motivo de análisis de las políticas públicas, para que arranque el ciclo de vida de la política pública.

5. Lo cierto es que el triunvirato formado en 1989 nunca dejó de tener fuertes tensiones. Frente a las contradicciones provenientes de los desencuentros entre los DESC y el modelo económico neoliberal, durante toda la década de los 90 y la primera década del siglo XXI se ha dado prioridad al modelo económico sobre los DH. Peor aún, a partir del ataque a las torres gemelas de Nueva York en septiembre del 2001, la seguridad se convirtió en uno de los temas clave en la agenda política de los gobiernos democráticamente electos. Frente a las tensiones que se generan entre muchos de los mecanismos provenientes de la política de seguridad y los DH, se dio prioridad a los primeros. Así, el feliz triunvirato de 1989 se ha desarticulado.

6. Además se ponía en duda la capacidad política de los Estados subdesarrollados de “timonear el barco” cuando tenían que entrar en conflicto con poderes económicos muy superiores a ellos como las grandes empresas transnacionales u otros Estados

que defendían los intereses de sus empresas. Además, hoy es claro que el mercado puede ser tan ineficiente (y tan corrupto) como el Estado en la prestación de servicios públicos.

7. La oportunidad se refiere a que los productos esperados de la política pública lleguen en los momentos adecuados. Por ejemplo, en el derecho a la salud, si la distribución de un medicamento para solucionar una enfermedad urgente llega al hospital en cuestión una semana después de que el enfermo falleció, la política pública no fue oportuna.

8. La construcción del sujeto de derechos puede observarse desde la historia de los movimientos constitucionales. Tanto en la conformación de la Carta Magna de 1215 como en la Petition of Rights y en la Bill of Rights de las revoluciones inglesas del siglo XVII, en la Declaración de Virginia de la guerra de independencia de EUA, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución Francesa de 1791 lo que vemos son reconocimiento de derechos “arrancados” al poder político a través de movimientos sociales insurreccionales: la construcción fáctica por medio del conflicto del sujeto de derechos.

9. En inglés el concepto clave para entender este proceso de empoderamiento es *right-holder* que en traducción literal sería “derechohabiente”. Sin embargo, la palabra derechohabiente no tiene el impacto o la fuerza que supone ser un *right-holder*, un sujeto de derechos, esta capacidad de autodeterminación del individuo, esta potestad de pasar de súbdito a ciudadano. La palabra ciudadano tampoco sería la más útil ya que dejaría fuera del rango a las personas que no cumplen con los requisitos de ciudadanía y que, sin embargo, por supuesto que son sujetos de derechos como los inmigrantes ilegales, los inmigrantes legales o residentes o los niños y jóvenes que aún no tienen la edad suficiente para ser considerados ciudadanos. Parece que el mejor concepto para pensar en el empoderamiento es la construcción del sujeto de derechos, no obstante, es importante que el lector mantenga en la cabeza la idea de que no se trata de un concepto jurídico, sino eminentemente político, no se trata sólo del otorgamiento legislativo de un set de derechos, sino de la posibilidad y capacidad de ejercer potestades que le permitan ejercer efectivamente la libertad como autodeterminación; no se trata sólo de poner derechos en una ley, se trata de establecer condiciones de ejercicio y empoderamiento del sujeto. Sobre este punto, los debates que desde la teoría de la justicia se han desarrollado entre Rawls, Dworkin y Amartya Sen son elementales para recuperar la idea de bienes primarios, recursos o capacidades.

10. En el sistema interamericano de derechos humanos, además de la Declaración se cuenta con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OAS, 1969) y su protocolo en Materia de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales también conocida como “Protocolo de San Salvador” (OAS, 1988), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (OAS, 1985), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (OAS, 1994a), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (OAS, 1994b), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (OAS, 1999), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Convención sobre Pena de Muerte, la Carta Democrática Interamericana, y la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

En el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, además de la Declaración se cuenta con varios tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (NACIONES UNIDAS, 2006a), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (NACIONES UNIDAS, 1966); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (NACIONES UNIDAS, 2005), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (NACIONES UNIDAS, 1979), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

11. Muchos de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que pertenecen a las Naciones Unidas tienen un Comité que se encarga de velar por el cumplimiento de las obligaciones internacionales establecidas en los tratados mencionados. En su mayoría lo hacen a través de dos mecanismos: la revisión de los informes que presentan los países y la resolución de quejas individuales presentadas por presuntas víctimas de la violación de derechos humanos de algún país en particular. En el cumplimiento de sus obligaciones estos órganos emiten resoluciones que sirven como insumos para identificar los extremos de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

12. Actualmente hay tres órganos internacionales y jurisdiccionales en materia de derechos humanos: la Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos. Estos órganos emiten tanto sentencias provenientes de controversias jurisdiccionales como observaciones consultivas provenientes de solicitudes de algunos países en torno a la interpretación y alcances de las obligaciones de derechos humanos.

13. Se debe mencionar que la teoría de las obligaciones del Derecho Internacional de

Derechos Humanos no sólo es reciente, sino que aún se encuentra en construcción. En buena medida, son los órganos internacionales como las Cortes y Tribunales de Derechos Humanos así como los Comités de Naciones Unidas a través de las observaciones generales. En la medida en que la conceptualización y especificación de las obligaciones del DIDH se realiza de forma simultánea por distintos órganos, no se tiene una construcción única, sino diversos avances que tienen puntos de contacto y de disenso. Por ejemplo, en sus Observaciones Generales, el Comité DESC maneja la obligación de *cumplir*, que requiere que el Estado adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole con miras a lograr la plena realización de los derechos. Esta obligación se subdivide en las obligaciones de *facilitar*, *garantizar* y *promover*. La obligación de *facilitar* significa en particular que el Estado adopte medidas positivas que permitan y ayuden a las personas y a las comunidades a disfrutar sus derechos. También el Estado está obligado a *garantizar* un derecho cada vez que un individuo o grupo no pueda, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo utilizando los recursos que hay a su disposición. La obligación de *promover* requiere que el Estado adopte medidas para que se difunda la información adecuada sobre los derechos. La conceptualización establecida en el cuadro es la que más ayuda para los objetivos de esta sección.

14. La reparación implica la restitución del derecho donde esto sea posible, por ejemplo, si la violación consiste en la privación ilegal de la libertad, la restitución implica poner en libertad a la persona. Hay casos donde el derecho no puede ser restituido, como el derecho a la vida. La reparación también implica la indemnización para tratar de resarcir los daños tanto materiales como morales. La reparación también suele incluir medidas que garanticen la no repetición del acto y que construyan la memoria histórica, como la construcción de parques o monumentos conmemorativos o el reconocimiento público de los gobiernos de los actos violatorios de derechos humanos y la emisión de disculpas.

15. Estos ejes transversales fueron identificados por el grupo de trabajo sobre metodología del Comité Coordinador para la Elaboración del Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, en el que participaron de forma activa ambos autores.

16. Los principios de igualdad y no discriminación están consagrados en casi todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se establecen en los artículos 1° y 2° de la Declaración Universal de Derechos humanos (NACIONES UNIDAS, 1948); en los artículos 1°, 2° y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (NACIONES UNIDAS, 2006a); en los artículos 1° y 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (NACIONES UNIDAS, 1966); en el artículo II de la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OAS, 1948) y en los artículos 1° y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OAS, 1969). Dos convenciones internacionales los consagran de forma más específica: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (NACIONES UNIDAS, 2005) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (NACIONES UNIDAS, 1979).

17. Véanse, por ejemplo, el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (NACIONES UNIDAS, 1948), el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (NACIONES UNIDAS, 2006a) y el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (NACIONES UNIDAS, 1966).

18. Véanse, por ejemplo, los artículos 2, 5, 6 y 7 del Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989) y los artículos 5, 18, 23, 27 y 43 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (NACIONES UNIDAS, 2007).

19. Abramovich (2006) alerta sobre la práctica de algunos países de imponer limitaciones a las manifestaciones públicas y por ende de menoscabar los derechos de reunión y expresión; asimismo recuerda que la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fijó como principio que la criminalización, entendida como el uso de figuras penales para perseguir acciones de protesta social, debe ser un último recurso y utilizarse sólo si se ha acreditado un interés público imperativo).

20. Por ejemplo, en la elaboración del Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal (2007-2008) (MÉXICO, 2008a) uno de los derechos a analizar fue el debido proceso. Una de las obligaciones básicas de este derecho es que la persona sometida a proceso judicial cuente con un traductor. Frente a la pregunta ¿cuántas personas necesitaron un traductor en sus proceso y cuántas de ellas efectivamente lo tuvieron? No había datos ni oficiales ni de ningún otro tipo, por lo que esta obligación ni siquiera podía ser diagnosticada.

21. La integración de un presupuesto con perspectiva de derechos humanos constituye una de las 16 recomendaciones encomendada en el *Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal* (MÉXICO, 2008a). Cabe señalar que el Comité Coordinador para la Elaboración del Diagnóstico y Programa del Distrito Federal, a través de su Grupo de Trabajo sobre Presupuesto, desempeño un papel importante en el impulso y

atención de dicha recomendación, al acompañar y asesorar al Gobierno del Distrito Federal, en particular a la Secretaría de Finanzas en la primera fase de este proceso, e implementando en 2008 y 2009 un proyecto piloto con la Secretaría de Salud del Distrito Federal la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal y el Sistema de Agua de la Ciudad de México.

22. Este cambio de paradigma estuvo asentado en el Manual de programación y resupuestación para la formulación del anteproyecto del presupuesto de egresos del 2009, elaborado por la Secretaría de Finanzas, para servir de apoyo a las diferentes instancias de la Administración Pública del Distrito Federal, para la elaboración e integración del Ejercicio Fiscal 2009 (MÉXICO, 2008b). A raíz de ello, se revisó y reagrupó la estructura presupuestal 2009 alrededor de grandes "Resultados" y "Sub-resultados" formulados en términos de DH y género. Asimismo, se introdujo la metodología de la MML, a través de una matriz simplificada llamada "Marcos de Política Pública" (MPP) que debía ser elaborada para justificar cada actividad institucional programada por las Unidades Responsables, mismas que debían ser vinculadas a los metas-objetivos, es decir los antes mencionados "resultados" y "sub-resultados" Este enfoque resulta ciertamente novedoso y se presenta como una opción pertinente y relevante para integrar el enfoque gerencial y las perspectivas de DH y género.

23. La metodología necesita ser mejorada, retomando cabalmente la herramienta de la MML para ayudar a ordenar y dar mayor coherencia al proceso de planeación y programación presupuestal. Asimismo, es preciso insistir en la necesidad de difundir y generalizar el conocimiento acerca del DIDH -en particular de las obligaciones del Estado-, así como del uso de estas herramientas al interior de las unidades responsables de la realización de las acciones y programas, en particular para permitir que plasmen ambas perspectivas. Como lo concluye GESOC: "el aprendizaje y la retroalimentación de este tipo de herramientas, aunado a un proceso de sensibilización y socialización del poder que puede tener el uso pertinente de este tipo de metodologías integradas, resultan vitales para asegurar una implementación adecuada de este tipo de estrategias" (GESOC, 2010, p. 30).

24. Anaya Nuñez da el siguiente ejemplo: para calificar la situación relativa a la tortura, los evaluadores deciden otorgar un 0 si, según las fuentes secundarias consultadas, se determina que la práctica de la tortura es frecuente (50 o más casos registrados), un 1 si es ocasional (1 a 49 casos), y un 2 si no es ocasional (cerca de 0 casos registrados) (ANAYA NUÑOZ, 2008, p. 45-52).

ABSTRACT

The human rights discourse is accepted by practically every government. A state can hardly portray itself openly as a violator of human rights. But how do we turn this discourse into public policy? We propose using the tools developed by New Public Management and applying them to the public policy cycle, which can be given additional substance by unpacking the obligations, essential elements, and cross-cutting principles of human rights.

KEYWORDS

Public policies – Human rights – New Public Management – Empowerment

RESUMO

O discurso dos direitos humanos é praticamente aceito por qualquer governo. Dificilmente um Estado seria concebido abertamente como violador dos direitos humanos. No entanto, como transformamos esse discurso em política pública? Propomos o uso das ferramentas elaboradas pela Nova Gestão Pública e sua aplicação ao ciclo de vida da política pública; elas podem ser dotadas de conteúdo por meio das obrigações, elementos essenciais e princípios transversais dos direitos humanos.

PALAVRAS CHAVE

Políticas públicas – Direitos humanos – Nova Gestão Pública – Empoderamento



J. PAUL MARTIN

J. Paul Martin es profesor y director de estudios de derechos humanos del Barnard College, de la escuela de mujeres de Columbia, desde que dejó su puesto como director ejecutivo del Centro para el Estudio de los Derechos Humanos de la Universidad de Columbia después de 27 años. Su trabajo de investigación actual incluye la educación en derechos humanos en zonas que atravesaron conflictos y el post-secularismo. También desarrolló un interés

cada vez mayor por los derechos humanos en Haití, donde colabora en el desarrollo de una maestría en derechos humanos para jóvenes profesionales de la enseñanza, la justicia penal, la religión, la defensa social y el derecho.

E-mail: jpm2@columbia.edu

RESUMEN

En base a lo aprendido en un trabajo de investigación sobre la educación en derechos humanos en comunidades africanas y latinoamericanas que atravesaron situaciones de conflicto, el presente trabajo postula (a) que Haití debe comenzar de inmediato a sentar las bases para una sociedad que mejore significativamente respecto de los últimos doscientos años, (b) que dos de los grupos cruciales en tal proceso serán las mujeres y los jóvenes profesionales y (c) que, por lo tanto, se necesita, entre otras cosas, una educación en derechos humanos de alta calidad para asegurar el empoderamiento político, económico y profesional.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez

Recibido en diciembre de 2010. Aceptado en mayo de 2011.

PALABRAS CLAVE

Haití – Derechos humanos – Educación en derechos humanos – Educación sostenible – Formación docente



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN COMUNIDADES EN PROCESO DE RECUPERACIÓN DE GRANDES CRISIS SOCIALES: LECCIONES PARA HAITÍ*

J. Paul Martin

Hace diez años que participo de un estudio sobre el rol de la educación en derechos humanos en las sociedades que atravesaron conflictos, sobre todo, aunque no exclusivamente, en África y América Latina. Dado que muchos de los efectos del terremoto de Haití son comparables con la devastación causada por los conflictos civiles, resulta de utilidad ver si hay lecciones que puedan aplicarse a Haití.

El proyecto de investigación evaluó la importancia y el rol que desempeñan los programas de educación en derechos humanos luego de las grandes crisis sociales provocadas por conflictos civiles, y los factores que hacen a su éxito. Se recurrió especialmente a las opiniones de actores nacionales e internacionales, entre otros, a funcionarios públicos, administradores, docentes y dirigentes locales de derechos humanos.

Dado que el contenido y los formatos de estos programas varían en forma considerable, definimos a la educación en derechos humanos, en forma amplia, como **el aprendizaje que promueve el conocimiento, las habilidades, los comportamientos y las actitudes necesarios para promover los derechos humanos y la justicia social**. Nuestra evaluación se concentró en el impacto de dicha educación, concretamente, los resultados fuera del aula. Esta definición excluye deliberadamente cualquier teoría sobre prioridades entre los derechos o sobre la relación entre el individuo y la sociedad. También excluye cualquier vinculación con teorías sobre la democracia u otras estructuras políticas, construcción de naciones o estados, identidad política, los principios y prácticas que sustentan el desarrollo económico, y con las relaciones exteriores o asuntos internacionales. Estas categorías fueron más bien usadas como ópticas y criterios para distinguir entre los distintos modelos y enfoques de la educación en derechos humanos.

*Si bien éstas son conclusiones mías, agradezco los numerosos intercambios con la Profesora Tracey Holland del Vassar College, quien condujo el reciente proyecto de investigación con fondos principalmente provenientes del Instituto de Paz de EEUU.

Las conclusiones son aún tentativas, pero algunas son pertinentes para la situación actual de Haití.

Observamos un **fuerte apoyo** a la educación en derechos humanos de parte de personas, dirigentes y docentes locales que aspiran a construir una sociedad mejor. También observamos que el apoyo de parte de muchos funcionarios locales e internacionales es mayormente de principio y no se da en la práctica cuando se trata de implementar políticas y hacer las necesarias asignaciones presupuestarias.

La educación en derechos humanos funciona **mejor cuando aborda los problemas de la vida real** de la población objetivo. Durante situaciones de emergencia importantes, por ejemplo, la mayoría de las poblaciones locales sufren de una sensación de impotencia. En esos casos, la educación en derechos humanos debe mostrar que los principios e instituciones de derechos humanos nacionales e internacionales son una fuente de empoderamiento, sobre todo respecto de los funcionarios públicos, los militares, la policía local y otros que controlan el acceso a los recursos necesarios para reconstruir sus vidas. En tales situaciones, la educación en derechos humanos debe convencer a la población objetivo de que tienen derechos y de que el gobierno y los funcionarios públicos están obligados por las leyes nacionales e internacionales a proteger dichos derechos.

Nuestra investigación también demostró que la **idea de tener derechos no era extraña para los pobladores**. A los dirigentes locales, por ejemplo, no les resultó difícil identificar como injustas a actividades que otros no dudarían en llamar violaciones de los derechos humanos. Tampoco les costó identificar las causas de las violaciones, relacionando muchas de ellas con patrones de discriminación y el uso de la violencia y el miedo. Quizás con otras palabras, atribuían las repetidas violaciones a una falta de rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos y a una falta de protección frente a las hostilidades de grupos armados privados. Estos son, sin embargo, sólo algunos ejemplos de su sentido de la injusticia. Lo importante es que, para ser efectiva, la educación en derechos humanos debe responder a los problemas reales de la población objetivo.

Los programas de educación en derechos humanos que estudiamos adoptaban **diversas formas**, desde el estudio de documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos hasta el desarrollo de las habilidades necesarias para documentar y denunciar abusos a los derechos humanos. Sin embargo, en la mayoría de los países pobres o en desarrollo, pocos de esos programas duran más de una o dos semanas. Eran, en su mayor parte, mucho más cortos. Prácticamente ninguno estaba integrado al programa de estudios de la educación pública o reforzado con capacitaciones ulteriores y otros sistema de apoyo. Sólo algunos pocos trataban de entender las causas y circunstancias de los problemas cotidianos fuera del aula. Su efectividad dependía principalmente de tres factores: el diseño del programa, la capacitación del personal docente y el acceso a recursos físicos adecuados.

En nuestro análisis de las raíces de los conflictos identificamos **a la discriminación y sus construcciones sociales asociadas como así también a los intereses económicos como las causas más comunes** de las violaciones de los derechos humanos. Las construcciones sociales se basaban en una o más formas de diferencia y diversidad, en general fenómenos más o menos objetivos como

color de piel, religión o idioma. Las construcciones se usan para definir relaciones entre “nosotros” y “ellos”, por lo general en términos negativos o confrontativos. Al mismo tiempo, esas construcciones generaban respuestas y estrategias políticas basadas en premisas poderosas pero implícitas como “dominar o ser dominados”. Esto conduce a jerarquías sociales en las que ciertos grupos desarrollan el poder de actuar en nombre de sus propios intereses sin considerar los de los demás. Si bien los beneficios económicos, la otra causa principal de los abusos de los derechos humanos, pueden ser una fuente de discriminación por sí mismos, en general se superponen con construcciones sociales asociadas a causas biológicas y culturales. Por otro lado, observamos que los beneficios económicos mutuos a menudo pueden acercar a grupos anteriormente enfrentados. La conclusión pertinente a la educación en derechos humanos es la importancia de las estrategias para corregir los patrones más graves de discriminación, de los cuales aquellos basados en el género y la identidad étnica son dos de los más generalizados.

Otra conclusión es que la educación en derechos humanos no es un agregado sino parte del **núcleo central de la educación de los ciudadanos**, dado que brinda las herramientas necesarias para evitar los conflictos violentos en la familia (violencia doméstica) y en la sociedad en general. En otras palabras, para reducir y, con suerte, evitar abusos, todas las sociedades necesitan valores e instituciones que medien con efectividad en los polifacéticos conflictos que siempre van a surgir entre los diversos intereses y grupos sociales, políticos, económicos, culturales, étnicos, religiosos y otros. Las sociedades pacíficas son aquellas que poseen instituciones efectivas. Las instituciones educativas formales e informales, incluyendo las familias y otros órganos sociales que aculturán a sus miembros para que funcionen dentro del sistema social en su totalidad, cultivan el conocimiento, las actitudes, los comportamientos y las habilidades necesarias para resolver conflictos públicos y privados sin recurso a la violencia. Esto, sin embargo, no equivale a decir que los derechos humanos y el sistema de educación formal sean las únicas formas de obtener estos resultados. Muchas sociedades han desarrollado otras instituciones para reducir la violencia. No obstante, a menudo se han vuelto ineficaces ante situaciones de gran agitación social, desde la competencia por la tierra hasta guerras civiles y cambio climático.

Una educación en derechos humanos efectiva **no es una actividad independiente**. Funciona mejor cuando se la coordina con otros esfuerzos políticos y económicos que sirvan de apoyo, en especial aquellos que construyen **comunidades locales independientes y participativas**. La acción coordinada para examinar e identificar las causas previas y permanentes de la discriminación y la desigualdad es un paso crucial, aunque extremadamente difícil, en el camino hacia su eliminación. En este sentido, los participantes de los programas de educación en derechos humanos subrayaban el valor de la capacitación en habilidades tales como pensamiento crítico y gestión de conflictos tanto en la familia como en la esfera pública. Al mismo tiempo, la educación en derechos humanos debe enfatizar la emancipación política y social como forma de alentar y permitir que las personas participen de las decisiones que afectan a sus vidas. Lograr que los sujetos objetivo de la educación en derechos humanos pasen de verse como víctimas a verse como agentes era un objetivo común de la mayoría de los programas que estudiamos.

Las instituciones educativas se encuentran al frente de estos esfuerzos. Lamentablemente, la educación, por su mera ausencia o por los sesgos que se enseñan, también puede contribuir a perpetuar la división social y la falta de preparación de la población para hacer frente a las grandes crisis. Así, luego de una crisis de magnitud, como el terremoto de Haití, cuando las escuelas quedaron aún más desprovistas de materiales y aulas, los docentes se vuelven aún más necesarios para interpretar y lidiar con los problemas sociales que los rodean. Hace falta una educación en derechos humanos si queremos que las personas sientan que tienen el poder de responder a los grandes desafíos que enfrentan, es decir, que dejen de ser víctimas para ser agentes. Eso es algo que sólo pueden lograr si no se sienten impotentes e incapaces de engendrar respuestas positivas de parte de quienes detentan el poder. En nuestra investigación también observamos que la educación en derechos humanos debe comenzar lo antes posible antes de que el sistema vuelva a establecerse en su situación anterior. Los educadores de derechos humanos también recomiendan que la educación en derechos humanos lleve de inmediato actividades fuera del aula.

Uno de los problemas crecientes durante y después de una guerra civil es el aumento de la violencia contra las mujeres, especialmente como arma de guerra. Observamos que como parte de sus respuestas, las mujeres se organizaban para prevenir dicha violencia. Cada vez más, adoptan estrategias que usan un lenguaje de empoderamiento, movilización y agencia. Suelen ser las voces que más se hacen oír en busca de acciones locales e internacionales tendientes a prevenir estas formas de violencia.

Con todos estos datos como criterio, los acontecimientos recientes en Haití presentan un **panorama mixto**.

Por el lado positivo, hay una enorme respuesta internacional que, según algunos, hace que haya 10.000 ONG trabajando en el país. Hay también muchos informes de proyectos de reconstrucción individuales y colaboración entre las ONG para el bienestar de los niños. Igualmente significativo es el hecho de que los trabajadores humanitarios experimentados informan comúnmente que a pesar de la tragedia, los ciudadanos haitianos en general son notablemente resilientes y optimistas en comparación con los ciudadanos que han visto en otras partes en situaciones similares.

Por el lado negativo, hay pocas evidencias de actividades que tengan la capacidad de cambiar los patrones sociales generales que se han establecido en los últimos doscientos años posteriores a la independencia de Haití. No hay una visión dominante acerca de cómo el futuro puede ser distinto del pasado. Los políticos ofrecen beneficios de corto plazo. No se habla de reducir los patrones de discriminación que se siguen observando ni del tipo de educación, capacitación y desarrollo de capacidades necesarias para promover un futuro distinto. Las conversaciones se concentran, comprensiblemente, en las enormes necesidades inmediatas como la reconstrucción de las instituciones básicas del estado, incluso todas las instituciones educativas devastadas por el terremoto. Faltan análisis sociales que determinen los objetivos y, especialmente, las estrategias detalladas necesarias para asegurar un futuro distinto para la nación.

Dos de las preocupaciones principales de la educación en derechos humanos son la emancipación política y económica. Juntas engloban muchos derechos individuales. En el caso de Haití, la emancipación tanto política como económica exige que el gobierno implemente más estructuras que recompensen a los ciudadanos por contribuir a la reconstrucción. También requiere la superación de las divisiones sociales que desde hace tiempo privilegian a un grupo sobre otro, y el desarrollo de actividades que alienten a las comunidades a debatir y abordar los problemas que enfrentan a diario. Dichos problemas incluyen el acceso al agua dulce y el alimento, el SIDA y otras enfermedades, las condiciones de salubridad, salud, relaciones comunitarias y, especialmente, el acceso al empleo. La emancipación económica y la emancipación política están intrínsecamente vinculadas. Ambas exigen nuevas ideas que permitan a los jefes de hogar mantener a sus familias. En nuestras investigaciones en otras partes observamos muchas formas en las que las comunidades pobres enfrentan estos y otros problemas comunes en forma cooperativa e independiente. La emancipación política es especialmente necesaria en las sociedades afectadas por profundas divisiones sociales, como Haití, donde hay importantes segmentos de la ciudadanía que ven a otros como privilegiados y a ellos mismos como marginados y subordinados. El grado y el impacto de tal insatisfacción en Haití, sin embargo, aún deben ser evaluados.

En opinión de los educadores, uno de los principales objetivos de la educación en derechos humanos, ya sea en una situación de crisis o no, es ayudar a la sociedad a abordar y resolver sus problemas sin recurrir a la violencia. En una situación como la de Haití luego del terremoto, donde prácticamente no funcionan las instituciones públicas, el objetivo sigue siendo reducir la violencia y resolver los problemas en forma pacífica. ¿Cómo pueden alcanzarse éste y otros objetivos de la educación en derechos humanos?

Hacia el futuro: Cómo responder

Nuestro trabajo de investigación en África y América Latina demostró que la decisión inicial crucial a la hora de promover el desarrollo de capacidades para mejorar los derechos humanos es la elección del grupo o grupos objetivo. La elección de dicho grupo es crucial dado que los recursos disponibles son limitados y corren el peligro de que se los estire demasiado como para asegurar la sostenibilidad. La elección del grupo objetivo por lo general se basa en principios utilitarios, es decir, cuál es la mejor manera de asegurar el mayor beneficio para la mayor cantidad, y la sostenibilidad de largo plazo. Luego, el contenido y la metodología deben desarrollarse de manera tal que sean pertinentes para la vida cotidiana del grupo objetivo. En Haití, hay numerosos grupos objetivo potenciales: la policía, funcionarios públicos, ONG locales, trabajadores de la salud, fuerzas militares de la ONU, docentes, agencias de ayuda humanitaria, el clero, etc., como así también el público en general. Debe desarrollarse un argumento para cada uno.

Dada la gran cantidad de otros programas diseñados para ayudar a Haití, en su búsqueda de beneficios de largo plazo y para romper los ciclos del pasado, el país debe mirarse a sí mismo y a sus propios recursos que no han sido bien movilizados

como líderes, notablemente sus mujeres. Esto no significa sólo proyectos aislados sino un esfuerzo amplio por aumentar la emancipación política y económica de las mujeres. Hay todo tipo de señales que indican que muchas mujeres en Haití son capaces y están dispuestas a enfrentar ese desafío. Lo que faltan son los conocimientos, las habilidades y las estructuras institucionales necesarias. Los esfuerzos por emancipar a las mujeres no deben ser vistos como un proyecto aislado, sino como iniciativas que incorporan nuevos recursos al proyecto mucho mayor de reconstrucción de una nueva Haití. Otro sector clave son los jóvenes profesionales de Haití, que salen a la sociedad desde las academias de policía, universidades, seminarios religiosos, escuelas de enfermería y medicina. Una educación en derechos humanos bien diseñada es uno de los ingredientes necesarios para desarrollar las capacidades de liderazgo de mujeres y jóvenes profesionales, lo que a su vez llevará a nuevas visiones sociales para Haití.

Con estos objetivos en mente para la educación en derechos humanos, la recomendación inmediata es modesta pero urgente: capacitar a los docentes en los conocimientos y habilidades necesarios. Una de las condiciones esenciales para la enseñanza de los derechos humanos es contar con un cuerpo docente capaz de desarrollar en sus estudiantes, grandes y jóvenes, las habilidades y conocimientos básicos necesarios para asegurar la justicia social y la equidad en sus diversas comunidades. De hecho, muchos excelentes programas educativos han fracasado porque los formadores y después los docentes no estaban bien preparados para entender e implementar procesos educativos avanzados como el pensamiento crítico y la gestión de conflictos. Los docentes bien formados son la fuente esencial de sostenibilidad. Los programas para capacitar formadores y docentes deben ofrecer capacitación y práctica en pensamiento crítico y gestión de conflictos y en conocimientos y aplicación de los principios y prácticas de derechos humanos. En el caso de Haití, mientras antes comience tal capacitación para docentes y formadores, mejor. Nuestra investigación demostró que sin docentes preparados específicamente para enseñar derechos humanos, es decir, *aprendizaje que promueva el conocimiento, las habilidades, los comportamientos y las actitudes necesarios para promover los derechos humanos y la justicia social fuera del aula*, la mera enseñanza sobre derechos humanos tenía poco impacto. Por otro lado, otras investigaciones sobre educación en derechos humanos han demostrado que ésta puede empoderar a mujeres y otros grupos objetivo fuera del aula y conducir a su emancipación política, económica y profesional en la sociedad en general. En el caso de Haití, éste es un proyecto de largo plazo, que crece lenta pero sostenidamente a medida que las mujeres y los jóvenes profesionales van saliendo hacia sus comunidades y conforman un grupo lo suficientemente grande como para promover los derechos humanos en la sociedad en general.

ABSTRACT

Based on lessons learned through research on human rights education in post-conflict communities in Africa and Latin America, this paper argues that (a) Haiti must begin immediately to lay the foundations for a society that will improve significantly on that of the last two hundred years, that (b) two of the critical groups in that process will be women and young professionals, and therefore that, inter alia, (c) high quality human rights education is needed to assure their political, economic and professional empowerment.

KEYWORDS

Haiti – Human rights – Human rights education – Sustainable education – Teacher training

RESUMO

Com base em lições aprendidas a partir de pesquisas sobre educação em direitos humanos em comunidades pós-conflito na África e na América Latina, este artigo defende que (a) o Haiti deve começar imediatamente a lançar as bases de uma sociedade que irá aperfeiçoar substantivamente aquela dos últimos duzentos anos, (b) dois dos grupos críticos neste processo serão as mulheres e os jovens profissionais e, portanto, (c) uma educação em direitos humanos de alta qualidade é necessária para assegurar sua autonomia política, econômica e profissional.

PALAVRAS-CHAVE

Haiti – Direitos humanos – Educação em direitos humanos – Educação sustentável – Formação de professores



LUIS FERNANDO ASTORGA GATJENS

Luis Fernando Astorga Gatjens es costarricense, consultor internacional en derechos humanos y discapacidad, periodista y activista político y social. Director Ejecutivo para América Latina del Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo (IIDII). Fundador, ex vicepresidente y asesor político de RIADIS. Participante activo en la génesis y el proceso de negociaciones de la CDPD en la ONU. Fundador del Caucus Internacional sobre

Discapacidad e impulsor del Proyecto Sur. Autor de varias publicaciones sobre desarrollo inclusivo y derechos de las personas con discapacidad. Conductor de varios procesos de capacitación en la misma materia.

Email: luferag@ice.co.cr

RESUMEN

El presente trabajo busca resaltar el valor y alcances del artículo 33 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (NACIONES UNIDAS, diciembre, 2006). Tal valor es analizado en los tres planos que contiene ese artículo; a saber: 1) La designación de la institución pública a la cual el Estado Parte, le debe encargar la tarea de impulsar la aplicación del tratado y la necesaria coordinación interinstitucional, para cumplir eficazmente esa tarea; 2) La identificación del mecanismo o institución nacional independiente (que cumpla “Los principios de París”), que vigilará —desde el Estado— el cumplimiento de la Convención y protegerá y promoverá los derechos de las personas con discapacidad y 3) El impulso y organización del monitoreo desde la sociedad civil, destacando el liderazgo y la labor que deben desarrollar las organizaciones de personas con discapacidad.

Original en Español.

Recibido en febrero de 2011. Aceptado en mayo de 2011.

PALABRAS CLAVE

Convención – Derechos – Discapacidad – Aplicación – Monitoreo



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 33 DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU: LA IMPORTANCIA CRUCIAL DE LA APLICACIÓN Y EL MONITOREO NACIONALES

Luis Fernando Astorga Gatjens

1 Introducción

En general, se podría esperar que una vez que los Estados de los países latinoamericanos hubieran ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), empiecen a planificar las políticas, programas y acciones, por medio de las cuales se implementen sus disposiciones. Desafortunadamente esto no está sucediendo. La tendencia generalizada es que la CDPD aparezca como un referente, que se queda en la intención y la promesa retórica y que no haya una acción robusta hacia su aplicación efectiva.

Ahora bien ese compromiso de aplicación se debería traducir, en primerísimo término, en el cumplimiento de lo que dispone el valioso artículo 33 del tratado de Naciones Unidas (NACIONES UNIDAS, 2006); que se refiere al tema de la implementación nacional y la vigilancia, tanto desde el Estado como de la sociedad civil.

Es por ello que algunas organizaciones de personas con discapacidad (OPcD) de la región latinoamericana, que impulsan la aplicación y el monitoreo de la CDPD, le han otorgado una enorme relevancia a la puesta en práctica de este artículo 33. Podría decirse en relación con los Estados y los Gobiernos: Dime que estás haciendo con los temas incluidos en el artículo 33 de aplicación y monitoreo y te diré quién eres en tu compromiso con el tratado y con el avance de los derechos de las personas con discapacidad.

La importancia que se le ha otorgado a este artículo se refleja en el mismo hecho de que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH-ONU)*, en el 2009, elaboró un informe temático sobre el artículo 33, después de realizar una amplia consulta entre los Estados, organizaciones de la sociedad civil y expertos independientes. Ese informe temático ofrece una serie

* Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la estructura y la función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (NACIONES UNIDAS, 2009, para. 17).

de recomendaciones sobre las acciones y medidas que deben adoptar los países, en función de una adecuada aplicación de las disposiciones del mencionado artículo.

Como antesala al examen que vamos a realizar, es oportuno indicar que en esta convención se incluyó, por primera vez, en forma amplia, el tema de la implementación y seguimiento en el ámbito interno de los Estados Partes. Todos los tratados anteriores del sistema de derechos humanos de la ONU, no cuentan con una disposición similar; con la sola excepción de la parcial, incluida en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 3), que obliga a los Estados que lo ratifiquen, al establecimiento, designación o mantenimiento de un “mecanismo nacional de prevención”. Consecuentemente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los demás tratados temáticos, se concentran en el monitoreo y seguimiento internacionales.

Es oportuno aquí recordar lo indicado en el informe de marras por la OACDH-ONU, al resaltar el valor de la vigilancia:

En todos los tratados de derechos humanos la obligación de aplicar el instrumento en cuestión está estrechamente vinculada a un componente de vigilancia. La vigilancia del cumplimiento de los tratados de derechos humanos no solo es necesaria para evaluar si se adoptan y ejecutan medidas destinadas a aplicar el tratado sino también para evaluar sus resultados y, por lo tanto, proporcionar información para su aplicación. Los mecanismos de vigilancia del cumplimiento fomentan la rendición de cuentas y, a largo plazo, fortalecen la capacidad de los Estados Partes en los tratados de cumplir sus compromisos y obligaciones.

(NACIONES UNIDAS, 2009).

En la CDPD, se fortalece la labor de vigilancia, ya que se hace más abarcativa al incluir dos ámbitos: El internacional y el nacional.

En el ámbito externo, no cabe duda de que el Comité Internacional integrado según lo dispuesto por el artículo 34 de la CDPD, juega un papel fundamental. En primer lugar, al orientar a los Estados Partes sobre el tipo de informe que deben elaborar y presentar y, en segundo lugar, en el estudio de los informes presentados y las observaciones y recomendaciones que el Comité le entrega a cada Estado, al final de la evaluación del informe correspondiente. Valga aquí decir que las directrices armonizadas emitidas por el Comité para el primer informe que deben presentar los países, son muy rigurosas y han buscado evitar la elaboración de informes generales, superficiales en relación con la temática y que tiendan a pintar siempre un panorama de cumplimiento favorable para el Estado. Habrá que estar vigilantes para que los Gobiernos y Cancillerías se ciñan a tales orientaciones; aunque ya pareciera que algunos países que han presentado informes, lo han hecho a partir de su propio esquema y sin el rigor informativo requerido.

Hay otro procedimiento de vigilancia internacional que también lo ejerce el Comité. Sólo que este procedimiento tiene como condición imprescindible que el Estado haya ratificado el protocolo opcional. Al cumplirse tal condición, se pueden presentar comunicaciones (denuncias) de violaciones de derechos de personas con discapacidad, que hayan agotado el reclamo en el país y, en caso de ser admitida

tal comunicación o queja, el Comité puede emprender una investigación. Este mecanismo de vigilancia puede resultar bastante eficaz, ya que se ejerce una presión internacional fuerte contra los Estados, que —por lo general—no quieren verse sometidos a tal escrutinio y toda la información relacionada con él.

El otro plano de la vigilancia es el nacional que es el que está incluido en el mencionado artículo 33, que es precisamente el objeto de este trabajo de análisis, que desarrollamos a continuación.

2 El artículo 33 y la aplicación de la Convención

En sentido general, el artículo 33 de la CDPD está dividido en tres partes:

1. Mecanismo de implementación y coordinación en el ámbito del Poder Ejecutivo o Gobierno.
2. Mecanismo de vigilancia y monitoreo desde una o más entidades del Estado, que cumplan con los “Principios de París”.
3. Vigilancia desde la sociedad civil (ONG, en general y organizaciones de personas con discapacidad (PcD), en particular).

2.1 *Organismo público, impulsor de la implementación del tratado*

Observemos lo que dice el inciso 1 del artículo 33 de la CDPD (NACIONES UNIDAS, 2006):

Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles.

Lo primero a destacar es que este inciso se orienta a asegurar la aplicación o implementación del tratado y que el párrafo tiene dos componentes; a saber: Uno que establece una obligación de los Estados Partes de designar uno o más organismos gubernamentales, que se encarguen de las cuestiones relacionadas con la aplicación de la CDPD y el otro que tiene más carácter de recomendación o sugerencia, que es el establecimiento o designación de un mecanismo de coordinación, que facilite la adopción de medidas.

Con respecto a la designación del organismo público que se centre en el impulso de la implementación, se plantean dos opciones: Que sea una sola entidad pública o que sean más de una. Esto —claro está—va a depender de las características del Estado Parte, como lo indica el párrafo 1: “de conformidad con su sistema organizativo”. Quizás para estados muy grandes y de carácter federal si tenga sentido que sean varios organismos pero para la mayoría de los países de la región latinoamericana (con una mayoría de Estados relativamente pequeños o medianos), lo recomendable es que se designe a un solo organismo gubernamental para la realización de esa tarea.

Surge de inmediato la pregunta: ¿Qué características debe tener ese organismo público para que cumpla, en forma eficaz y eficiente, la labor relacionada con la aplicación del tratado, que se le encomienda?

Veamos algunas condiciones que consideramos debe llenar:

- La primera condición es que forme parte del Gobierno o Poder Ejecutivo, responsable principal de la implementación de la CDPD (aún cuando estemos conscientes de que también el Poder Legislativo como el Judicial debe cumplir disposiciones establecidas en el tratado; como por ejemplo: armonización legislativa, el primero, y hacer efectivo el acceso a la justicia, el segundo). Es importante que se fije tal designación en un organismo específico del Poder Ejecutivo “a fin de evitar que la responsabilidad se difumine entre los distintos estamentos gubernamentales...”, tal y como lo subraya la OACDDHH-ONU, en el estudio referido (NACIONES UNIDAS, 2009).
- La segunda es que el organismo designado esté adscrito a una instancia central (por ejemplo: Ministerio o Secretaría de la Presidencia o Presidencia de la República), desde donde se emanen directrices y políticas, que tengan peso en el resto de ministerios e instituciones públicas gubernamentales. En algunos países, se señala que este organismo debe tener fuerza política e institucional para que ejerza una auténtica rectoría en la implementación de los derechos de las personas con discapacidad. Debe evitarse que esta entidad forme parte del Ministerio de Salud (componente propio del modelo médico que coloca a las PcD como pacientes), del Ministerio de Bienestar Social (que tiende a dimensionar a las PcD sólo como objetos del asistencialismo) o la adscripción restrictiva al Ministerio de Trabajo, que atiende una única dimensión de las necesidades de las PcD, la laboral.
- La tercera es que cuente con los recursos humanos, de equipo y presupuestarios necesarios para llevar adelante su labor; no para prestar servicios directos a las personas con discapacidad sino para crear las condiciones y asegurar que las instituciones ofrezcan esos servicios requeridos, de manera transversal, incluyente y atendiendo las particularidades de las personas con discapacidad. En este sentido, se puede afirmar que este organismo debe ser propulsor del desarrollo inclusivo, en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad.
- La cuarta es que esta instancia juegue un papel muy activo en las labores de coordinación con el resto de entidades públicas que deben aplicar el tratado, en la ejecución de políticas, programas, proyectos y acciones, según su competencia. Tal coordinación interinstitucional es recomendable, tratándose de un organismo que va a trabajar —desde una visión experta en el tema— con otras entidades públicas; tal y como se recomienda en la segunda parte del inciso 1.
- La quinta condición es que la dirección y el equipo humano de este organismo encargado de dar impulso a la implementación, trabaje orientado por el modelo social en discapacidad, cuente con un solvente dominio de los derechos de las personas con discapacidad (incluidos en la CDPD y otras normas —nacionales e

internacionales—vigentes en el Estado Parte) y, particularmente, en el diseño de políticas públicas incluyentes propias del modelo social para la mejor orientación y asesoría al conjunto institucional.

- La sexta condición es que este organismo esté muy abierto a la coordinación y consulta con las organizaciones de personas con discapacidad e, incluso, tanto en su dirección como en su personal es muy recomendable que cuente con personas con discapacidad, potenciadas social y políticamente.
- La séptima es que esté dispuesto a colaborar y recibir, constructivamente, las críticas y observaciones de la institución o mecanismo de vigilancia establecido, en arreglo al inciso 2 del mismo artículo 33.

Quizás podrían fijarse otros requisitos o condiciones, que debe satisfacer ese organismo gubernamental, empero los reseñados ya fijan un perfil básico. Cada país, a partir de su historia e institucionalidad desarrollada, puede ofrecer distintas respuestas al tipo de entidad gubernamental que designará para desarrollar esa labor clave que es la aplicación de la Convención.

En el momento presente, muchas entidades públicas, a partir de una visión que subestima y discrimina a las personas con discapacidad, desarrollan acciones que pueden situarse entre la caridad pública y el asistencialismo, que impacta muy limitadamente en sus condiciones de vida. Visto desde la lógica de los derechos humanos: las instituciones desarrollan actividades que crean condiciones para las violaciones de los derechos de las personas con discapacidad, o los violan directamente. Esta situación se da por el extendido desconocimiento que prevalece, de que las personas con discapacidad son titulares de derechos y ya no deben ser más objetos de caridad pública o privada.

En este sentido, la CDPD debe constituirse en un parte-aguas de la historia del mundo y de cada país en particular. Pero para ello, se requiere una orientación, una asesoría y una supervisión consciente y clara. Un organismo como el señalado en el inciso 1 del artículo 33 y que buscamos perfilar a partir de las condiciones que fijamos arriba, debe jugar ese rol orientador y esclarecedor entre todas las instituciones. Debe asimismo orientar su trabajo en el marco paradigmático de los derechos humanos y el desarrollo social, con el propósito de evitar que se busque aplicar la Convención, a través de cambios cosméticos, donde el asistencialismo (o, peor aún, la caridad) oficial siga siendo la guía principal de la política pública en discapacidad.

Es necesario en el punto de la supervisión no confundir la función supervisora de este organismo encargado de impulsar y coordinar la implementación del tratado, con la labor de supervisión del mecanismo o institucional nacional de derechos humanos, que desarrolle el trabajo de supervisión, fijado en el inciso 2 del artículo 33. En este caso, se trata de una supervisión orientada a determinar que las políticas públicas y programas (transversales e incluyentes), se están ejecutando adecuadamente, en arreglo a lo establecido en el tratado. Se trata de una supervisión y fiscalización operativa, vista desde la lógica del organismo experto designado y que ha estado impulsando —de manera coordinada— políticas públicas y programas incluyentes.

Como bien lo indica el estudio citado de la OACDDHH-ONU (NACIONES UNIDAS, 2009):

En la mayoría de Estados ya existen entidades que centralizan a nivel nacional las cuestiones relacionadas con la discapacidad, incluso como resultado de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. A ese respecto, la aplicación del párrafo 1 del artículo 33 puede requerir que se reformen las estructuras existentes en lugar de crear otras nuevas.

Esta responsabilidad en la región latinoamericana, por lo general ha sido fijada a los Consejos Nacionales sobre Discapacidad (CONADIS) u organismos similares.

Ya en algunos países latinoamericanos, al empezar a debatir este tema de la designación del organismo público, se ha planteado que esta tarea recaiga en los CONADIS. Al plantearse esta posibilidad, lo que habría que pensar primero es si el CONADIS del país, satisface las condiciones requeridas para cumplir bien con el importante encargo de impulsar, eficaz y eficientemente, la aplicación del tratado. Lo más probable es que se llegue a la conclusión de que no (en la mayoría de los casos), en virtud de la limitada incidencia política y poco peso, que tienen estos organismos dentro de la actual estructura de los Estados de los países de la región.

Con ello, no debe descartarse la posibilidad de que los CONADIS sean los organismos designados para la tarea, siempre y cuando y de manera previa, se decida fortalecerlos políticamente y en materia de presupuesto. Tal decisión —eso si— no debe ser fruto del Gobierno o Poder Ejecutivo sino debe surgir de una norma legislativa mediante la cual se fije, en forma clara, ese fortalecimiento institucional.

Relacionado con lo anterior, cabe entonces reflexionar sobre cómo debe ser designado por el Estado Parte de la CDPD, el organismo público “encargado de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención”. Una posibilidad que surge de inmediato es que sea el mismo Gobierno, el que lo haga a través de un decreto ejecutivo u otro mecanismo de decisión. Este camino presenta una debilidad a considerar muy seriamente: el Gobierno que toma la decisión puede ser reemplazado en las siguientes elecciones por uno nuevo que tenga un criterio distinto de cómo tratar el tema de los derechos de las PcD y sobre la instancia que debe impulsar la implementación del tratado. Esto genera inestabilidad y puede tornar reversible la decisión adoptada y, con ello, verse afectada la implementación de la CDPD. Consecuentemente, lo recomendable es que esta designación se logre por medio de una norma emanada por el Poder Legislativo que no sólo señale al organismo encargado de la tarea sino que le otorgue fuerza política y los recursos necesarios para desempeñar bien su trabajo.

Este es un tema importante que deben analizar las organizaciones de PcD y las instituciones públicas que hoy trabajan en temas relacionados con discapacidad, particularmente, los CONADIS. Ya que desde aquí es donde, por lo general, salen las iniciativas relacionadas con derechos de las PcD. El llevar una propuesta de norma al Parlamento (sea unicameral o bicameral), ofrece mayor seguridad con respecto al organismo público que se designe y hace que el tema de los derechos de las personas con discapacidad gane terreno no como política puntual (u ocasional) de un Gobierno, sino como política de Estado.

Otro punto a considerar es el hecho de que los países posterguen indefinidamente tal designación. Hasta ahora eso es lo que ha venido sucediendo, ya que hay Estados Partes en la región que tienen dos o hasta tres años de haber ratificado el tratado y no muestran señales de designar a ese organismo. Este es un mal síntoma y presagio ya que pareciera que no hay consciencia clara sobre la situación prevaleciente de violación de derechos que afecta a las personas con discapacidad y tampoco sobre lo que deben emprender los países, en forma inmediata, en función de cambiar ese estado de cosas. En materia de derechos de las PcD, los Estados de la región, en general, tienen acumulada una enorme deuda que sólo comprometiéndose, en forma firme, a la aplicación del tratado, empezarán a saldar. Y un primer paso imprescindible es hacer efectiva tal designación.

Un último tema a considerar es que los Estados empiecen a dar por hecho que ese rol les corresponde a los CONADIS, sin que haya una designación formal y seria. Esta posibilidad es muy mala porque el mensaje que estarían dando a las PcD y a la sociedad, en general, es que ratificaron la CDPD para que las cosas sigan igual y que a la vuelta de algunos años, al hacer el balance de la implementación del tratado, se tenga que llegar a la conclusión de que es otra norma importante de escaso o nulo cumplimiento.

2.2 Coordinación interinstitucional para la aplicación de la Convención

En la segunda oración del inciso 1 del artículo 3, la CDPD hace una inteligente recomendación: “establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles” (NACIONES UNIDAS, 2006). Esta coordinación interinstitucional se hace necesaria para implementar lo dispuesto por el tratado, en todos los sectores y en los diferentes niveles del aparato estatal.

La implementación de la Convención pasa necesariamente por el diseño y ejecución de políticas públicas y programas, incluyentes y aplicables, en forma transversal, en todas las instituciones públicas; con particular énfasis, en las que atienden en forma directa, a las personas con discapacidad. Por ejemplo: los Ministerios de Educación Pública, de Salud, de Trabajo, de Vivienda, de Transporte, de Comunicación o Información, entre otros.

Es necesario que el organismo público designado para la desafiante tarea de impulsar la aplicación del tratado, funcione como un “centro de enlace”; tal y como lo define el mencionado estudio de la OACDDHH-ONU (NACIONES UNIDAS, 2009). Obviamente que este centro de enlace, irradiador de políticas públicas incluyentes, debe contar con contrapartes en los ministerios o instituciones, donde se van a elaborar y poner en práctica las políticas públicas específicas de cada ámbito institucional.

En este sentido, es necesario diferenciar entre el órgano encargado de la coordinación política que debe darse en la toma de decisiones centrales, es decir de la tarea de rectoría general para la formulación y diseño de políticas públicas, que incluyan transversalmente a las personas con discapacidad (ese sería el organismo designado para “encargarse de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención”) y quienes tengan a cargo la aplicación práctica y operativa en la

ejecución de tales políticas públicas. Para esto último se requerirán mecanismos de enlace, en las instituciones públicas ejecutantes, que interpreten correctamente las directrices emanadas del órgano rector.

Por ejemplo: si la entidad rectora impulsa la educación inclusiva, tal y como está fijada en la Convención, no sería bueno que en el Ministerio o Secretaría de Educación Pública, se interpretara que lo correcto y adecuado para las PcD sea seguir aplicando la “educación especial”. Hace falta entonces un mecanismo de enlace en tal institución que interprete correctamente las directrices sobre educación inclusiva emitidas desde el organismo designado para impulsar la aplicación del tratado.

Hay otro tema a considerar con respecto a los centros de enlace de las instituciones que conforman el gobierno central (o federal). En Estados pequeños es posible que con estos centros de enlace ubicados en los ministerios, la necesidad quede resuelta. Claro está resolviendo también la coordinación desde el organismo público designado con las entidades del nivel municipal, que es donde habitan las personas con discapacidad. Sin embargo, en “los Estados con múltiples niveles de gobierno” (como los define el estudio de la OACDDHH-ONU), es muy probable que esos “centros de enlace sobre discapacidad”, deban también designarse en los ámbitos: “local, regional y federal/nacional” (NACIONES UNIDAS, 2009).

3 Seguimiento y vigilancia desde el Estado

Ahora examinemos lo que indica el segundo punto de artículo 33 de la CDPD. Éste contiene dos párrafos que rezan lo siguiente (NACIONES UNIDAS, 2006):

Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención.

Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.

El punto de partida fundamental para el mecanismo o entidad del Estado que cumpla con esta labor de seguimiento y vigilancia sobre la situación de los derechos de las PcD y, específicamente, sobre la implementación de la Convención, es que sea independiente.

En este sentido, sería erróneo que el organismo público designado para impulsar la implementación, se le asigne también esta tarea supervisora del cumplimiento del Estado, con respecto a los derechos de las PcD, tanto los reconocidos en la CDPD como en general. En este caso, este organismo público sería juez y parte de las funciones que realiza.

La idea es que ese organismo designado en virtud del inciso 1 del artículo 33, se encargue de impulsar y coordinar todo lo relacionado con la implementación de la Convención. Eso lo llevaría a cumplir dos funciones claves: —entre otras tareas—orientar y asesorar el diseño y desarrollo de políticas públicas transversales e incluyentes en las entidades públicas, especialmente las que atiendan necesidades las

PcD y supervisar su cumplimiento, en el ámbito operativo. Esta labor supervisora, es distinta a la que debe realizar la institución (o instituciones) encargada de dar seguimiento, en forma independiente. Se trata de otra mirada, concentrada en cómo el Estado y sus instituciones, están cumpliendo en el campo de los derechos de las PcD, particularmente en lo dispuesto por la CDPD.

Este tipo de labor supervisora, protectora y promotora de los derechos de las PcD, según lo establecido por el inciso 2 del artículo 33, le debe corresponder a una o más instituciones, que realicen su trabajo de vigilancia, en forma independiente. A eso hace referencia el segundo párrafo cuando se indica que los Estados Partes deben tomar en cuenta, cuando designen esta responsabilidad “los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos” (NACIONES UNIDAS, 2006).

Tales principios son los denominados “Principios de París”. Tales principios fueron adoptados por la ONU, el 20 de diciembre de 1992, por decisión de la Asamblea General. Valga indicar que se han constituido en la principal fuente de orientación normativa para las instituciones de derechos humanos, conformadas o que se conformen en los países, a partir de la adopción de tales principios.

Fueron elaborados y propuestos por las mismas entidades nacionales de derechos humanos que trabajaron en conjunto con representantes de Estados, de la ONU, de organismos especializados, de instancias intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales. Este grupo diverso se reunió en París en octubre de 1991, en un cónclave organizado por el Centro Danés de Derechos Humanos.

Los “Principios de París” son de naturaleza muy amplia y general. Fueron acordados así a fin de que pudieran ser cumplidos por una amplia gama de entidades nacionales de derechos humanos, con independencia de la diversidad de sus objetivos, su estructura organizativa y sus planes de acción. Lo importante es que con ellos se definen una serie de requisitos jurídicos mínimos que una institución nacional de derechos humanos, debe cumplir para ser considerada como tal. Estos principios se concentran en tres ámbitos; a saber: (1) las responsabilidades y competencias fijadas para estas instituciones nacionales, (2) su composición plural y la garantía de independencia en el desempeño de sus funciones y (3) los métodos de operación y su relación con otros actores de la sociedad, como las organizaciones de la sociedad civil.

Con respecto a su competencia y responsabilidades, se establecen algunos estándares que deben cumplir. Destacamos tres: (1) que su mandato sea lo más amplio posible (que abarque protección como promoción de DDHH), (2) que sean creadas con fundamento jurídico constitucional o mediante una ley y (3) que tengan la facultad de elaborar informes generales sobre el estado de los DDHH en el país o de carácter específico.

En relación con su composición y el grado de independencia y pluralidad, los “Principios de París” demandan las siguientes condiciones básicas: (1) métodos de elección de membresía y de personal que aseguren representación plural de los diversos sectores sociales; (2) dotación de infraestructura adecuada y los recursos económicos necesarios para desempeñar su trabajo, (3) plena autonomía de decisión y acción frente al Poder Ejecutivo o Gobierno y (4) no estar sujetas control financiero alguno que pueda afectar el cumplimiento de sus funciones.

Para completar este conjunto de requisitos que deben cumplir este tipo de

instituciones, los “Principios de París” al referirse a los métodos de operación, les fijan el siguiente orden de atribuciones: (1) el examen libre de todas cuestiones que abarca su ámbito de competencia, (2) el libre acceso a toda información y documentación que les sea necesaria para examinar la situación de los DDHH del país, (3) libertad para dirigirse a la opinión pública en función de dar a conocer sus opiniones o recomendaciones y (4) mantener la coordinación con instancias tanto públicas como de la sociedad civil, que trabajen en la promoción y protección de los DDHH.

En nuestros países, existen distinto tipo de entidades a las que se ha encargado la tarea de vigilar, promover y proteger los DDHH. Existen procuradurías de DDHH, comisiones, comisionados, defensorías de los habitantes o del pueblo, etc. Indistintamente de cuál sea el tipo de institución que exista en cada país, lo importante es determinar si cumple con las condiciones fijadas en los “Principios de París”, particularmente en lo relacionado con la independencia de la institución frente al Poder Ejecutivo.

En el párrafo 1 del inciso 2, se habla de un marco de uno o más mecanismos independientes. Por el conocimiento que tenemos de la región latinoamericana, consideramos que tal marco será preferentemente constituido por un mecanismo y no dos o varios. Quizás en países, tan extensos y con un Estado federado como Brasil, sí corresponda el establecimiento o designación de varias instituciones, que coordinen las acciones adecuadamente.

Para las OPcD será muy importante investigar si la entidad nacional de DDHH (designada o establecida), cumple fielmente los “Principios de París”. Si se concluye que no los cumple, será necesario coordinar acciones con otras organizaciones de la sociedad civil para propugnar en función de que la entidad existente sea reformada en arreglo a lo que se establece en tales principios o bien que se crea una, por medio de una norma legislativa, que los cumpla desde su origen.

En el otro caso (si se determinó que si los cumple), será necesario averiguar si esa institución nacional de derechos humanos, ya tomó nota de las tareas que se derivan de la CDPD; es decir: “promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención”. Será también importante solicitar información sobre qué acciones se propone ejecutar con el fin de cumplir con tales tareas y si existe algún equipo al que le asignó o le asignará tal responsabilidad. Algunas entidades ya cuentan con una persona (o equipo), especializado en el tema de derechos de las PcD. En este caso, sería oportuno consultarle a la institución si se proponer reforzar o fortalecer el equipo para lograr que se cumpla la tarea, de la mejor manera posible.

Otro punto de valor aquí es la coordinación e iniciativas conjuntas que puedan emprender las instituciones nacionales de DDHH con las OPcD, tanto en las labores de supervisión como en las de protección y promoción de los derechos de las PcD. Aquí hay una amplia agenda conjunta que —entre otros puntos—, podría contener los siguientes:

- Coordinación (deseable) entre el organismo público encargado de impulsar la aplicación del tratado y la institución nacional de DDHH: ¿Existe tal coordinación? ¿Cómo se está desarrollando?
- Conocimiento y seguimiento de los informes que deben presentar los Estados Partes al Comité Internacional. Con respecto al seguimiento de estos informes será de gran valor que la institución nacional, conozca las observaciones y

recomendaciones del Comité, para determinar que se está haciendo para cumplir con lo recomendado.

- Realización de campañas de promoción de los derechos de las PcD, en arreglo a lo fijado por el artículo 8 de la CDPD sobre toma de conciencia de la sociedad.
- Coordinación con las OPcD para orientarlas, en función de cada vez más PcD realicen denuncias sobre situaciones violatorias, ante la institución nacional de DDHH.
- Iniciativas conjuntas de capacitación sobre derechos de las PcD y la CDPD, dirigidas a OPcD.
- Consulta a las OPcD cuando la institución nacional elabore informes generales sobre el estado de los DDHH en el país y, más aún, cuando se trate de informes específicos sobre la situación de los derechos de las PcD.

4 Seguimiento desde las OPcD y desde la sociedad civil, en general

Seguidamente, analizaremos la vigilancia que debe desarrollarse desde la sociedad civil, particularmente, desde las OPcD. Leamos lo que dice el inciso 3 del citado artículo 33 de la CDPD: “La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento” (NACIONES UNIDAS, 2006).

En este punto, las OPcD deben jugar un rol fundamental. Para ello, es necesario que se capaciten en derechos humanos, para alcanzar un dominio amplio y solvente en promoción, protección y defensa. Deben dominar la CDPD y su protocolo opcional y deben fortalecerse para desarrollar acciones de incidencia política en distintos escenarios. Deben interiorizar la máxima: “Sin acción, no hay derecho”, para convertirla en la práctica en la consigna: *Sin acciones organizadas de incidencia política de las OPcD y sus aliados, los Estados cumplirán muy poco o nada de lo dispuesto en la CDPD*.

El papel de vigilancia desde las OPcD las obliga a estar informadas de lo que está sucediendo, especialmente en la institución designada para impulsar y coordinar la implementación del tratado y, en caso de que todavía no haya sido designada, deben involucrarse activamente en exigir su designación, procurando que satisfaga las condiciones requeridas para que cumpla eficazmente su labor.

Asimismo deben estar vigilantes a la hora de que los Estados deban presentar informes al Comité del tratado. Cuando se elaboren estos informes deben exigir ser informadas y debidamente consultadas en el proceso de su elaboración. Una vez concluidos los informes, deben revisarlos para determinar su objetividad y rigor y, en caso de que el informe no refleje la situación real de las PcD en el país, deberán trabajar seriamente en la elaboración de informes alternativos o sombra, buscando que se realice por medio de esfuerzos unitarios y —si es posible— contando con la asesoría y apoyo de ONG de derechos humanos.

Ahora bien, la labor de vigilancia con respecto a los informes de los Estados, sea que haya informe sombra o no lo haya, no se queda con la lectura del informe nacional o el envío a Ginebra del informe alternativo. Ahí en este punto —más bien—, deben iniciar una labor intensa de seguimiento y de incidencia política, tanto en el país como en Ginebra para buscar que el Comité haga las observaciones y recomendaciones más apropiadas, de acuerdo a la real situación de los derechos de las PcD en el país y para dar a conocer todo lo que suceda en los medios de comunicación nacionales.

Una vez que el Comité Internacional haya emitido las observaciones y recomendaciones, derivadas del estudio del informe presentado y del intercambio sostenido con los representantes del Estado Partes, las OPcD deberán conocer bien ese documento y darle la máxima publicidad, como primer paso en el esfuerzo de incidencia política, para que las recomendaciones sean debidamente cumplidas.

La vigilancia desde la sociedad civil incluye a organizaciones o asociaciones de derechos humanos, que trabajen en protección y promoción. Las OPcD deberán de establecer relaciones con ellas, para introducirlas en el tema de los derechos de las PcD (en caso que no lo tengan en sus agendas de trabajo) o para que alcancen el mejor enfoque sobre él, ya que la subestimación también alcanza a estas ONG. Igualmente, las OPcD deben trabajar con estas ONG, que tienen conocimiento y experiencia en los sistemas de protección internacional de los DDHH, en función de establecer alianzas que las fortalezcan en la materia e, incluso, desarrollar actividades conjuntas como la redacción de informes alternativos.

Existen también ONG que trabajan temas de discapacidad, sin que necesariamente estén conformadas por PcD. Con estas ONG es bueno que las OPcD trabajen con el propósito de ganarlas a la lucha por la promoción, protección y defensa de los derechos de las PcD, con el propósito de que incorporen estos temas en sus agendas; aún cuando su actividad principal esté centrada en la prestación de servicios. Para avanzar en la causa de los derechos de las PcD siempre es valioso contar con más y más aliados.

Es oportuno a recordar aquí que la discapacidad es un fenómeno transversal en los distintos sectores sociales y poblacionales. Existen mujeres con discapacidad, trabajadores y trabajadoras con discapacidad, niñas y niños con discapacidad, afrodescendientes con discapacidad, indígenas con discapacidad, etc. Por ello, es necesario que las OPcD incidan en la agenda y quehacer de organizaciones de mujeres, sindicatos, organizaciones gremiales, organizaciones defensoras de la niñez, organizaciones indígenas, organizaciones de afrodescendientes, etc., haciendo que coloquen dentro de sus esfuerzos, el tema de los derechos de las PcD. Difícilmente lo van a incorporar por su propia iniciativa; será necesaria una acción orientadora, a partir de la iniciativa de las OPcD.

Ya con el tema incluido en sus agendas, estas organizaciones de la sociedad civil podrán desarrollar la labor de vigilancia, que les asigna el inciso 3 del artículo 33.

Por todo ello, se puede concluir que en la labor de vigilancia, desde la sociedad civil, el corazón palpitante y multiplicador, deben ser las OPcD, potenciadas social y políticamente y plenamente conscientes de su papel en la defensa, protección y promoción de los derechos de las PcD.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- NACIONES UNIDAS. 2006. **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** (CDPD). Resolución A/RES/61/106, Asamblea General de Naciones Unidas (13 dic. 2006).
- _____. 2009. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). **Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e Informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General**. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/10/48 (26 enero 2009). Disponible en: <www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc>. Visitado en: mayo 2011.

ABSTRACT

This paper seeks to highlight the value and scope of Article 33 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (United Nations, December 2006) by analyzing the three provisions it contains: 1) designation of an entity within government to which the State Party should assign the task of promoting implementation of the convention and ensuring inter-institutional coordination for effective conduct of such task; 2) identification of an independent mechanism or institution (compliant with the Paris Principles), which will monitor, on behalf of the State, implementation of the convention and will promote and protect the rights of persons with disabilities; and 3) promotion and organization of civil society monitoring of convention implementation, emphasizing the actions that organizations of persons with disabilities should take and the leading role they should play to do so.

KEYWORDS

Convention – Rights – Disabilities – Implementation – Monitoring

RESUMO

O presente trabalho procura enfatizar a importância e o escopo do artigo 33 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nações Unidas, dezembro, 2006). Neste artigo, tal importância é analisada a partir dos três componentes contidos neste dispositivo: 1) a designação da instituição pública do Estado Parte encarregada de promover a implementação da Convenção e a coordenação interinstitucional necessária para fazê-lo de maneira eficaz; 2) a identificação do mecanismo ou instituição nacional independente (nos moldes dos “Princípios de Paris”), responsável por monitorar – a partir da perspectiva do Estado – o cumprimento da Convenção, bem como proteger e promover os direitos das pessoas com deficiência; e 3) a promoção e organização do monitoramento por parte da sociedade civil, com destaque à liderança e ao trabalho a ser desenvolvido por organizações de pessoas com deficiência.

PALAVRA-CHAVE

Convenção – Direitos – Deficiência – Aplicação – Monitoramento

LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL

Letícia de Campos Velho Martel es profesora de grado y del posgrado *stricto sensu* de la PUC-Río, investigadora del Núcleo de Estudios Constitucionales de la PUC-Río (NEC), es doctora en Derecho Público por la UERJ y master en Instituciones Jurídico- Políticas por la UFSC.

Email: martel@puc-rio.br

RESUMEN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, incluida en la CRFB/88 (Constitución de la República Federativa del Brasil), introdujo nuevos conceptos y concepciones en el derecho brasileño. El objetivo de este artículo es comprender y discutir los conceptos de ajuste razonable y carga indebida, ofreciendo premisas para una interpretación constitucionalmente adecuada y útil de las innovaciones normativas. A este respecto, se investigaron los conceptos y sus complejidades en otros ordenamientos jurídicos, en especial los que se emplean desde larga data. A continuación, se formula una propuesta interpretativa. En la misma se ubican las conclusiones y los resultados obtenidos, en especial excluyendo algunas interpretaciones adoptadas en otros países. Se concluye que el ajuste razonable está compuesto por medidas posibles y eficaces para la inclusión de personas con discapacidad, obtenidas mediante el proceso de diálogo entre los involucrados. El deber de ajustar está limitado por la carga indebida o desproporcionada, compuesta por varios elementos y cuya carga probatoria reside en quien tiene el deber de realizar el ajuste.

Original en portugués. Traducido por Claudia Otero.

Recibido en febrero de 2011. Aceptado en mayo de 2011.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad – Discriminación – Adaptación razonable – Carga indebida



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

AJUSTE RAZONABLE: UN NUEVO CONCEPTO DESDE LA ÓPTICA DE UNA GRAMÁTICA CONSTITUCIONAL INCLUSIVA*

Letícia de Campos Velho Martel

*Sobre la Perfección de la Vida
¿Por qué atar la vida a conceptos y normas?
Lo bello y lo Feo... Lo Bueno y lo Malo... Dolor y Placer...
Todo, al final, son formas
¿Y no niveles del Ser!
(QUINTANA, 2007, p. 142).*

1 Introducción

Caminaba por el corredor y pensaba en su conquista. A los 17 años y en la facultad de derecho. Al entrar al aula sintió la quietud. Un silencio absoluto. Le pareció raro el salón, la puerta quedaba al fondo. Siguió, necesitaba encontrar una silla cercana a un enchufe para usar la computadora. En el silencio reinante percibió que alguien se le acercaba y le ofrecía ayuda. Le explicó que el salón le parecía lo contrario de dónde necesitaba sentarse. Gentilmente la compañera lo condujo. Aunque no veía nada, el extrañamiento flotaba en el aire. Las dudas también. En cada compañero, en cada profesor, sentía un cuestionamiento no verbalizado sobre si él lograría persistir. Principalmente, sobre si él no sería un obstáculo para la marcha de las clases. Los curiosos llegaron. Pensaban que él escribiría y leería en braille. No, nada de eso. Sé braille, pero la tecnología evolucionó y hoy contamos con programas específicos para nosotros, los ciegos. Las preguntas

*Agradezco al profesor Daniel Sarmiento por dirigir mi atención hacia la relevancia del concepto de ajuste razonable. Dedico este artículo a mis amigos Leonardo, de Criciúma, y Diana y Daniel, de Río, personas que rompieron innumerables barreras y luchan por la inclusión.

seguían. ¿Cómo vas a hacer con los textos del curso? Simple, son digitalizados por la biblioteca que me los provee, es suficiente con que el profesor entregue la lista. Los derechos de autor ya no son un obstáculo para este trabajo conjunto: profesor, biblioteca, ciegos. Para sorpresa de muchos, se encontraba allí un universitario brillante, organizado y atento. La clase tuvo un rendimiento más alto que las demás, lo cual es fácil de comprender. La presencia de un estudiante ciego hizo que el material de lecturas estuviera disponible con anterioridad; por respeto al compañero que precisaba mayor atención para oír, el grupo se tornó más silencioso. Además las clases fueron más didácticas. El aprendizaje fue general.

La convivencia enseñó inclusión, reconocimiento y tolerancia. Mostró sus ventajas. Pero aún hay una cuestión que espera vencer antes de finalizar el curso. Tiene mucha dificultad para acceder a la jurisprudencia de algunos tribunales. Los sistemas que se usan no son compatibles con los programas disponibles para los ciegos que compran el *software* con apoyo estatal. Pero existe la promesa de que en 2012 se logrará la inclusión total. Cuenta con eso. En las próximas vacaciones irá a un museo: una compañera descubrió un espacio de arte en un municipio cercano que permite que los ciegos toquen las esculturas y algunas otras obras. Podrá sentir el arte. El mundo empieza a adaptarse, piensa.

El razonamiento que hizo el estudiante es certero. Un mundo adaptable, ajustable, hábil para acomodar y recibir lo distinto, al otro invisibilizado durante décadas. Su reflexión pertenece a un mundo construido por seres humanos para todos los seres humanos, universalmente diseñado sin exigir integración ni asimilación. Un mundo proyectado para no dejar al margen a quien no está exactamente dentro de los contornos del molde, patrón o arquetipo de lo humano que la modernidad occidental espera y de lo que se ufana. Un mundo que va más allá de la accesibilidad y de la movilidad. Piensa en un mundo que reconoce, respeta y abre los más diversos canales de participación y de inclusión, pautado por una concepción profunda de igualdad y basado en la dignidad plural.

Lo que motivó la redacción de este artículo fue la necesidad de investigar el concepto de *ajuste razonable*, incluido en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la ONU (CDPD/ONU).¹ Junto a la locución *carga indebida*, el *ajuste razonable* le confiere un nuevo significado jurídico a la discriminación de la persona con discapacidad. Todo en sede constitucional, porque, como se sabe, la adhesión brasileña a la CDPD/ONU contó con un elemento inédito: fue el primer tratado internacional de Derechos Humanos (TIDH) aprobado por el art. 5º, §3º de la CRFB/88 (Brasil, 1988), lo que hace que sus enunciados normativos formen parte de la Constitución.

El objetivo es comprender y discutir los conceptos de ajuste razonable y carga indebida, ofreciendo premisas para una interpretación constitucionalmente adecuada y útil de la innovación normativa. A ese respecto, se presentará un panorama de los conceptos y sus complejidades, con foco en los sistemas jurídicos que les dieron origen (secciones 2 y 3). A continuación, se propone una línea de interpretación y construcción de los conceptos en el derecho brasileño dentro del marco de los derechos de las personas con discapacidad (sección 4).

2 Breves anotaciones acerca de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU

La CDPD/ONU se aprobó en diciembre de 2006, y Brasil la firmó en marzo de 2007, en Nueva York. En 2008, pasó a integrar la Constitución brasileña como equivalente a las enmiendas constitucionales, de acuerdo con el art. 5º, §3º, CRFB/88 (Decreto Legislativo n. 186, BRASIL, 2008). Primera Convención aprobada en el milenio, la CDPD/ONU se preocupa por un sector de la población que fue y es objeto de discriminación y opresión: las personas con discapacidad. Sus bases son la inclusión, la participación en igualdad de condiciones, el goce de derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. También se destaca la yuxtaposición de los factores de exclusión y discriminación, tales como las combinaciones entre género, vejez, infancia, pobreza y discapacidad.

La CDPD/ONU se destaca en muchos aspectos. Unifica en un documento internacional un conjunto de derechos humanos reconocidos a un “grupo merecedor de derechos” (FIGUEIREDO, 2010) –las personas con discapacidad– y reafirma la “universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia” de los derechos humanos. En esta línea, la CDPD/ONU establece una gama de conceptos jurídicos, algunos de ellos bastante innovadores en ciertos ordenamientos internos, como las nociones de (a) discapacidad, (b) discriminación, (c) ajuste razonable.

En lo que respecta a la discapacidad, la CDPD/ONU no esbozó un aporte exclusivamente biomédico (es decir, aquel que “sostiene que hay una relación de causalidad y dependencia entre los impedimentos corporales y las desventajas sociales vivenciadas por las personas con discapacidad”, y que “un cuerpo con discapacidad debe ser objeto de intervención de los conocimientos médicos” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009: 66-68), sino que lo incluyó en un aporte más amplio e incluso combativo que el exclusivamente biomédico: el modelo social de la discapacidad. Dentro de éste, la discapacidad “comenzó a comprenderse como la experiencia de desigualdad compartida por personas con diferentes tipos de impedimentos” corporales o psíquicos, cuya causa no está en los cuerpos, sino en las barreras, los obstáculos y las opresiones sociales. Por lo tanto, la discapacidad se traslada de la competencia exclusivamente biomédica, que se basa en la mensuración, las evidencias, el tratamiento y la cura, a una comprensión moral y cultural de que los innúmeros obstáculos están en el exterior de los cuerpos, en el ambiente material y moral que los rodea (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009: 70). Sin embargo, el modelo social incorporado por la CDPD/ONU no relega elementos del modelo biomédico, principalmente en relación con los derechos fundamentales de acceso, promoción y protección de la salud.

Con respecto a la discriminación, la CDPD/ONU transforma el pensamiento convencional por dos órdenes de motivos. Uno, la CDPD/ONU amplía el concepto, definiéndolo *también* en función de la no oferta de ajuste razonable. Por lo tanto, paralelamente a las formas tradicionales de tratamiento desigual y discriminatorio, el rechazo a hacer un ajuste razonable que no llega al límite de la carga indebida conlleva la discriminación a las personas con discapacidad. En esto radica la singularidad del concepto de ajuste razonable, pues al modificar el contenido de la discriminación “demuestra el reconocimiento de las barreras ambientales como

una causa evitable de las desigualdades vividas por las personas con discapacidad” (DINIZ, BARBOSA y SANTOS, 2009: 70; EMENS, 2008: 877). Dos, la CDPD/ONU amplía expresamente el significado de discriminación al abarcar formas directas e indirectas, como la discriminación por efecto adverso.

Si existía alguna duda sobre si la discriminación por efecto adverso figuraba en el constitucionalismo brasileño, esta se disipó. *La doctrina de la discriminación por efecto adverso o desproporcionado* fue desarrollada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “Griggs v. Duke Power Co.” (citado en SARMENTO, 2006: 125; MARTEL, 2007), resuelto en 1971. Este modelo de discriminación difiere de la discriminación *directa*, en la cual el enunciado normativo o la práctica administrativa son intencionalmente y en sí mismos discriminatorios. La discriminación por efecto adverso ocurre cuando las medidas públicas o privadas que no son discriminatorias en su origen ni están imbuidas de intención discriminatoria acaban por dar lugar a manifiesto perjuicio, normalmente en su aplicación a algunos grupos minoritarios cuyas características físicas, psíquicas o modos de vida escapan a los de la generalidad de las personas a quienes las políticas se destinan. Apoyadas en la *doctrina*, las Cortes invalidan leyes, actos administrativos o incluso acuerdos colectivos y normas empresariales, o hacen exenciones respecto de ellos, de modo de remover barreras o perjuicios oblicuos hacia las minorías (SARMENTO, 2006: 125; MARTEL, 2007).

Cuando la discriminación se concibe de este modo, surge una pregunta: ¿qué es un ajuste razonable? El texto de la CDPD/ONU ofrece el siguiente concepto:

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

(NAÇÕES UNIDAS, 2006a)

Aparentemente, el ajuste razonable no sería un concepto problemático ni complejo. Se trata de emplear todos los mecanismos disponibles para adaptar prácticas, materiales, ambientes, reglas generales, etc. a las diferencias entre las personas para que se les asegure igualdad de oportunidades. Sin embargo, el término “razonable” conlleva cierta ambigüedad, pues, ¿cuáles son los mecanismos razonables?: ¿los existentes?, ¿los ordinarios?, ¿los mejores posibles? Y ¿qué se debe entender como carga indebida? ¿La expresión se refiere solamente a los gastos? En las secciones subsiguientes se intentará explicar el concepto en otros sistemas jurídicos, para elaborar, de este modo, una propuesta interpretativa en el derecho brasileño.

3 Ajuste razonable y carga indebida, un panorama en el derecho extranjero e internacional

La noción de ajuste razonable se originó en los Estados Unidos, cuando se aprobó la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 (USA, 1972), con la finalidad de combatir la discriminación en el mercado de trabajo. El término

se utilizó originariamente en el campo de la discriminación religiosa y exigía que el empleador probara que no podía adaptarse razonablemente a las prácticas religiosas de sus empleados sin sufrir una carga indebida. Desde entonces, las expresiones ajuste razonable y carga indebida figuran en el derecho estadounidense. Sin embargo, fue cuando se aprobó la *Americans with Disabilities Act* –ADA–, en 1990, que estas ganaron espacio y fueron objeto de discusiones más intensas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (USA, 1990).

También puede considerarse a Canadá una de las cunas del ajuste razonable. En la década de 1970, mientras los Estados Unidos elaboraban el concepto, Canadá presentaba una jurisprudencia conservadora en relación con la discriminación, principalmente por no reconocer doctrinas como la del efecto adverso. Sin embargo, Canadá terminó por importar de los Estados Unidos tanto la noción de efecto adverso como la de ajuste razonable. Llamativamente, la construcción jurisprudencial del ajuste razonable floreció más en Canadá que en los Estados Unidos, convirtiendo a la línea seguida en los juicios canadienses en una referencia en la materia.

En la última década, muchos países europeos y la Unión Europea (UE) enriquecieron sus ordenamientos con los conceptos de ajuste razonable y carga indebida. Pocos años atrás, cuando se aprobó la CDPD/ONU, se adoptaron estos conceptos en el marco de la protección global de los derechos humanos. La larga trayectoria de estos conceptos y su difusión en diversos países y en los sistemas de nivel regional y global de protección de los derechos humanos parecen indicar una elección acertada, una importación bien pensada, apoyada en construcciones jurídicas delineadas y estabilizadas. Sin embargo, Waddington demuestra que los conceptos se forjaron de modo muy discutible en los Estados Unidos, por lo cual la referencia elegida mostró ser compleja y dudosa. Las respuestas de los países europeos al desafío de construir los conceptos no son unánimes, lo que confiere a su aplicación un carácter aun más desafiante (WADDINGTON, 2008: 318-319).

Para comprender mejor el asunto, se formulará un panorama del estado de los conceptos en los Estados Unidos, en Canadá, en algunos países europeos y en la UE. Se considera que la incursión hará posible llegar a conclusiones sobre el diseño conceptual, así como delimitar los puntos más controvertidos, lo que evitaría que la lectura brasileña refleje los mismos altibajos y aciertos y desaciertos enfrentados en otros lugares. El conocimiento de los conceptos en otros sistemas es el primer paso para un fructífero diálogo jurídico en tiempos de transconstitucionalismo (NEVES, 2009: 265), de intercambios intensos entre los planes nacionales, regionales y global de protección de los derechos humanos. Se destaca que Brasil presenta un diferencial con respecto a muchos Estados. Entre nosotros, los conceptos están en sede constitucional, lo que torna inoportunas muchas discusiones extranjeras concernientes a la interpretación legislativa, al cotejo entre documentos de derecho internacional o comunitario y el ordenamiento interno, a los exámenes de constitucionalidad de leyes, además de las diferencias entre los campos administrativos y legislativos.

3.1 *Estados Unidos de América, o sobre cómo no leer la Convención*

La narrativa sobre el ajuste razonable y la carga indebida dentro del derecho estadounidense suena como un ejemplo claro de “*judicial backlash*” (KRIEGER, 2003: 340; MALHOTRA, 2007: 9). Introducida legislativamente durante un período de efervescencia sociojurídica de los movimientos en defensa de los derechos civiles, el ajuste razonable fue objeto de una interpretación tímida por parte de la judicatura, por debajo de lo esperado. Sobre todo, cuando se consideran dos decisiones que en materia religiosa tomó la Suprema Corte en un período anterior a la adopción del concepto. En ambas hay vestigios del *leitmotiv* del ajuste razonable, aunque evidentemente no se lo menciona:

- (a) en el caso *Yoder*, la Suprema Corte se pronunció en favor de familias pertenecientes a la comunidad religiosa *Amish*, que se negaban a enviar a sus hijos al colegio secundario, contradiciendo las leyes estatales que instituían la obligatoriedad escolar hasta los 16 años de edad. Pese al alegato del estado sobre la necesidad de educación universal de los niños y los adolescentes, la mayoría de la Corte *acomodó* los intereses en juego, y abrió una exención a la ley general para permitir que fuera la comunidad quien educara a los adolescentes (USA, 1972, *Wisconsin v. Yoder*);
- (b) en *Sherbert v. Verner* la Corte decidió que la negación del seguro de desempleo a una integrante de la Iglesia Adventista del Séptimo Día que había rechazado ofertas de empleo que le exigían trabajar los sábados –día de descanso y culto, en el que se veda el trabajo a los miembros de su denominación– anulaba indebidamente la manifestación de sus convicciones religiosas. Concediendo esa exención, se acomodaron los intereses de ese culto religioso al enunciado normativo general (USA, 1963, *Sherbert v. Verner*; MARTEL, 2007: 33).

Es posible percibir que, aun antes de la adopción legislativa del ajuste razonable, los juzgados ya estaban impregnados de su espíritu. Se reafirmaron los derechos de las personas pertenecientes a grupos religiosos minoritarios, que habían sufrido efectos adversos por la aplicación de leyes o actos administrativos imparciales en su origen. Hubo una elaboración de exenciones para reconciliar estilos y elecciones profundas de vida disonantes respecto del *mainstream*, para evitar la discriminación y la integración y la asimilación forzada por el poder estatal. Una vez dictada la ley y con los antecedentes jurisprudenciales citados era pausable suponer que la Suprema Corte seguiría una línea de interpretación similar de los conceptos ajuste razonable y la carga indebida.

No ocurrió. No es fácil identificar las razones, y no cabe aquí conjeturar al respecto, pero se sospecha que tal vez la Corte tuviera recelos sobre los efectos que el ajuste razonable en materia religiosa en las relaciones laborales de carácter privado pudiera tener sobre la separación entre la Iglesia y el Estado. En este sentido, la Corte adoptó una postura realmente restrictiva y distorsiva, especialmente en cuanto a: (a) la verificación de las cargas y los gastos enfrentados por los empleadores, realizada mediante el *de minimis test*, es decir que cualquier costo más allá del

mínimo configura una carga indebida; (b) la lectura, tímida y formal, del principio de igualdad; (c) la interpretación restrictiva sobre los sujetos pasibles de adaptación; (d) la interpretación de los textos normativos, tanto acerca de su redacción como de su historia legislativa (USA, *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 1977; USA, *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 1986).

En la interpretación de los textos normativos llama la atención el modo en que la Corte abordó el análisis de los conceptos ajuste razonable y carga indebida como si se tratara de tres conceptos independientes y separables. El examen de la carga indebida solo entraría en escena si el empleador no tuviera aptitud para ofrecer *cualquier* ajuste *que considere* razonable. De ese modo, una propuesta de ajuste, aun cuando no fuera aceptada por quien la solicitó –debido a su insuficiencia, ineficacia o por dar lugar a pérdidas salariales o de beneficios en la relación laboral, o incluso por ser estigmatizante–, es genéricamente razonable, sin que pueda exigirse que el sujeto pasivo del deber de acomodar incurra en gastos extras para la realización de un ajuste más adecuado para los involucrados. Y dado que el ajuste se considera razonable aún entra en juego el test de la carga indebida. Asimismo, un ajuste puede ser acreditado no razonable en sí, independientemente de los costos, como se verá más adelante.

Con la aprobación del ADA (USA, 1990) podría esperarse una renovación en la jurisprudencia relativa al ajuste razonable, ahora aplicable a las personas con discapacidad. Sin embargo, los magistrados entendieron que si el legislador optó por los términos ya definidos en las decisiones en materia religiosa, la intención sería mantener la línea existente. La interpretación restrictiva persistió. Peor aun, una nueva lectura fundamentada en elementos de la escuela del *law and economics*² boicoteó todavía más el alcance del ajuste razonable.

El *Chief Judge* Posner profirió la muy criticada decisión en la apelación del caso *Vande Zande*. La señora Lori Vande Zande quedó paralítica de la cintura para abajo. Obligada a usar silla de ruedas, cada tanto sufría escaras que la obligaban a ausentarse del trabajo. El primer aspecto analizado en el litigio fue si las escaras se incluían dentro del concepto legal de discapacidad. Aunque no se trataba de discapacidad, eran provocadas por ella. Por consiguiente, se las consideró parte de la discapacidad, lo que podría causar el deber de acomodar razonablemente hasta el límite de la carga indebida. Como ajustes, Vande Zande hizo dos pedidos al empleador, el Estado de Wisconsin: (a) ubicar más abajo la piletta de la cocina, para que ella pudiera lavar su taza de café, servirse un vaso de agua, en fin, utilizar los servicios de la cocina como sus compañeros.³ Solo la piletta del baño estaba a su alcance, y en ella realizaba las actividades que hubiera querido realizar en la cocina. Que usara el baño no interfería directamente en su trabajo, pero había un daño moral, un patrón estigmatizante en el ambiente laboral; (b) la restitución de 16,5 horas de licencia por salud que ella tuvo que ocupar en virtud de que el empleador se había negado a permitirle que trabajara en su casa durante ocho semanas (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin*).

Al interpretar el ADA, Posner entendió que el enunciado normativo ofrece un concepto doble y amplio sobre la discapacidad, que abarca (a) la disfunción física o psíquica que limita sustancialmente una o más actividades relevantes en

la vida del individuo; (b) el estado de ser considerado débil, frágil o *defectuoso* por el observador externo. Para definir el ajuste razonable y la carga indebida, Posner buscó apoyo en casos anteriores. Por acomodación al ambiente de trabajo entendió que “el empleador debe estar dispuesto a considerar modificaciones en sus reglas, términos, condiciones e instalaciones normales de trabajo, para posibilitar el trabajo del individuo con discapacidad” (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep’t of Admin*).

De acuerdo con Posner, la dificultad residiría en definir el término “razonable”. Para la demandante, “razonable” sería el ajuste *eficaz* para el individuo. Los costos no entrarían en la definición de razonable, sino en la de carga indebida. Posner disintió. Sugirió que “razonable” fuera interpretado como una adjetivación que debilita el ajuste, o sea, en el sentido en que la palabra se aplica en el derecho civil (por ejemplo, esfuerzo razonable, diligencia razonable), indicando un emprendimiento ordinario sin que signifique la realización del máximo posible o del máximo deseable (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep’t of Admin*).

La locución “carga indebida”, que había sido interpretada por el juez de primera instancia como el gravamen indebido que recae sobre el empleador según su capacidad económica, en la lectura de Posner se interpreta como la suma de dos elementos: (a) los beneficios para la persona con discapacidad; (b) los recursos del empleador. En la concepción de Posner, el análisis de los costos entra en escena en un segundo momento, en el cual quien requiere el ajuste debe demostrar que ella es (a) eficaz y (b) proporcional a los costos. El sujeto pasivo del deber de acomodar puede presentar dos excusas: (a) costos excesivos en relación con los beneficios, y (b) imposibilidad debido a su real condición financiera (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep’t of Admin*).

Sobre el pedido de la señora Vande Zande Posner concluyó que en lo que se refiere a colocar más abajo la pileta de la cocina, no había necesidad de acomodación pues se disponía de otra pileta igualmente eficaz, la del baño. Por lo tanto, ya contaba con un ajuste razonable:

Al contrario, su argumento es que obligarla a usar la pileta del baño para actividades (como lavar su taza de café) para las cuales los otros empleados podrían usar la pileta de la cocina la estigmatiza como diferente e inferior; ella busca una indemnización por daños debido al estrés emocional que de esto resulta. Podemos presumir sin tener que decidir que el estrés emocional tanto como las barreras físicas a la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo son relevantes para determinar la razonabilidad de un ajuste. Pero no pensamos que un empleador tenga el deber de gastar cantidades de dinero, incluso modestas, para lograr una paridad absoluta de condiciones de trabajo entre trabajadores con o sin discapacidad. La creación de tal deber tendría la inevitable consecuencia de que el hecho de no lograr alcanzar condiciones idénticas sería considerado algo “estigmatizante”. Esto es meramente un epíteto. Concluimos que no es deber legal de un empleador que haya acceso a una pileta específica cuando se ha proporcionado una pileta equivalente, localizada convenientemente. El deber de ajuste razonable está satisfecho cuando el empleador hace lo que es preciso para habilitar a un empleado con discapacidad a trabajar con un confort razonable.

(USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep’t of Admin*).

Como el destinatario del deber de ajustar era el estado de Wisconsin, que difícilmente podría alegar carga indebida a causa de ciento cincuenta dólares, la interacción formulada entre los conceptos de razonabilidad y de carga indebida sugiere que también pueden negarse valores modestos si el ajuste no es razonable (SUNSTEIN, 2007: 8).

En relación con la posibilidad de que la demandante pudiera trabajar en su casa si era necesario, Posner la rechazó, a partir de una serie de preconcepciones, como la dificultad de supervisar al empleado, los perjuicios para el trabajo en equipo, el impacto en los compañeros, la disminución de la calidad del trabajo. Además, indagó si el permiso para el trabajo en la casa no provocaría una disminución del deber de acomodar, porque los empleadores podrían adoptar la primera opción para no tener que realizar modificaciones en el ambiente laboral, segregando así a personas con discapacidad (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*).

La sentencia suscitó polémica en varios puntos: (a) la ausencia de un análisis efectivo de costos y beneficios (SUNSTEIN, 2007); (b) la interpretación limitada de los beneficios especialmente respecto de los daños morales o de estigmatización (SUNSTEIN, 2007; EMENS, 2008; MINOW, 2008); (c) la lectura limitante de los principios subyacentes al ADA (SUNSTEIN, 2007, 2008).

El análisis de costos y beneficios posee virtudes y vicios. En el primer grupo están: (a) la exposición de que la negativa de ajuste puede ser producto del mero hábito o prejuicio; (b) la demostración de los beneficios potenciales para los sujetos de derecho y de los costos para los destinatarios del deber; (c) el señalamiento de supuestos o preconcepciones irreales. En el segundo, están: (a) su punto de apoyo puede ser un intuicionismo no comprobable, en lugar de la búsqueda de elementos de realidad; (b) la posibilidad de no considerar un aspecto crucial en el campo de la discriminación, los costos de la humillación diaria, de la desigualdad y de la estigmatización (SUNSTEIN, 2007). La sentencia, como afirma Sunstein, es la traducción de los vicios de un análisis de costos y beneficios, porque minimiza los significativos costos de la estigmatización y de la segregación diaria de las personas con discapacidad (SUNSTEIN, 2007: 2). Además, la decisión se basa en intuiciones sobre el trabajo en el hogar. Ahora bien, en un análisis serio de costos y beneficios sobre el ajuste razonable no sólo cuentan los factores económicos, necesariamente comprobados o simulados de acuerdo con cálculos verosímiles, sino también los costos del estigma y los beneficios de la inclusión, no solo de quien solicita la acomodación, sino también de terceros (SUNSTEIN, 2007: 2-4; EMENS, 2008).

El tema de los beneficios inspiró a Emens (2008) para un largo estudio. Emens descarta la hipótesis de que los beneficios alcancen solo al individuo que requiere el ajuste, pues demuestra que estos pueden extenderse al sujeto pasivo del deber de acomodar, a partes secundarias y terceros, directa o indirectamente. El modo de enfrentar los beneficios debe ser menos atomista y más penetrante, interactivo, relacional y colectivo, lo que modifica y dificulta la cuestión empírica de los costos y los beneficios (EMENS, 2008: 843; MINOW, 2008). En la decisión sobre el caso Vande Zande, Posner enfatizó los beneficios para la empleada y los costos para el empleador, dejando de lado los beneficios para otros empleados con discapacidad, para los demás empleados, para terceros ajenos al ambiente de

trabajo y, eventualmente, para el propio empleador. Esta sería una concepción estática del ajuste, pues la “comprende como algo especial, hecho para uno o para pocos individuos, un subgrupo de la población, que haga posible que estos individuos diferentes puedan participar, por ejemplo, en el ambiente de trabajo”. La propuesta es la de un modelo dinámico de acomodación, que “comprende la acomodación como el proceso de interrogar el telón de fondo existente, con foco en una parcela de la población que fue descuidada en la creación del telón de fondo, para transformarlo de una manera que pueda afectar a todos” (EMENS, 2008: 894). Si esto es así, hay una gama de beneficios y también de costos a ser contabilizados, muchos de carácter no económico.

Por último, hay indicios de que en *Vande Zande* el objetivo del ADA se desvirtuó. En este caso, queda implícita la lectura de que la finalidad del ADA sería economizar recursos públicos excluyendo a personas del alcance de la previsión y la asistencia social (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*; USA, 2002a, *Borkowski v. Valley Central School District*; EMENS, 2008: 870). Sunstein niega enfáticamente que la intención del ADA resida en esto. El ideario subyacente al ADA es la inclusión de personas con discapacidad, anteriormente disminuidas a una casta inferior. Por lo tanto, es la lucha por la igualdad profunda, por los derechos humanos universales, por la justicia (NUSSBAUM, 2007) y la pluralidad. Se trata de la inclusión no asimilacionista, más allá de la simple integración, que reconstruye y reordena los patrones de construcción de los ambientes, de creación de reglas de funcionamiento en el trabajo, en la escuela, en la universidad; en suma, la intención es hacernos ver que armamos estructuras físicas y normativas que nos rodean a través de un arquetipo de normalidad que crea barreras a miles de personas. En suma, un propósito anticasta (SUNSTEIN, 2001: 155-182; 2008: 21) para crear obstáculos a la opresión, no al ser humano.

Sobre la aplicación del ajuste razonable en el contexto del ADA hubo por lo menos otro caso importante desentrañado por la Suprema Corte. Esta mantuvo una lectura restrictiva en relación con los sujetos pasivos del deber de ajustar, al excluir de ese universo a los sindicatos y al desestimar la posibilidad de ajuste en caso de que afectase acuerdos colectivos o planes de cargos y salarios. Asimismo, la Corte rechazó claramente la interpretación de la palabra *razonable* como ejemplo de eficacia del ajuste, tomando un rumbo similar al que planteó Posner, es decir, que el ajuste debe ser eficaz y la palabra razonable es un modificador que debilita el primer término de la locución. Más grave aun, la Corte no consideró los medios del empleador al apreciar si los costos se configurarían como carga indebida (USA, 2002b, *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*).⁴

3.2 *Canadá, un bello mosaico*

En Canadá, la construcción del concepto de ajuste razonable nació entrelazada con el trasplante de la doctrina estadounidense del efecto adverso. Reconocido el efecto adverso, existe el deber de ajustar razonablemente, salvo que hubiera una carga indebida comprobada por quien detenta el deber. La casuística trata principalmente del ajuste de las minorías religiosas. Su marco inicial es el caso *O'Malley* (CANADA,

1985b, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*), en el cual hay indicios de que el marco decisorio sería distinto al de los Estados Unidos.⁵

En primer lugar, la Corte canadiense dejó claro que el vocablo razonable, vinculado al término ajuste, debería concebirse como dependiente de la prueba de carga indebida, esto es, si hay carga indebida el ajuste se tornaría no razonable. Asimismo, mientras en los Estados Unidos el ajuste puede ser considerado no razonable en sí, aunque la carga sea mínima, en Canadá dejará de ser razonable *si y solamente si* hay prueba de que causará carga indebida a quien deba hacerlo (MALHOTRA, 2007: 12).

En segundo lugar, la Corte canadiense estableció seis factores a ser considerados en la evaluación de la carga indebida en el ambiente de trabajo: (a) costos financieros; (b) impacto en acuerdos colectivos conquistados por los trabajadores; (c) cuestiones relativas a la disposición y al ánimo del empleado para el trabajo; (d) permutabilidad de la estructura material del trabajo y de la organización de los trabajadores; (e) medios del empleador; (f) seguridad. En situaciones concretas, se analiza el *peso* que le será conferido a cada uno de los factores (CANADA, 1990, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*).

En tercer lugar, la Corte canadiense no limitó la gama de sujetos pasivos del deber de ajustar. La Suprema Corte de los Estados Unidos fue reacia a la inclusión de otros sujetos que no fueran los directamente mencionados en los enunciados normativos, especialmente personas de derecho privado. En Canadá, los partícipes de los procesos de discriminación, aunque ésta sea por efecto adverso y no intencional, como sindicatos y condominios residenciales, fueron considerados sujetos pasivos del deber de ajuste o de deberes semejantes (CANADA, 1992, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*; CANADA, 2004, *Syndicat Northcrest v. Amselem*).

Al hacer una interpretación extensiva de los sujetos pasivos del deber de ajustar, la Corte dio un paso verdaderamente interesante en cuanto al *procedimiento* para llegar al ajuste razonable. Lo interpretó como un espacio dialógico, en el cual todos los implicados participan. De esta forma, aquel que solicita el ajuste tiene el deber de explicitar cuáles son sus limitaciones y necesidades y, en lo posible, señalar alternativas. El destinatario de la demanda tiene el deber de ofrecer propuestas razonables, y si realmente lo fueran el demandante tiene el deber de facilitar y contribuir a su implementación. De acuerdo con la Corte: “discriminación en el ambiente de trabajo es una cuestión que involucra a todos” (CANADA, 1992, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*). Entonces, *en cuarto lugar*, se percibe que la búsqueda del ajuste razonable se traduce en un proceso de diálogo, multilateral, participativo e inclusivo.

Al incluir una asociación profesional en el deber de ajustar, la Corte pone en evidencia que este tipo de entidad también puede dar lugar a discriminación, sea directa o por efecto adverso. Aunque la elaboración teórica no esté formulada en las palabras de la Corte, se advierte que está presente la noción tripartita estructurada por Nancy Fraser, que plantea que en las demandas por justicia e inclusión es necesario conjugar el reconocimiento, la redistribución y la paridad de representación (FRASER, 1996). Ahora bien, en las sociedades capitalistas los sindicatos son asociaciones de clase directamente implicadas en las cuestiones

relativas a la redistribución. Suponer que los sindicatos no pueden generar demandas por reconocimiento es suponer que su estructura representativa está destinada a grupos enteramente homogéneos, cuyas exigencias de inclusión, autorrespeto y dignidad son exactamente las mismas, o, por lo menos, es suponer que son escenarios de participación muy uniforme. Tanto la casuística de los Estados Unidos como la de Canadá indican que no siempre los sindicatos son tan imparciales y representativos. Construcciones de exclusión social, deseadas o no, pueden reproducirse en microescala en las organizaciones que apuntan a la redistribución. El solo hecho de que estén en una asociación profesional no quiere decir que las demandas de reconocimiento de los trabajadores que *pertenecen* a grupos minoritarios sean consideradas, ni tampoco que estos puedan efectivamente participar en igualdad de condiciones.

En quinto lugar, la Suprema Corte de Canadá se rehusó enfáticamente a adoptar los patrones constitucionales estadounidenses de lectura de la carga indebida, a partir del *de minimis test*, por dos órdenes de razones: (a) el *de minimis test* no se armoniza con el concepto de carga indebida formulado por la Corte; (b) la dicción normativa no es *carga*, sino una carga calificada de indebida. Ahora bien, el *de minimis* lleva apenas al reconocimiento de la carga. Carga habrá. Es el costo de proteger los derechos fundamentales y de diseñar una sociedad inclusiva (CANADA, 1992, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*; CANADA, 1994, *Commission Scolaire Régionale de Chambly v. Bergevin*).

Lo que no puede haber es carga excesiva:

El test de minimis de Hardison virtualmente remueve el deber de ajustar y parece particularmente inapropiado en el contexto canadiense. Para cumplir el deber de ajustar se exige más que un esfuerzo insignificante. El uso del término “indebido” implica que alguna carga es aceptable, es solamente la carga “indebida” la que satisface los parámetros del test. La extensión que quien discrimina deberá recorrer para ajustar está limitada por las palabras “razonable” y “hasta la carga indebida”. Estos no son criterios independientes, sino modos alternativos de expresar el mismo concepto. Lo que constituye medidas razonables es una cuestión de hecho y variará de acuerdo con las circunstancias del caso.

(CANADA, 1992, *Central Okanagan School District No. 23 v. . Renaud* Resaltado por la autora.)

En decisiones más recientes, la Suprema Corte intentó refinar su lectura del ajuste razonable, principalmente al cotejar la razonabilidad de un ajuste y el mundialmente conocido examen de proporcionalidad. Hubo dos momentos en la comparación entre ajuste razonable y proporcionalidad. En el primero, la Corte vinculó uno de los pasos del test al ajuste razonable. En la interpretación de la Corte, al examinar la existencia de medios menos lesivos a los derechos constreñidos por el ajuste (*minimal impairment*), existe la posibilidad de que se analice si la situación admite un ajuste razonable. Si hay ajuste y no se comprueba carga indebida, existirá el *minimal impairment* para los adversamente afectados por medidas que, consideradas en su generalidad y abstracción, serían igualitarias

y proporcionales. Lógicamente, no se exige que la administración pública y el legislador prevean todo y cualquier posible efecto adverso de un acto normativo sin intención discriminatoria y que de modo general no implique una amputación de los derechos de la mayoría de las personas. Sin embargo, al confrontarse con un caso de efecto adverso el Poder Judicial estaría autorizado, en virtud de la proporcionalidad, a buscar un medio menos lesivo para los derechos de los que han sufrido dicho efecto, reconociendo el deber de ajustar razonablemente hasta el límite de la carga indebida:

Esta correspondencia del concepto de ajuste razonable con el análisis de proporcionalidad tiene antecedentes (...)

Desde mi punto de vista, esta correspondencia entre los principios legales es lógica. En relación con la discriminación, las Cortes han sostenido que existe un deber de realizar el ajuste razonable a favor de los individuos que han sido adversamente afectados por una política o regla que a primera vista es neutra, y que este deber se extiende solamente hasta el punto en el cual provoca carga indebida a la parte que debe realizarlo. Aunque no sea necesario revisar todos los casos en la materia, la analogía con el deber de ajuste razonable me parece útil para explicar la carga que resulta del test del medio menos lesivo con respecto a un individuo particular, como en el caso en juicio.

Desde mi punto de vista, el Profesor José Woehrling explicó correctamente la relación entre el deber de ajustar o adaptar y el análisis de Oakes en el siguiente pasaje: “cualquiera que intente librarse del deber de ajustar debe demostrar que, para alcanzar un objetivo legislativo legítimo e importante, es necesario aplicar el patrón en su integridad, sin las excepciones que busca el demandante. Más específicamente, en el contexto de la sección 1 de la Carta Canadiense, es necesario, al aplicar el test de caso R. v. Oakes, demostrar sucesivamente que aplicar el test en su totalidad constituye un medio racional para alcanzar el objetivo legislativo, que no hay otros medios disponibles menos intrusivos en relación con los derechos en cuestión (test del medio menos lesivo), y que hay proporcionalidad entre los efectos saludables y los restrictivos de la medida. En un nivel conceptual, el test del medio menos lesivo, que es central al análisis de la sección 1, corresponde en buena medida a la defensa de la carga indebida contra el deber de ajuste razonable en el contexto de la legislación de derechos humanos.

(CANADA, 2006, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*. Resaltado por la autora.)

La correlación entre ajuste razonable y proporcionalidad se tornó más nebulosa en un juicio reciente, porque se concibieron como tests constitucionales distintos. El patrón de ajuste razonable debería utilizarse cuando se trata del análisis de la *aplicación* de una ley o de la evaluación de actos y prácticas administrativas, que abarque tanto entes públicos como privados. Por su parte, el examen de proporcionalidad cabría en contextos menos individualizados sobre la constitucionalidad de leyes y actos normativos, abarcando la relación del legislador con los destinatarios de la ley. Asimismo, uno de los pasos de la proporcionalidad –el empleo de medios

menos lesivos al derecho en juego (*minimal impairment*)– fue distinguido del ajuste razonable:

Medio menos lesivo y ajuste razonable son conceptualmente distintos. El ajuste razonable (...) prevé un proceso dinámico en el cual las partes, comúnmente el empleador y el empleado, ajustan los términos de su relación en conformidad con las exigencias de la legislación de derechos humanos, hasta el punto en el cual el ajuste llegue a significar una carga indebida para la parte que ajusta (...).

Una relación de tipo bastante distinto existe entre la legislatura y el pueblo sujeto a las leyes. Por su propia naturaleza, las leyes de aplicación general no son acuñadas para las necesidades únicas de demandantes individuales. (...) La constitucionalidad de una ley en la sección 1 de la Carta está determinada, no por el hecho de dar respuesta a las necesidades singulares de cada demandante particular, sino por el hecho de que la restricción de los derechos de la Carta se dirijan a un objetivo importante y porque su impacto total sea proporcional. Aunque el impacto de la ley sobre los demandantes individuales sea indudablemente un factor significativo a considerar por la Corte cuando debe determinar si la restricción se justifica, la perspectiva última de la Corte es social. La cuestión que la Corte precisa responder es si la restricción a la Carta se justifica en una sociedad libre y democrática, no si podría ser previsto un arreglo más ventajoso para el demandante particular.

Del mismo modo, “carga indebida”, un concepto clave en el ajuste razonable, no se aplica fácilmente a una legislación en la edición de leyes (...).

En resumen, cuando lo que está en cuestión es la validez de una ley general, el ajuste razonable no es un sustituto apropiado para un debido análisis de acuerdo con la sección 1, que se basa en la metodología de Oakes.

(CANADA, 2009, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*. Resaltado por la autora)

Se advierte que la mayoría de la Corte elaboró una distinción significativa entre la proporcionalidad y el ajuste razonable. La primera se destinaría al control de la constitucionalidad de leyes y actos normativos generales y abstractos, confinada a una idea publicista. El segundo, a prácticas administrativas públicas y privadas en las cuales cabría una individualización mayor. Como resultado, se tornan prácticamente inviables las demandas de ajuste razonable cuando se trata de leyes o de actos normativos dotados de generalidad y abstracción. Con esto, la lectura *mayoritaria* excluyó al legislador del alcance del deber de ajustar (CANADA, 2009, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009).

No obstante la última decisión y sus posibles consecuencias, la línea decisoria de la Suprema Corte de Canadá sobre ajuste razonable de minorías religiosas es muy rica, tanto en su definición conceptual como en su cobertura y alcance. La interpretación de los ideales de protección y promoción de la igualdad y la dignidad para que una sociedad se construya sobre bases plurales e interculturales, un auténtico mosaico inclusivo, parece haber prosperado mucho más en Canadá que en otros países occidentales. La amplitud de la construcción constitucional inclusiva favoreció la

expansión del concepto de ajuste razonable al ámbito de la discapacidad en términos mucho más interesantes y fructíferos que los del modelo estadounidense, un “contraste dramático” en relación con Canadá (MALHOTRA, 2007: 14).

En materia de discapacidad, hay innumerables decisiones canadienses sobre ajuste razonable, buena parte en sistemas de arbitraje administrativo. De acuerdo con los estudiosos, la lectura fue tan sofisticada como la formulada sobre el ajuste religioso: “la jurisprudencia sobre los derechos de las personas con discapacidad aplicó la decisión de la Suprema Corte de Canadá en *Dairy Pool* en el sentido de ofrecer a los empleados con discapacidad ajustes razonables a través de formas cada vez más complejas y sofisticadas” (MALHOTRA, 2007: 15-16).

Para finalizar, cabe aclarar que la Corte revió por unanimidad las distinciones entre la *discriminación directa* y la ocasionada por *efecto adverso*. Hasta entonces, la Corte separaba las dos hipótesis, aplicando patrones y remedios diversos para cada una. La Corte entendió que era necesario un nuevo abordaje para los casos de discriminación y el correspondiente ajuste, adoptando un nuevo patrón de examen sobre la discriminación y el ajuste razonable con la finalidad de simplificar las líneas interpretativas de la legislación canadiense y depurar la extensión del ajuste razonable. Sin embargo, registró cuán importante fue la existencia de los patrones anteriores, primordialmente la línea decisoria que reconoció y desarrolló las nociones de efecto adverso y de ajuste razonable (CANADA, 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*).

3.3 Estados europeos y Unión Europea

El ajuste razonable no formaba parte de los ordenamientos jurídicos de los países europeos hasta mediados del año 2000, cuando el Consejo de la Unión Europea adoptó la Directiva de Igualdad en el Empleo (Directiva 2000/78/CE, UNIÃO EUROPEIA, 2000; WADDINGTON, 2008: 317). A partir de entonces, se expandió por los ordenamientos internos, y además se fortaleció con la autorización y la celebración, por parte de la Unión, de la CDPD/ONU, en 2007 y 2009, respectivamente (NEVES, 2010: 5).

Para explicitar la comprensión de los conceptos en los órdenes interno y comunitario se seleccionó la amplia investigación de Waddington (2008), elaborada con el propósito de revelar “cómo los Estados Miembros de la Unión Europea respondieron al desafío” de aplicar e interpretar el binomio ajuste razonable y carga desproporcionada o indebida. Waddington señaló que los países habían empleado terminologías diferentes para “ajuste” (por ejemplo, adaptación, acomodación, pasos, medidas apropiadas) sin que esto tuviera efectos relevantes. Sin embargo, el término “razonable” tuvo interpretaciones bastante diversas. En pocos Estados se utilizó solo este limitador; en los otros, el limitador “razonable” está junto a la expresión “carga desproporcionada” o “indebida” u otras análogas. La pregunta entonces es: ¿cuáles son los significados conferidos a “razonable”? ¿Cómo estos interactúan con la noción de carga desproporcionada? (WADDINGTON, 2008: 323-326).

La autora concluye que hay tres abordajes sobre la palabra *razonable* y su interacción con “carga indebida”: (a) el ajuste será *razonable* si no impone

dificultades o costos excesivos a quien detenta el deber de ajustar. Es usual que la lectura sea acompañada por un test más riguroso, la carga desproporcionada. Asimismo, un ajuste podrá ser considerado como no razonable sin que ni siquiera se haya aplicado el patrón de la carga. O, muy rara vez e incluso difícil de concebir, podrá ser razonable e implicar una carga indebida; (b) el ajuste será *razonable* si es efectivo, o sea, si deja al individuo que lo solicitó en condiciones de realizar las actividades que dieron origen al pedido. Como defensa, el sujeto pasivo de ajuste puede alegar carga indebida o desproporcionada; (c) el ajuste será *razonable* si es efectivo para el titular del derecho y no impone inconvenientes o costos excesivos al sujeto pasivo (WADDINGTON, 2008: 339). Teniendo en cuenta la diversidad de interpretaciones, Waddington (2008: 339-340) concluye que cabrá al Tribunal de Justicia Europeo (TJR) perfeccionar y determinar la interpretación, homogeneizando las lecturas y las aplicaciones.

Hasta el momento, hay tres juicios destacados en el campo, dos del TJE y uno del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). En la decisión del caso Chacón Navas, el TJE no extendió las protecciones contra el despido destinadas a los trabajadores con discapacidad a los que se encontraban enfermos, diferenciando así la enfermedad de la discapacidad (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, 2006, *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*, 2006). En el caso Coleman, el TJE entendió que las prohibiciones de discriminación y acoso no se aplican sólo a personas con discapacidad, sino también a aquellas que son cuidadoras primarias de personas con discapacidad. *In abstracto*, el TJE sostuvo la tesis de que una persona sin discapacidad que es responsable por los cuidados de un niño con discapacidad puede sufrir acoso en el ambiente de trabajo, y también puede requerir ajuste razonable. Además, definió los patrones de la carga de prueba en cuanto a la discriminación y el ajuste (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, 2008, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*).

En un caso emblemático juzgado en el año 2009 que trataba sobre la ineptitud para el Servicio Militar obligatorio, el TEDH, por primera vez, como bien esquematizó Kanter (2009), (a) aludió al ajuste razonable; (b) reconoció una violación al derecho de no ser discriminado en función de la discapacidad; (c) mencionó expresamente la CDPD/ONU (TRIBUNAL EUROPEU DE DEREITOS HUMANOS, 2009, *Affaire Glor v. Suisse*). Aunque puso en práctica el ideario del ajuste razonable, el TEDH no mencionó explícitamente el término en el juicio, ni se refirió a las formas y lecturas que él podría adoptar en el caso. Otro punto importante del juicio, cuyas limitaciones no es el momento de ponderar, es la línea que demarca la enfermedad de la discapacidad.

4 Ajuste razonable: propuestas hermenéuticas a la luz de una gramática constitucional inclusiva

La CDPD/ONU es parte formal de la Constitución brasileña. La primera conclusión que se extrae de eso es que para interpretar todos los enunciados normativos previos y futuros sobre la discapacidad se debe aplicar una hermenéutica constitucional inclusiva. Esto significa comprender la Constitución como un marco de ruptura

con ambientes sociopolíticos y económicos represores, opresores, segregacionistas y asimilacionistas. Se trata de un cuadro normativo diseñado para romper estructuras de poder directo y fáctico tanto como mecanismos de poder simbólico, en el sentido que Bourdieu le da al término (BOURDIEU, 2010: 8), un documento constitucional modelado por la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia, la participación y la pluralidad. Por lo tanto, las directrices interpretativas sugeridas tienen como base la inclusión y la participación igualitaria y digna de todos los seres humanos en los espacios más diversos.

Se destaca que la CDPD/ONU se aprobó como un mecanismo de protección, promoción y tutela de los derechos de las personas con discapacidad, en el marco de una concepción no solo biomédica, sino también social, de la discapacidad. Es un documento con propósitos inclusivos y emancipatorios, destinado a minimizar las barreras que contribuyen a acentuar o incluso a formar la asimetría entre los seres humanos. En este punto, se acuerda con Sunstein. El fundamento del documento reside en el principio anticasta. Como efecto colateral de la protección de los derechos de las personas con discapacidad, es posible incluso economizar divisas en algunos ítems del tesoro público, pero es dudoso que la red de protección y promoción para las personas con discapacidad que resulta de la CDPD/ONU se destine prioritariamente a la disminución del gasto público.

Luego de estas consideraciones iniciales, se pasa a la propuesta de interpretación del binomio ajuste razonable y carga indebida en el derecho brasileño. En primer lugar, hay que señalar que la CDPD/ONU, a pesar de integrar el bloque formal de constitucionalidad, fue redactada en términos internacionalistas, dirigida a los Estados partes en sus ámbitos legislativos, ejecutivos y de “cualquier otra naturaleza”. De este modo, se podría pensar que la CDPD/ONU adquiriría un carácter pragmático, al instituir a los Estados partes compromisos *ad futurum*, sin contar con la autoaplicabilidad. Pese a estar redactada en futuro y a que hubo resistencia en el plano jurisprudencial a la autoaplicabilidad de cláusulas de TIDH (STF, ADI 1480-DF/MC, BRASIL, 1996), se cree que la actual orientación del STF (STF, HC 87585/TO, BRASIL, 2008. Sobre la comprensión del STF acerca de los TIDH, STRAPAZZON, 2009: 379-399), aliada a la dicción del art. 5º, §2º c/c o art. 5º, XXV, ambos de la CRFB/88 (BRASIL, 1988), confiere autoaplicabilidad a una parte significativa de las cláusulas de los TIDH. Solo se excluyen los puntos más sensibles, cuya concreción depende de complejas políticas públicas y cuyas peculiaridades escapan a la jurisdicción del Poder Judicial, sea en razón de los límites institucionales y de la separación de funciones estatales, sea en razón de la imposibilidad de realización efectiva por la vía jurisdiccional. El ajuste razonable, como muestra la casuística extranjera e internacional, ocurre normalmente para excepcionar un acto normativo general, o reglas generales de entes particulares, acomodándolos a las necesidades de una persona, teniendo en cuenta la singularidad de los obstáculos que pueden enfrentar un cuerpo o una mente. Por lo tanto, se trata de un espacio en el que el órgano judicante podrá ser convocado a actuar sin mayores problemas, ya sea por la ausencia de previsiones en el terreno legislativo o administrativo, ya sea exactamente para excepcionar los enunciados generales originados en estas funciones estatales.

La pregunta que se plantea es la siguiente: ¿cómo se lee el binomio ajuste razonable y carga indebida en la Constitución brasileña? Se abordarán tres puntos: (a) los titulares del derecho al ajuste; (b) las locuciones “ajuste razonable” y “carga indebida”; (c) los sujetos pasivos del deber de ajustar.

En primer lugar, se menciona a los *titulares* del *derecho* al ajuste razonable. Se afirma como punto de partida que existe un derecho fundamental al ajuste razonable, lo que se infiere no solo de los términos de la CDPD/ONU, sino también de la concepción de discriminación. Ahora bien, sin no hay carga indebida, la ausencia de ajuste razonable, cuando existe, configura un caso de discriminación. Existe el *derecho* de no ser discriminado, correlato del deber de no discriminación. Como consecuencia, el derecho fundamental al ajuste razonable, cuando existe, llega hasta el límite de la carga indebida.

De acuerdo con la CDPD/ONU, los titulares son las personas con discapacidad, a la luz de un modelo social sumado a los componentes del modelo biomédico. Por lo tanto, todas las personas con discapacidad hacen justicia al ajuste razonable, siempre que tengan las competencias, calificaciones, títulos, etc., necesarios para el cargo, función o actividad para la cual reclaman el ajuste.⁶ Por ejemplo, hasta el momento una persona ciega no podrá exigir ajuste razonable para la función de chofer de ómnibus, pues no posee, lógicamente, las habilidades y las certificaciones exigidas para ello. Pero podría hacerlo para asumir el cargo de fiscal de distrito, en caso de que aprobara el concurso y tuviera las debidas calificaciones universitarias. Sobre este tema existe un cuidado importante. La discapacidad a veces oblitera integralmente el ejercicio de algunas actividades, por lo que no existe un ajuste razonable capaz de ofrecer alternativas. Sin embargo, hay una infinidad de hipótesis en las cuales es el hábito arraigado e irreflexivo lo que lleva a imaginar que una persona con determinada discapacidad no podrá ejercer ciertas actividades. No hay que olvidar que uno de los propósitos del ajuste razonable es precisamente la amplitud para rever prácticas, hábitos, métodos con los cuales se moldea el ambiente.

Hay que llamar la atención sobre las posibilidades de subinclusión y sobreinclusión (para el tema, STRUCHINER, 2005: 147 y ss.). En los juicios comentados en las secciones anteriores se registró la existencia de un debate sobre la *frontera* existente entre la enfermedad y la discapacidad, así como acerca de las discusiones sobre la posibilidad de que los cuidadores primarios hagan *jus* al ajuste razonable. Se considera que el asunto carece de explotación en un sistema caso a caso, evitando tanto la subinclusión como la eventual *sobreinclusión* (por ejemplo, por igualar necesidades muy temporarias, producto de una enfermedad, a la discapacidad), de modo de distorsionar el instituto, tornándolo irrealizable. Entre tanto, se puede decir que las hipótesis de inclusión de individuos no concebidos como personas con discapacidad desde el modelo biomédico, pero que son considerados como tales por el nuevo concepto de la CDPD/ONU, serán inicialmente algo usual, porque muchos enunciados normativos infraconstitucionales se presentan como reglas subinclusivas a la luz de la CDPD/ONU.

Con respecto a los componentes de la locución “ajuste razonable”, se entiende que el ajuste se refiere a todas las modificaciones, adaptaciones, arreglos e incluso flexibilizaciones a ser efectuados en el ambiente material y normativo en el que

es reclamado, a través del uso de los más diversos mecanismos, desde técnicas, tecnologías, revisión de procedimientos, hasta excepciones en el horario y lugar de trabajo, realización de tareas, actividades académicas, etcétera.

El problema reside en el significado de “razonable”. Humberto Ávila investigó la jurisprudencia del STF y encontró tres acepciones: (a) razonabilidad como equidad: directriz que exige que los enunciados generales y abstractos sean apreciados a la luz de las singularidades del caso concreto, imponiendo la armonización del enunciado con las particularidades. Se trataría de la *justicia particular*; (b) razonabilidad como congruencia: es necesario un ajuste entre los enunciados normativos y sus condiciones externas de aplicación, exigiéndose una causa real que justifique la adopción del enunciado; (c) razonabilidad como equivalencia: actúa vinculando dos magnitudes, la medida y el criterio que la dimensiona (por ejemplo, la pena y el acto cometido) (ÁVILA, 2009: 156 y ss.). También se utiliza la razonabilidad en el sentido de algo que es ordinario y común.

En la revisión de casos extranjeros, se vio que en los Estados Unidos la palabra “razonable” es un limitador de ajuste, en el sentido de lo que es común que se le exija a alguien. En Canadá la concepción fue distinta: lo “razonable” asumió una connotación amplia, como todos los esfuerzos posibles para hacer ajustes hasta el límite de la carga indebida. En el contexto europeo vimos tres significados, entre los que se distingue el que entiende el término como lo que es *eficaz* para el individuo o el grupo en cuestión. ¿Qué concepción es la más adecuada en el caso del constitucionalismo brasileño? En principio, se considera que *no* es la que lo interpreta como lo que es ordinario, porque esa lectura destruye desde la raíz el propósito del ajuste, que es el de ofrecer alternativas que usualmente son excepcionales. Sería una incongruencia. Se interpretaría un derecho fundamental del modo más limitado posible, lo que contraría la técnica recomendada. Entre las acepciones que identifica Ávila (2009), la razonabilidad como equidad es vista como la que más se aproxima al ajuste razonable, una vez que indica la adaptación del enunciado general y abstracto a las particularidades del caso. En este primer sentido, el término “razonable” solo será un limitador del ajuste si este carece de toda eficacia.

Asimismo, en la evaluación de lo que es razonable se podría echar mano de la razonabilidad como congruencia, porque permitiría advertir si la medida puede excepcionarse, de acuerdo con las causas en las que se basa (por ejemplo, cuando la discapacidad y el ajuste en cuestión disminuyen por debajo de lo mínimo los grados de seguridad que apoyan la medida). Lo razonable sería entonces otro limitador del ajuste; esto es, habría enunciados generales que no admiten algunas excepciones, pues eso llevaría a una significativa disminución de su finalidad (por ejemplo, salud, seguridad, igualdad). El examen *se aproximaría* a una de las etapas de la proporcionalidad, la necesidad, en la que se analiza si el medio elegido es el que menos afecta a los derechos fundamentales, de acuerdo con los fines que se pretenden. Sin embargo, el resultado no sería necesariamente la corriente invalidación del conjunto del acto normativo (por ejemplo, inconstitucionalidad, ilegalidad), sino la proposición de situaciones intermedias para las hipótesis, como puede ocurrir en las llamadas *decisiones intermedias* (para el tema, CERRI, 2001: 84 y ss.).

Aunque la razonabilidad como congruencia es una de las acepciones de lo

razonable, se propone que esta evaluación se dé desde la carga indebida, porque razonable y carga indebida componen un binomio de actuación conjunta. La defensa de la no realización del ajuste está en la carga indebida, de modo que el análisis se hace más fácil y más claro con el examen de las cargas. Se recomienda que el término “razonable” sea interpretado como lo que es *eficaz* para adaptar el ambiente material y normativo a las necesidades de la persona con discapacidad con el mínimo posible de segregación y estigma, y con atención a las particularidades que hacen permisible excepcionar o flexibilizar enunciados y prácticas generales. *Eficaz* no se restringe tan solo a aspectos prácticos; por el contrario, se extiende a aspectos menos palpables, como evitar el estigma, la humillación, la vergüenza. Por ejemplo, en Vande Zande la razonabilidad se vio tan solo a través del ángulo práctico, pues se descuidó la disminución que la trabajadora sentía por usar la pileta del baño para las actividades necesarias para su alimentación. Para reflexionar sobre el asunto, hay que imaginar la situación opuesta: ¿y si Vande Zande tuviera que usar la pileta de la cocina colectiva para cepillarse los dientes o lavarse las manos después de usar los servicios? ¿Cómo se sentirían sus compañeros?

Para alcanzar el ajuste razonable el procedimiento de diálogo es crucial. Incumbe a la persona con discapacidad o a las entidades representativas señalar las mejores alternativas, porque ellas poseen conocimiento y experiencia sobre las barreras que hay que trasponer y los mecanismos más hábiles para lograrlo. Es la puesta en práctica del lema “nada sobre nosotros, sin nosotros”. Es relevante que los implicados, a veces actores secundarios, como compañeros de clase o de trabajo, sean partícipes por lo menos en el rol de elucidar, salvo en situaciones de confidencialidad solicitada (por ejemplo, en caso de trastornos mentales). Quien debe acomodar necesita apertura al diálogo y hacer frente a la prueba de la carga indebida.

La carga indebida es la defensa que permite al sujeto pasivo eximirse de hacer el ajuste y deberá ser definida en cada caso; para ello vale la sugerencia de la Corte canadiense: cargas habrá, lo que no pueden ser es *indebidas*. Por eso, se debe descartar un test como el *de minimis*, que solo alcanza el nivel de la carga, e ignora la textualidad. Para el arbitraje, hay una gama de factores reunidos en dos grupos. El primero es precisamente la finalidad buscada por la medida general que se quiere excepcionar a través del ajuste. Si el objetivo de la medida se frustra o se oblitera de manera relevante, la carga será indebida. No basta con que quien adoptó la medida demuestre que lo hizo de buena fe, de modo imparcial e igualitario. La defensa solo será completa si se demuestra que el ajuste bloquea el fin que se pretende.⁷

El segundo es la comparación minuciosa entre costos y beneficios. Se mencionó que los costos y los beneficios no se agotan en la cuestión económica-financiera (que, por cierto, entra en el *cálculo*, junto a los medios de quien debe acomodar). Sobre los beneficios se recuerda que el ajuste no tiene como única finalidad beneficiar a un individuo; su *raison d'être* es mucho más amplia, en una concepción dinámica (*supra*, EMENS, 2008: 894). Se contabilizan beneficios directos e indirectos, y se consideran las partes primarias y secundarias, así como los terceros. En cuanto a los costos, se requiere prestar atención a aquellos que son minimizados por medio de contrapartidas o ganancias a quien ajusta, desde incentivos y exenciones estatales hasta ingresos por *marketing* de responsabilidad social. También se evalúan los costos

de estigmatización y humillación y los de las partes secundarias, si las hubiera (por ejemplo, compañeros de trabajo).

Finalmente, se indica quién debe realizar el ajuste. Para esto, es preciso reiterar las diferencias del concepto de discriminación según la CDPD/ONU: (a) además de las formas tradicionales de discriminación, incluye la discriminación por efecto adverso; (b) la negativa a ajustar razonablemente, hasta el límite de la carga indebida, implica discriminación. Es indiscutible que el Estado, en todas sus ramificaciones, es sujeto pasivo. Los particulares se incluyen en la medida en que se vinculan con los derechos fundamentales. En este punto hay dificultades. Se cree que todos los entes privados que ejercen funciones vía concesión, permisión, etc., son pasivos de deber, además de aquellos cuyas actividades son de carácter público, pero que se permiten a la iniciativa privada. Como ejemplo, se mencionan las empresas de telefonía, de transporte público, escuelas y universidades privadas. Es indudable que se incluyen, aunque indirectamente, los entes que cuentan con recursos públicos (por ejemplo, asistencia social, fundaciones, OSCIPS –Organización de la Sociedad Civil de Intereses Públicos–). En el escenario laboral, la CRFB/88 (BRASIL, 1988) vinculó a los empleadores como sujetos pasivos de los derechos fundamentales, de modo que es posible y justificable extender también los términos de la CDPD/ONU, pero prestando mayor atención a la capacidad de cada empleador respecto de la carga indebida. Las organizaciones sindicales también participan del deber, principalmente cuando la discriminación deriva de sus acuerdos y convenciones. En su mayoría, caben las directrices de la vinculación de particulares a los derechos fundamentales (sobre el tema, SARMENTO, 2005).

En términos ideales, la actividad legislativa sería relevante para delinear el instituto, pero se piensa que mientras no se edite la nueva legislación sobre el ajuste, cabe a los organismos judicantes apreciar caso por caso a los sujetos activos, pasivos, la razonabilidad del ajuste y la carga indebida, cuando el procedimiento de diálogo entre los involucrados no sea exitoso. En la evaluación se considera que es importante intentar, en sede jurisdiccional, promover el referido diálogo. Si no es posible, la decisión debe observar los términos de la CDPD/ONU, es decir, interpretar conforme a la Constitución los enunciados normativos ya existentes para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

5 Conclusiones

Para trazar algunas propuestas de interpretación del binomio ajuste razonable y carga indebida dentro del constitucionalismo brasileño, se han revisado los principales aspectos del tema en otros órdenes jurídicos. Se destacan aquellos que dieron origen a los conceptos. La revisión contribuyó a un diálogo constitucional que permite identificar los puntos fuertes y débiles de la lectura constitucional e internacional. Como conclusiones se destacan:

- a) ajuste razonable es un concepto que modifica el contenido jurídico de la discriminación, la cual se configura en el caso de que no haya oferta de ajuste razonable hasta el límite de la carga indebida;

- b) las personas con discapacidad, a la luz del modelo social combinado con elementos del modelo biomédico, son titulares de un derecho fundamental al ajuste razonable hasta el límite de la carga indebida en los más variados ambientes. Otros sujetos podrán ser titulares del derecho fundamental al ajuste razonable hasta el límite de la carga indebida, lo que constituye un paso para la inclusión, que debe analizarse en cada caso;
- c) ajuste comprende modificaciones, adaptaciones, acomodamientos e incluso flexibilizaciones en el ambiente material y normativo en el que se reclama, mediante el uso de los más diversos mecanismos;
- d) razonable es el ajuste *eficaz* para el individuo o grupo; incluye en la idea de eficacia la prevención y la eliminación de la segregación, la humillación y la estigmatización;
- e) la adaptación razonable ha de ser el producto de un proceso de diálogo entre los involucrados;
- f) el argumento en defensa de la no realización del ajuste razonable es la carga indebida. En esencia, la carga será indebida cuando: (f.1) se adopte un ajuste que suprima *exageradamente* el objetivo de la medida general y provoque riesgos a la seguridad, la salud, el bienestar, etc.; (f.2) en la evaluación de costos y beneficios se muestre que el ajuste es demasiado costoso. Es necesario destacar que el análisis de costos y beneficios no se limita a los elementos económicos, ni tampoco se agota en los sujetos activo y pasivo específicamente implicados.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ÁVILA, H. (2009). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros.
- BOURDIEU, P. (2010). *O poder simbólico*, trad. de Fernando Thomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Visitado el: 17 de febrero de 2011.
- _____. (2008). *Decreto Legislativo nº 186*, de 9 de julho de 2008. Disponible en: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/99423?mode=full&submit_simple=Refer%C3%AAncia+Completa>. Visitado el: 17 de febrero de 2011.
- CERRI, A. (2001). *Corso di giustizia costituzionale*, 3ª ed. Milán: Giuffrè.

- DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W. R. dos (2009). “Deficiência, Direitos Humanos e Justiça”. *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, pp. 64-77.
- EMENS, E. F. (2008). “Integrating Accommodation”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, n. 4, pp. 839-922.
- FIGUEIREDO, I. (2010). *Entre Intocáveis, Bugres e Garotos: o Sistema de Justiça na Consolidação do Paradigma de Direitos*. Tesis (doctorado). PUC-Rio, Rio de Janeiro.
- FRASER, N. (1996). Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. *The Tanner Lectures on Human Values*. Stanford University. Disponible en: <<http://www.intelligenceispower.com/Important%20E-mails%20Sent%20attachments/Social%20Justice%20in%20the%20Age%20of%20Identity%20Politics.pdf>>. Visitado el: 17 de febrero de 2011.
- KANTER, A. S. (2009). The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its implications for the rights for the elderly people under international law. *Georgia State University Digital Archive @ GSU*. Disponible en: <http://digitalarchive.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3315&context=colpub_review>. Visitado en: octubre de 2010.
- KRIEGER, L. H. (2003). “Sociolegal backlash”. En: L. H. KRIEGER (ed.). *Backlash against the ADA: reinterpreting disabilities rights*. Michigan: Michigan University Press, pp. 340-393.
- MALHOTRA, R. (2007). “The legal genealogy of the duty to accommodate American and Canadian workers with disabilities: a comparative perspective”. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 23, pp. 1-32.
- MARTEL, L. de C. V. (2005). *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. (2007). “Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira”. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 9, n. 86, ago./set.
- MINOW, M. (2008). “Accommodating integration. In response to Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, pp. 1-10.
- NAÇÕES UNIDAS. 2006a. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.
- _____. (2006b). *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.
- NEVES, A. F. (2010). “Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Européia”. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponible en: <www.icjp.pt/system/files/Texto_Prof%20Ana%20Neves.pdf>. Visitado el: 20 de diciembre de 2010.
- NEVES, M. (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- NUSSBAUM, M. C. (2007). *Frontiers of justice: disability, nationality species membership*. Harvard University Press.
- QUINTANA, M. (2007). *Nova antologia poética*. São Paulo: Globo.

- SARMENTO, D. (2005). **Direitos fundamentais e relações privadas**. Río de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. (2006). “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação ‘de facto’, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa”. En: CAMARGO, M. N. (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM.
- STRAPAZZON, C. L. (2009). “Tratados internacionais, direitos fundamentais e liberdade individual: rupturas e evoluções em 60 anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. En: MARTEL, L. de C. V. (org.). **Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Río de Janeiro: Lumen Juris/UNESC. v. II. pp. 379-399.
- STRUCHINER, N. (2005). **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do Direito**. Tesis (doctorado) – Departamento de Filosofia, PUC-Rio, Río de Janeiro.
- SUNSTEIN, C. R. (2001). **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press.
- _____. (2007). “Cost-Benefit Analysis Without Analyzing Costs of Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms”. **University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n. 325; University of Chicago, Public Law Working Paper n. 149**. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=959712>>. Visitado el: 2 de febrero de 2011.
- _____. (2008). “Caste and disability: the moral foundations of the ADA. In response to Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*”. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, pp. 21-27.
- UNIÃO EUROPEIA. 2000. Conselho Europeu. **Directiva 2000/78/CE**, de 27 de novembro de 2000. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022;pt:PDF>>. Visitado el: 20 dez. 2010
- USA (1972). **Equal Employment Opportunity Act**. Disponible en: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>>. Visitado el: 12 de febrero de 2011.
- _____. (1990). **ADA**. Disponible en: <<http://www.ada.gov/archive/adastat91.htm>>. Visitado en: septiembre de 2010.
- WADDINGTON, L. (2008). “When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding a when disability accommodation is ‘reasonable’ from a comparative perspective”. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, v. 29, n. 3, pp. 317-340.

Jurisprudencia

- BRASIL (1996). STF **ADI 1480/DF/MC**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=185195&tipo=TP&descricao=ADI%2F1480>>. Visitado en: febrero de 2010.
- _____. (2008). STF **HC 87585/TO**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=597891>>. Visitado en: febrero de 2010.

- CANADA (1985a). Supreme Court. **Bhinder v. CN**, 2 S.C.R. 561. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr2-561/1985scr2-561.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1985b). Supreme Court. **Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears**, 2 S.C.R. 536. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr2-536/1985scr2-536.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1990). Supreme Court. **Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)**, 2 S.C.R. 489. Disponible en: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1990scr2-489/1990scr2-489.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1992). Supreme Court. **Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud**, 2 S.C.R. 970. Disponible en: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1992/1992scr2-970/1992scr2-970.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1994). Supreme Court. **Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin**, 2 S.C.R. 525. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1994/1994scr2-525/1994scr2-525.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1999). Supreme Court. **British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU**, 3 S.C.R. 3. Disponible en: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1999/1999scr3-3/1999scr3-3.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (2004). Supreme Court. **Syndicat Northcrest v. Amselem**, 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47. Disponible en: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc47/2004scc47.pdf>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (2006). Supreme Court. **Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys**, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2006/2006scc6/2006scc6.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (2009). Supreme Court. **Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony**, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2009/2009scc37/2009scc37.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Sentença de 30 de abril. **Affaire Glor v. Suisse**, Petição n. 13444/04.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. 2006. **Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA**. Processo C-13/05. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/>>. Visitado el: 20 dez. 2010.
- _____ (2008). **S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law**. Processo C-306/06 (pedido de decisión prejudicial del Employment Tribunal — Reino Unido) Disponible en: <<http://curia.europa.eu/>>. Visitado el: 10 de enero de 2011.
- USA (1963). United States Supreme Court. **Sherbert v. Verner**. 374 U.S. 398. Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0374_0398_ZO.html>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____ (1972). United States Supreme Court. **Wisconsin v. Yoder**. 406 U.S. 205 (1972). Disponible en: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=406&invol=205>>. Visitado el: 23 de mayo de 2001.

- _____. (1977). United States Supreme Court. **Trans World Airlines, Inc. v. Hardison**. 432 U.S. 63.
- _____. (1986). United States Supreme Court. **Ansonia Board of Education v. Philbrook**. 479 U.S. 60.
- _____. (1995). United States Court of Appeals, Seventh Circuit. **Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.**, 94-1884, n°. Disponible en: <<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1372073.html>>. Visitado el: 10 de octubre de 2010.
- _____. (2002a). United States Court of Appeals, Second Circuit. **Borkowski v. Valley Central School District**. 447, Docket 94-7254. Disponible en: <caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1300394.html>. Visitado el: 10 de octubre de 2010.
- _____. (2002b). United States Supreme Court. **U.S. Airways, Inc. v. Barnett**. 535 U.S. 391 (2002). Disponible en: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-1250.ZS.html>>. Visitado el: 12 de octubre de 2010.

NOTAS

1. Para los efectos de este artículo, ajuste, acomodación y adaptación se utilizan como sinónimos. En la versión en lengua portuguesa de la CDPD/ONU, se utilizó "adaptação razoável" y "ajustamento razoável".
2. N.del E.: Es castellano se la conoce como la escuela o corriente de derecho y economía.
3. Es importante destacar que el edificio estaba aún en construcción y que los proyectos eran anteriores al ADA. Posner entendió que el ADA no podía producir efectos retroactivos. El costo de bajar la pileta era 150 dólares. Wisconsin ya había llevado a cabo algunas acomodaciones para Vande Zande, como la construcción de una rampa, la adaptación del baño de su piso de trabajo, la adecuación de los muebles, el pago de la mitad de una cuota de cuidados diarios en el ambiente de trabajo, la remodelación del vestuario de los empleados y el ajuste de los horarios de trabajo para la realización de consultas y tratamientos.
4. Se destaca que en la época de la decisión que se cita, el empleador era una de las mayores compañías aéreas de los Estados Unidos.
5. En Canadá, hay leyes y actos normativos de la Administración Pública en la materia, además de instancias administrativas responsables de la tramitación de las demandas de ajuste.
5. Como la adaptación ocurre en los más diversos escenarios –escuelas, universidades, cursos de capacitación, acceso al empleo y la posibilidad de progreso en el mismo–, también podrá requerirse en los procesos de obtención de certificaciones, calificaciones, progresiones. Si no fuera así, existe el riesgo de formación o manutención de un círculo vicioso de exclusión de las personas con discapacidad.
7. Ilustra el punto el caso Bhinder, en el que la Suprema Corte de Canadá entendió que una medida general de seguridad en el trabajo –el uso de cascos por parte de las personas que trabajaban con alta tensión eléctrica– no podría ser excepcionada para adaptar a un miembro que por razones religiosas necesitaba usar un turbante, incompatible con el casco, porque la seguridad sería indebidamente onerosa.

ABSTRACT

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, now part of the Brazilian Constitution of 1988, introduced new concepts and approaches into Brazilian Law. This article intends to define and discuss the concepts of reasonable accommodation and undue burden, offering suggestions for a constitutionally adequate and useful interpretation of these new legal norms. Consequently, research was conducted regarding such concepts and their complexities as treated in other legal systems, particularly those that have featured them for some time. An interpretive proposal is then formulated, addressing conclusions and results primarily obtained by eliminating some interpretations adopted in other countries. The conclusion reached is that reasonable accommodation is made possible and effective through measures for the inclusion of people with disabilities, which are obtained through a process of dialogue between the parties involved. The duty to accommodate is limited by the concept of undue or disproportionate burden, comprised of various elements, for which the burden of proof lies with the party whose duty it is to accommodate.

KEYWORDS

Disability – Discrimination – Reasonable accommodation – Undue burden

RESUMO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, parte da CRFB/88, introduziu novos conceitos e concepções no direito brasileiro. Este artigo objetiva compreender e discutir os conceitos de adaptação razoável e ônus indevido, oferecendo premissas para uma interpretação constitucionalmente adequada e útil das inovações normativas. Para tanto, foram pesquisados os conceitos e suas complexidades em outros ordenamentos jurídicos, especialmente os que os empregam há longa data. A seguir, formulou-se uma proposta interpretativa. Nela estão sediadas conclusões e resultados obtidos, em especial pela exclusão de algumas interpretações adotadas em outros países. Concluiu-se que a adaptação razoável é composta de medidas possíveis e eficazes para a inclusão de pessoas com deficiência, obtidas mediante processo de diálogo entre os envolvidos. O dever de adaptar é limitado pelo ônus indevido ou desproporcional, composto de vários elementos, cujo ônus probatório reside em quem deve acomodar.

PALAVRAS-CHAVE

Deficiência – Discriminação – Adaptação razoável – Ônus indevido



MARTA SCHAAF

Marta Schaaf ha trabajado en salud global en varios países de África Occidental, sur de Asia y Europa Oriental. Está especialmente comprometida con los temas de salud y derechos humanos. Tiene una Maestría en Relaciones Internacionales en la Universidad de Columbia y actualmente está cursando una Maestría en Salud Pública en el Departamento de Ciencias Sociomédicas del Mailman School of Public Health de la Universidad de Columbia.

Email: martaschaaf@gmail.com

RESUMEN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye varios derechos relacionados con la sexualidad. Sin embargo, en la Convención tal como fue adoptada, esos derechos son mucho menos explícitos y afirmativos que aquellos incluidos en el borrador inicial. El presente artículo explora los motivos de tales diferencias. En primer lugar, el artículo hace un esbozo de la evolución de la sexualidad en la teoría de la discapacidad y en los debates internacionales sobre derechos humanos. Luego se hace un análisis crítico de las deliberaciones que tuvieron lugar durante los períodos de sesiones del Comité *Ad Hoc* en el que se elaboró la Convención. Dichas deliberaciones estuvieron marcadas por tensiones entre los esfuerzos por promover los derechos sexuales y los esfuerzos por proteger a las PcD de esterilizaciones no deseadas y otras formas de abuso sexual. Por último, se proponen formas de fortalecer las reivindicaciones de los derechos sexuales para las personas con discapacidad.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez.

Recibido en febrero de 2011. Aceptado en mayo de 2011.

PALABRAS CLAVE

Derechos sexuales – Derechos reproductivos – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Teoría de la discapacidad



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

LA NEGOCIACIÓN DE LA SEXUALIDAD EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

Marta Schaaf

1 Antecedentes

El 3 de mayo de 2008, entró en vigencia la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (UNITED NATIONS, 2011a). Primer instrumento vinculante específico sobre las personas con discapacidad (PcD), la Convención detalla de qué manera los derechos ya consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos se aplican a las PcD y hace referencia a las áreas en las que se requieren esfuerzos especiales.

La Convención enumera varios derechos que se relacionan directamente con la sexualidad, incluyendo el derecho a la salud; el derecho a la libertad y seguridad de la persona; la protección contra la explotación, la violencia y el abuso; y el respeto del hogar y de la familia. También contiene un artículo específicamente referido a las mujeres con discapacidad y otro que llama a la toma de conciencia para combatir la estigmatización (UNITED NATIONS, 2006a). Sin embargo, los derechos relacionados con la sexualidad en la Convención que se adoptó son mucho menos explícitos y afirmativos que los incluidos en el borrador inicial, tal como se muestra en el Anexo 1 de este trabajo.

¿Qué fue lo que ocurrió? Como ejemplo de lo que Michel Foucault llamaba “puesta en discurso” (*mise en discours*) (FOUCAULT, 1984, p. 299), las negociaciones del Comité *Ad Hoc* arrojan luz sobre las ideas imperantes acerca de la sexualidad en las personas con discapacidad y de la sexualidad en general. Mientras que los teóricos y activistas de la discapacidad proclaman cada vez más la importancia de reconocer y apoyar la sexualidad en las personas con discapacidad, el discurso producido por el Comité *Ad Hoc* refleja la pertinencia de las afirmaciones de Foucault en el sentido de que la “anormalidad” y la sexualidad están ambas sujetas a la “gubernamentalidad” (FOUCAULT, 1984, p. 338).

* La profesora Carole Vance del Departamento de Ciencias Sociomédicas del Mailman School of Public Health de la Universidad de Columbia tuvo la amabilidad de leer el artículo y hacer valiosos comentarios.

2 Foucault, discursos y gubernamentalidad

Foucault describió los discursos como “técnicas polimórficas del poder” que “producen” efectos de verdad (FOUCAULT, 1984, p. 60, 298). En otras palabras, la maquinaria del poder da forma a paradigmas y reglas sociales que fijan los límites del comportamiento humano e incluso de la realidad. Tales discursos no necesitan ser explícitos; los silencios también tienen poder. “El silencio mismo, lo que uno se niega a decir o tiene prohibido nombrar..., es menos el límite absoluto del discurso...que...una parte esencial de las estrategias que subyacen a los discursos y los impregnan” (FOUCAULT, 1984, p. 300). Así, el no reconocer la sexualidad en las personas con discapacidad es una forma de regularla.

Como atributo del cuerpo que se cruza con el control de la población, la sexualidad se convirtió en un tema particular de la gubernamentalidad en la Europa Occidental del siglo XIX. El sexo “requería de procedimientos de gestión, tenía que ser tomado a cargo por los discursos analíticos” (FOUCAULT, 1984, p. 316, 307). La Iglesia desempeña un papel particularmente prominente en el análisis que hace Foucault del discurso y la sexualidad; “la pastoral Cristiana también buscó producir efectos específicos sobre el deseo, por el mero hecho de transformarlo – plena y deliberadamente- en discurso: efectos de dominio y desapego, por cierto, pero también un efecto de reconversión espiritual” (FOUCAULT, 1984, p. 306). Del mismo modo, su concepto de “biopoder” explica cómo el estado, respaldado por los discursos científicos, “llevó a la vida y sus mecanismos al ámbito de los cálculos explícitos y convirtió al saber-poder en agente de la transformación de la vida humana” (FOUCAULT, 1984, p. 17).

Las ideas de Foucault sobre los discursos, el biopoder y el papel de la Iglesia arrojaron luz sobre la evolución de la teoría de la discapacidad y sobre las negociaciones relativas a la sexualidad en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3 Discursos imperantes sobre la sexualidad en las personas con discapacidad

En el presente artículo se usa el término general “discapacidad”. Si bien el término oculta la heterogeneidad, es reflejo de su uso en muchos de los discursos que se examinan en este trabajo. Cuando resulta pertinente, se hacen las distinciones correspondientes. Los términos “estudios sobre discapacidad” y “teoría de la discapacidad” se refieren a un área de la investigación teórica compuesta por académicos y activistas, muchos de los cuales tienen discapacidades. Una parte importante de su trabajo se refiere explícitamente a discapacidades tanto físicas como mentales. Sin embargo, la mayoría de estos teóricos con discapacidades tienen discapacidades físicas a diferencia de mentales, y por lo tanto gran parte de su trabajo se concentra en el *embodiment* (corporización). Asimismo, es importante observar que si bien la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado mundial, gran parte de la teoría de la discapacidad que es visible en la academia o en Internet fue desarrollada por personas del norte

global. Muy pocas veces se escuchan voces del sur, sobre todo en el contexto de la sexualidad.

La sexualidad era un tema periférico de los estudios sobre discapacidad hasta hace aproximadamente veinte años, y sigue siendo insuficientemente abordado fuera de los estudios sobre discapacidad, y en programas y políticas sociales (SHILDRICK, 2007; RICHARDSON, 2000; TEPPER, 2000). Hubo y hay dos excepciones notables. Fuera del campo de los estudios sobre discapacidad, se invoca la sexualidad con mayor frecuencia: 1) cuando la sexualidad en las personas con discapacidad se percibe como amenaza a otros a través de la supuesta expresión de una hipersexualidad o agresión, o por lo menos como atributo perturbador de personas percibidas como asexuadas (o forzadas a serlo) (SHILDRICK, 2007; TEPPER, 2000; LEYDEN, 2007); y 2) cuando las PcD, en particular mujeres y niños, son descriptas como personas que requieren de una forma especial de protección contra el abuso o la explotación sexual.

La amenaza que se percibe como proveniente de la sexualidad en las personas con discapacidad se relaciona en parte con su posible desafío a la norma monógama, heterosexual y orientada a la reproducción (TEPPER, 2000). Ciertas personas no pueden experimentar una sexualidad “normal” debido a una diferencia encarnada, como la falta de sensación genital, la infertilidad o la necesidad de una tercera persona para facilitar el contacto íntimo (SHILDRICK, 2009). La sexualidad del hombre con discapacidad física plantea un desafío especial a los discursos normativos dado que la sexualidad masculina se entiende tradicionalmente como una experiencia dominante y falocéntrica (SHAKESPEARE, 1999). Un hombre con una discapacidad física teniendo relaciones sexuales resulta incoherente con el discurso de género de la virilidad masculina (HAHN, 1994).

Las referencias a la necesidad de las mujeres y niños con discapacidad de contar con protección especial contra el abuso sexual ciertamente tienen su justificación (FIDUCCIA; WOLFE, 1999; SHUTTLEWORTH, 2007). Sin embargo, como uno de los pocos discursos visibles sobre la sexualidad de la mujer con discapacidad, estas referencias refuerzan las normas sobre femineidad y discapacidad que describen a las mujeres con discapacidad (McD) como vulnerables, sexualmente pasivas o asexuadas y dependientes (SHAKESPEARE, 1999; LYDEN, 2007). Asimismo, el discurso de la protección sexual es en realidad un discurso de género; la vulnerabilidad al abuso sexual del hombre se invoca con mucha menor frecuencia.

La preocupación por el abuso y el temor a la sexualidad en las personas con discapacidad encuentran su intersección en el control de la reproducción. A menudo la fertilidad de las McD se ve proscripta mediante esterilizaciones o abortos forzados o realizados bajo coacción (GIAMI, 1998; EUROPEAN DISABILITY FORUM, 2009; UNITED NATIONS, 2009). Esta práctica generalizada y de larga data a menudo se realiza ostensiblemente para proteger a las mujeres de un embarazo que podría provenir de un abuso sexual, o del crimen de honor al que podría conducir un embarazo. En muchos países, la ley les permite a los padres someter a un/una menor a estos procedimientos sin su consentimiento (UNITED NATIONS, 1999, para. 447; NSW DISABILITY DISCRIMINATION LEGAL CENTRE, 2009; FIDUCCIA; WOLFE, 1999).

4 La sexualidad en la teoría de la discapacidad

Históricamente, la teoría de la discapacidad (que es un campo relativamente nuevo) no ha abordado la sexualidad, salvo para ocuparse selectivamente de los temas arriba mencionados. Los teóricos y activistas han refutado el discurso hegemónico de la hipersexualidad, aunque muy pocas veces se han ocupado del falso supuesto de la asexualidad. También han procurado proteger a las PcD, en particular a las mujeres, de las esterilizaciones o abortos forzosos o bajo coacción (FIDUCCIA; WOLFE, 1999). Sin embargo, no se hablaba de la sexualidad afirmativa ni de los derechos sexuales. Es probable que el silencio haya persistido porque la sexualidad era percibida como un deseo y no como una verdadera necesidad. Había otras prioridades más acuciantes en la actividad de promoción y defensa (SHUTTLEWORTH, 2007; SHAKESPEARE, 2000). Asimismo, la sexualidad había sido un área de “disgusto, exclusión y duda de uno mismo durante tanto tiempo que a veces resultaba más fácil no considerarla que abordar algo de lo que tantos quedaban excluidos” (SHAKESPEARE, 2000, p. 160).

En los últimos 20 años, este silencio se fue rompiendo; los teóricos y activistas hacen esfuerzos conscientes por socavar el poder del silencio discursivo (TEPPER, 2000; SHUTTLEWORTH; MONA, 2000). Las distintas vertientes teóricas de los estudios sobre discapacidad tratan cada vez más el tema de la sexualidad (RICHARDSON, 2000; TEPPER, 2000; SHUTTLEWORTH, 2007; FIDUCCIA; WOLFE, 1999). Este cambio es reflejo de tendencias más generales en el campo emergente de los derechos sexuales, como así también del creciente reconocimiento de la centralidad de la sexualidad en la lucha por la igualdad:

Siempre supuse que las campañas más urgentes por los derechos civiles de las personas con discapacidad eran aquéllas que estamos llevando adelante hoy: empleo, educación, vivienda, transporte, etc. ... Por primera vez estoy empezando a creer que la sexualidad, el área que está por encima de todas las demás y que ha sido soslayada, se encuentra en el núcleo central de todo aquello por lo que trabajamos... Uno no puede acercarse más a la esencia del yo o de la convivencia entre personas que con la sexualidad, ¿no es cierto?

(Según se cita en SHAKESPEARE, 2000, p. 165).

Informados en parte por la crítica del biopoder de Foucault, los teóricos de la discapacidad critican lo que llaman el modelo médico o individual: un paradigma de la discapacidad que se concentra en el cuerpo individual y en las limitaciones impuestas por la deficiencia física o mental. Las manifestaciones sociales y programáticas del modelo médico incluyen la rehabilitación física y la primacía del poder profesional (médico) (SODER, 2009, p. 68). Al ubicar el daño en las representaciones discursivas de la discapacidad y no en la deficiencia misma, los activistas y teóricos han procurado reemplazar el modelo médico con el modelo social. El modelo social hace una distinción entre deficiencia y discapacidad. La deficiencia es una disfunción física o mental, mientras que la discapacidad es la suposición socialmente construida de la incapacidad que surge de una sociedad opresora y discriminatoria (SHILDRICK, 2009; SODER, 2009; SHAKESPEARE, 1999;

HAHN, 1994). En esta concepción, lo que subyace al estigma y el daño que afecta a las PcD es la construcción social de la discapacidad y no las deficiencias mismas.

Sin embargo, en los últimos varios años, algunos teóricos han cuestionado el modelo social, con el argumento de que es retrógrado y no otorga la debida importancia al *embodiment*. Estas críticas están impulsadas en parte por la creciente atención a la sexualidad y a aportes teóricos del feminismo y la teoría *queer*. Algunos argumentan que se debería “volver a incorporar al cuerpo” al pensamiento sobre la discapacidad; la deficiencia puede limitar el relacionamiento sexual de manera profunda y eso es algo que debe ser reconocido y debatido (SODER, 2009; SHILDRICK, 2009). Desestimar el cuerpo al hacer un análisis social equivalía, en el lenguaje feminista, a descuidar la relación entre las esferas pública y privada (SHAKESPEARE, 1999).

Este cambio conceptual se relaciona con el desarrollo en paralelo de nociones de ciudadanía sexual y su aplicación directa a las PcD. Las reivindicaciones de la ciudadanía sexual pueden agruparse a grosso modo en dos categorías: 1) reclamos de “tolerancia hacia las identidades diversas” y 2) “cultivo e integración activa de dichas identidades” (RICHARDSON, 2000, p. 122). La primera categoría describe campañas para la autodefinición y el derecho de existir como minoría. La segunda es más amplia y exige las condiciones habilitantes de la diversidad sexual y la “participación sexual” para las personas y grupos previamente estigmatizados. Los teóricos y los activistas de la discapacidad hacen tales reivindicaciones y algunos afirman que la experiencia del placer es un tema de accesibilidad (TEPPER, 2000; SHUTTLEWORTH, 2007). La participación sexual para las PcD puede exigir ir más allá de las concepciones imperantes de la sexualidad. Reflejando el cuestionamiento que la teoría *queer* hace de las concepciones taxonómicas de la sexualidad, Tom Shakespeare, uno de los teóricos más prolíficos de sexualidad en las personas con discapacidad, se pregunta: “¿Estamos tratando de lograr el acceso de las personas con discapacidad a la sexualidad según las corrientes dominantes o de cambiar la forma en que se concibe la sexualidad?” (SHAKESPEARE, 2000, p. 163). Reconocer la importancia del cuerpo y convertirlo en sujeto de los reclamos de ciudadanía sexual no refuerza el enfoque médico hacia la discapacidad sino que lleva las concepciones de la sexualidad y la ciudadanía sexual más allá de las categorías actuales.

Estas evoluciones teóricas se reflejan en las actividades de promoción y defensa de las organizaciones que trabajan por los derechos de las personas con discapacidad y de aquellas que se ocupan de los derechos sexuales. Por ejemplo, la Asociación Irlandesa de Planificación Familiar (Irish Family Planning Association–IFPA) y el Centro de Derechos Reproductivos (Center for Reproductive Rights–CRR), que tiene sede en Estados Unidos, emitieron recientemente documentos informativos sobre el tema: la IFPA sobre sexualidad y discapacidad, y el CRR sobre derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad (Irish Family Planning Association, sin fecha; Center for Reproductive Rights, 2002). Estos esfuerzos abarcan discapacidades físicas y mentales. La Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (American Association on Intellectual and Developmental Disabilities) declaró hace poco tiempo que “las

personas con un retraso mental y discapacidades del desarrollo relacionadas, al igual que todas las personas, tienen derechos sexuales inherentes y necesidades humanas básicas” (según se cita en: LYDEN, 2007, p. 4).

Las actividades de promoción y defensa han producido algunos cambios en las políticas. Por ejemplo, en los Países Bajos, Dinamarca y partes de Australia, el uso de trabajadores sexuales entrenados y de asistentes sexuales está subsidiado por el estado (SHILDRICK, 2009, p. 61).

5 La sexualidad en el derecho internacional* de los derechos humanos

Las convenciones y declaraciones** son negociadas por los Estados miembro de Naciones Unidas, y las personas y las ONG pueden tener el derecho de hacer propuestas y expresar sus opiniones. La primera declaración sobre los derechos humanos de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los posteriores tratados de derechos humanos abordan varios ámbitos relacionados con la sexualidad, incluyendo el rol de la familia, el matrimonio, la integridad corporal y la igualdad entre los sexos (GIRARD, 2008). Sin embargo, antes de 1993, nunca habían aparecido los términos “sexual” o “sexualidad” en un documento internacional intergubernamental, salvo en un artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece la protección contra la explotación y el abuso sexuales (PETCHESKY, 2000).

La sexualidad comenzó a tratarse inicialmente en el contexto de la salud reproductiva. Ningún documento de Naciones Unidas hacía mención explícita de los derechos reproductivos hasta la Conferencia Internacional de Derechos Humanos que tuvo lugar en Teherán en 1968 (FREEDMAN; ISSACS, 1993), cuya declaración final incluía un punto que decía: “Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y el intervalo de sus nacimientos” (UNITED NATIONS, 1968). El derecho de las mujeres (a diferencia de los padres) de decidir la cantidad de hijos y el intervalo entre sus nacimientos fue consagrado en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979 (FREEDMAN; ISSACS, 1993). Los activistas procuraron ampliar la definición de derechos reproductivos para incluir los derechos relacionados con la sexualidad en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 y en la Conferencia Internacional sobre la Mujer que tuvo lugar en Beijing en 1995 (GIRARD, 2008). Como resultado de las actividades de promoción transnacionales y del cambio en la percepción del rol de la mujer, entre otros factores, las declaraciones finales de estas dos conferencias representaron un cambio de paradigmas. La autonomía reproductiva

*En el presente artículo se usa el término “derecho internacional” para referirse a las declaraciones y convenciones de Naciones Unidas, no a aquéllas asociadas a los sistemas regionales.

**Las convenciones son vinculantes mientras que las declaraciones no. Sin embargo, las declaraciones representan un consenso y, con el tiempo, pueden ser consideradas vinculantes (como derecho internacional consuetudinario). Asimismo, como en el caso de la CDPD, algunos elementos de las declaraciones pueden convertirse en la base para una convención vinculante.

fue reestructurada como objetivo, a diferencia de las anteriores orientaciones de control o promoción poblacional. (GRUSKIN, 2008; GREER et al., 2009; GIRARD, 2008). La declaración final de la Conferencia Internacional sobre la Mujer establece:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales (...) exigen el respeto y el consentimiento recíproco y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.

(UNITED NATIONS, 1995, párr. 96)

También se ha comenzado a debatir en los foros de Naciones Unidas la protección contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, aunque hasta el momento se ha hecho poca referencia al tema en los documentos finales.

Los activistas incluyen cada vez más a los derechos sexuales y reproductivos y a la no discriminación sobre la base de la orientación sexual en el concepto de derechos sexuales, que se desarrolla en paralelo con los conceptos de ciudadanía sexual. Los derechos sexuales aúnan las actividades de promoción relacionadas con la violencia sexual contra las mujeres; los derechos reproductivos; los derechos de lesbianas, bisexuales, gays y transexuales; y el VIH/SIDA, entre otras áreas (MILLER, 2009). Sin embargo, el concepto abarcador de derechos sexuales sigue sin estar suficientemente desarrollado, con “desarticulaciones predecibles” “que limitan la evolución de posturas políticas coherentes y progresistas en esta área” (MILLER, 2009, p. 1). La falta de coherencia hace que los derechos sexuales –como así también los elementos constituyentes que se agrupan bajo este término– sean más vulnerables a una oposición poderosa.

De hecho, las fuerzas conservadoras interponen muchos obstáculos a la inclusión de los derechos sexuales en los documentos de Naciones Unidas. Durante las negociaciones, la Santa Sede propuso sistemáticamente definiciones conservadoras de familia y procuró limitar el desacoplamiento de la reproducción y la unidad familiar (GIRARD, 2008). La Santa Sede y sus aliados conservadores (en general varios países latinoamericanos e islámicos y algunas ONG) afirman que los derechos sexuales socavarían las relaciones familiares y las identidades nacionales, étnicas o religiosas (KLUGMAN, 2000; FREEDMAN, 1995). En momentos de debate acalorado, hubo delegados que declararon que el término “derechos sexuales” implica promiscuidad y el derecho a tener relaciones sexuales con quien a uno se le ocurra, incluyendo niños y animales (KLUGMAN, 2000). La Santa Sede y otros también sostienen que afirmar los derechos sexuales implicaría crear derechos nuevos, a diferencia de aplicar las normas de derechos humanos al ámbito de la sexualidad. Este argumento es bastante débil, dado que uno de los objetivos explícitos de la conferencia de El Cairo, por ejemplo, era aplicar los principios de los derechos humanos a la reproducción, y no crear “derechos nuevos” (KLUGMAN, 2000).

6 La negociación de la sexualidad en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se negoció entre 2002 y 2006. La Santa Sede y otros exigían las mismas limitaciones a los derechos sexuales que habían exigido en negociaciones anteriores. Sin embargo, estos debates de a ratos eran cualitativamente diferentes de las deliberaciones que tuvieron lugar en El Cairo y Beijing. La preocupación generalizada por las medidas eugenésicas y la centralidad del cuerpo en las concepciones de la discapacidad dieron forma al debate.

El presidente Vicente Fox de México propuso un tratado integral sobre los derechos de las personas con discapacidad en el 56° Período de Sesiones de la Asamblea General de 2001 (UNITED NATIONS, 2003a). El tratado sería un correlato vinculante que seguiría a las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, resolución adoptada por la Asamblea General en 1993 (UNITED NATIONS, 1993). El tratado se negoció en 7 períodos de sesiones de un Comité *Ad Hoc* compuesto por delegados de los gobiernos y de ONG con estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Los borradores iniciales fueron preparados por un Grupo de Trabajo formado por 27 gobiernos, 12 ONG y 1 representante de instituciones nacionales de derechos humanos.

El siguiente análisis se basa en una cuidadosa lectura de los resúmenes de las reuniones del Comité *Ad Hoc*, de los documentos con las posturas de los países y de las ONG, y del borrador surgido de las consultas intergubernamentales regionales. Sin embargo, dado el volumen de la documentación, se hizo una búsqueda para identificar el texto pertinente. Las palabras buscadas fueron “sex”, “repro”, “íntima/o”, “personal” y “fertilidad”. Asimismo, se leyeron en su totalidad los resúmenes de los debates sobre los artículos pertinentes, incluyendo los artículos relacionados con el matrimonio y la vida familiar; la privacidad; la toma de conciencia; la salud; y la protección contra la explotación, la violencia y el abuso. También se leyeron las propuestas para integrar al género en las corrientes principales. Para subrayar aún más el hecho de que la sexualidad en las personas con discapacidad sigue siendo un tema insuficientemente abordado, vale destacar que no se identificaron en la Convención documentos revisados por pares u otros relativos a la sexualidad.

Lo que se expone a continuación no es un análisis exhaustivo de las negociaciones relacionadas con la sexualidad; no se tratan las deliberaciones abreviadas acerca de la no discriminación sobre la base de la orientación sexual y otras cuestiones. Sin embargo, se exponen los temas más debatidos sobre los derechos sexuales.

6.1 *Protección contra la explotación, la violencia y el abuso*

En los documentos emanados de las consultas regionales iniciales, se mencionaba la sexualidad casi exclusivamente en el contexto del abuso sexual y la esterilización forzada; de hecho, se presentaba a la vulnerabilidad sexual como un área central que requería de una mayor protección. Por ejemplo, el párrafo introductorio de un resumen surgido de una reunión de expertos en Bangkok decía que “las personas con discapacidad de todo el mundo están sometidas a la violación generalizada de

sus derechos humanos. Dichas violaciones incluyen la desnutrición, la esterilización forzada, la explotación sexual” (UNITED NATIONS, 2003b). Los aportes de las ONG tenían un enfoque similar. El primer aporte de la Red de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría sobre el artículo relativo a la vida familiar mencionaba únicamente el derecho a la protección contra la agresión sexual (en el área de la sexualidad) (UNITED NATIONS, 2004d). Treinta y cinco participantes de delegaciones gubernamentales y no gubernamentales presentaron una propuesta conjunta en el primer período de sesiones acerca de cómo integrar “las áreas de preocupación sensibles desde el punto de vista del género”. Una vez más, en relación con la sexualidad, se concentraban enteramente en la vulnerabilidad frente a la agresión sexual. De hecho, hubo muy pocos debates más sobre sexualidad en el primer período de sesiones del comité. No surgió como tema controvertido hasta más avanzada la negociación.

Las referencias al abuso sexual en la Convención no fueron controvertidas, aunque en definitiva no se mantuvieron en esos términos. Esto probablemente se debió a los debates semi paralelos sobre el desarrollo de un artículo específicamente referido a las mujeres y los niños. Muchos de los mismos temas estaban incluidos en ese borrador, aunque en un lenguaje un tanto diferente. Asimismo, la esterilización forzada, una prioridad ampliamente compartida, fue tratada en el artículo relacionado con el respeto por el hogar y la familia. En todo caso, como se verá más adelante, el concepto de la protección fue un *leitmotif* de las negociaciones relacionadas con la sexualidad; algunos delegados invocaban la necesidad de protección al oponerse a cualquier mención de la sexualidad.

6.2 *Derecho a la salud*

El borrador inicial preparado por el Grupo de Trabajo incluía un “derecho a los servicios de salud sexual y reproductiva”. La formulación derivaba en parte de las Normas Uniformes, que estipulaban que “[l]as personas con discapacidad deben tener el mismo acceso que las demás a los métodos de planificación de la familia, así como a información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo” (UNITED NATIONS, 2003a).

La Santa Sede objetó el término “servicios de salud sexual y reproductiva” desde el momento de su introducción (UNITED NATIONS, 2004b). Las respuestas de las ONG fueron más lentas. El presidente del Comité solicitó comentarios de las ONG el día en que se presentó el borrador. Varios organismos hicieron sus comentarios, entre ellos, Rehabilitation International, la Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría, Handicap International, Save the Children, la OMS, y un consorcio de instituciones nacionales de derechos humanos. No mencionaron los servicios de salud sexual y reproductiva. Sólo una ONG comentó sobre este aspecto: National Right to Life. Dijeron que mencionar explícitamente la salud sexual y reproductiva limitaría necesariamente el alcance del derecho a la salud, y “promovería el uso de los análisis genéticos para abortar embarazos de bebés con discapacidad”. En su lugar, propusieron un texto que proscribía la “denegación de tratamiento médico, alimentos o líquidos” (UNITED NATIONS, 2004b).

Las ONG que no formaban parte de la alianza pro-vida estaban evidentemente mal preparadas para participar del debate. Abogaron por mantener el texto en reuniones posteriores, aunque no extensivamente, y claramente carecían de la organización con que contaba la coalición del derecho a la vida. De hecho, el mensaje sobre el derecho a la vida se fusionó en reuniones posteriores, con muchas ONG que opinaban que la frase podría significar “aborto y eutanasia”, incluso para los bebés neonatos, y varias que vinculaban el debate a la denegación de alimento y agua a las PcD (UNITED NATIONS, 2005d). Hubo delegaciones gubernamentales que también presentaron este argumento, aunque hablaron sólo de aborto, no de eutanasia. Qatar, Irán, Kenia, Jamaica, Yemen, Siria, Paquistán, Sudán, Baréin, Kuwait, Omán y los Emiratos Árabes Unidos instaron a cortar el texto, argumentando que crearía un nuevo derecho, que podría llegar a incluir el derecho al aborto. Se dijo que el término “servicios” en particular funcionaba como código para la inclusión del aborto (UNITED NATIONS, 2005b, 2005d, 2006c). Estados Unidos también apoyó la eliminación del texto con el argumento de que incluirlo pondría de algún modo en peligro a las PcD, y explicó que apoyaba la eliminación del texto dada la historia de la fertilización forzada de PcD en Estados Unidos (UNITED NATIONS, 2006d).

Varias ONG que no se encontraban presentes físicamente en las negociaciones presentaron comentarios en el sentido de que era importante mantener el texto. Argumentaron principalmente que era importante hacer mención explícita de la salud sexual y reproductiva porque las PcD a menudo carecían de acceso debido a la percepción persistente de que eran asexuadas (UNITED NATIONS, 2005a, 2006c). Varias delegaciones de países se expresaron a favor del texto en el séptimo período de sesiones, entre ellos, Brasil, Canadá, Croacia, Etiopía, Mali, Noruega, Uganda y la Unión Europea (UE) (UNITED NATIONS, 2006d). La UE sostuvo que los *servicios* de salud sexual y reproductiva no incluyen el aborto, una aseveración que contó con el apoyo por escrito del Consejo de Europa, la OMS, y el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud (UNITED NATIONS, 2006d, 2006e). Los delegados se fueron frustrando con el estancamiento del debate y, en un acto atípico, el presidente del comité intervino para declarar que los servicios de salud sexual y reproductiva no incluyen el aborto, y que la frase “servicios de salud” figura tanto en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares como en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (UNITED NATIONS, 2006e).

Uruguay y Costa Rica y más tarde varios otros países se unieron en torno a la propuesta de mantener la frase “sexual y reproductiva” pero eliminar el término “servicios”, que fue la formulación finalmente adoptada. (UNITED NATIONS, 2006d). A pesar de esta solución de compromiso, varios países firmaron el tratado con las reservas correspondientes. El Salvador estipuló que firmaba la Convención en la medida en que no violara su constitución (UNITED NATIONS, 2011b), que establece que la vida comienza al momento de la concepción (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2003). Varios países de la UE expresaron formalmente su oposición a la reserva de El Salvador. Malta hizo la siguiente declaración interpretativa: “Malta entiende que la frase “salud sexual y reproductiva” del

artículo 25 (a) de la Convención no constituye el reconocimiento de ninguna nueva obligación legal internacional, no crea derechos al aborto, y no puede interpretarse que constituya apoyo, aval o promoción del aborto” (UNITED NATIONS, 2011b). Mónaco y Polonia hicieron declaraciones interpretativas similares (UNITED NATIONS, 2011b).

6.3 El matrimonio y la vida familiar y la toma de conciencia

El debate relacionado con la sexualidad en estos artículos fue aún más contencioso y moribundo que las negociaciones por el derecho a la vida. Como puede observarse en el Anexo 1, el texto inicial de ambos artículos hacía varias referencias a la sexualidad. Una vez más, el texto propuesto era similar al de las Normas Uniformes, que especifican:

- Los Estados deben promover la plena participación de las personas con discapacidad en la vida en familia. Deben promover su derecho a la integridad personal y velar por que la legislación no establezca discriminaciones contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación.
- Las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos.
- Los Estados deben promover medidas encaminadas a modificar las actitudes negativas ante el matrimonio, la sexualidad y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad, en especial de las jóvenes y las mujeres con discapacidad, que aún siguen prevaleciendo en la sociedad (UNITED NATIONS, 2003a).

En el debate inicial, varios países, entre ellos, Libia, Siria, Qatar, Irán y Arabia Saudita, instaron a sublimar los derechos relacionados con la sexualidad y vincularlos al matrimonio y/o las normas o leyes tradicionales (UNITED NATIONS, 2004a). Sin embargo, estos delegados no presentaron una oposición uniforme a la mención de la sexualidad; varios sugirieron reformulaciones que incluían el término (UNITED NATIONS, 2004a). Arabia Saudita, por ejemplo, declaró explícitamente que aceptaba el término pero sólo con la salvedad de la referencia al matrimonio (UNITED NATIONS, 2004a). Por su parte, la Santa Sede y Yemen se oponían al término con o sin salvedades (UNITED NATIONS, 2004a, 2004b).

Hubo frecuentes argumentos en el sentido de que estos artículos preliminares, en particular la frase “experimentar su sexualidad”, implicarían la creación de nuevos derechos. La Santa Sede dijo una y otra vez que las expresiones utilizadas en ambos artículos no aparecían en ninguna otra convención, sin reconocer que sí aparecían en las Normas Uniformes no vinculantes (UNITED NATIONS, 2004b, 2004e). Las ONG aliadas a la Santa Sede apoyaron esta postura. La Society of Catholic Social Scientists y la Pro-Life Family Coalition sostenían que mencionar relaciones sexuales fuera el contexto del matrimonio significaría que la CDPD tomaría “camino inexplorados y controvertidos” (UNITED NATIONS, 2004b).

Al igual que en el caso de las negociaciones sobre la salud sexual y reproductiva,

la oposición a la Santa Sede tardó en manifestarse. Noruega fue el primer país en reaccionar (UNITED NATIONS, 2004b), pero la UE, Australia, Brasil, Chile y Nueva Zelanda no expresaron su deseo de mantener por lo menos parte de las expresiones hasta días después en el mismo período de sesiones o hasta el siguiente (UNITED NATIONS, 2005c, 2006d).

Se propusieron varias soluciones de compromiso. La delegación canadiense reconoció que no “tenía conocimiento de un derecho a la sexualidad *per se*”, pero expresó inequívocamente que se oponía a las sugerencias de la Santa Sede de excluir las referencias a la sexualidad, como así también a los esfuerzos de “Siria, Qatar, Libia, Arabia Saudita y Yemen de desplazar los términos referidos a la sexualidad mediante referencias al matrimonio o convenciones sociales y religiosas” (UNITED NATIONS, 2004e). La delegación canadiense sugirió enmarcar los derechos relacionados con la sexualidad en el contexto de la no discriminación, especificando que las PcD tenían el derecho de gozar de ellos “en igualdad de condiciones” (UNITED NATIONS, 2004f). Varios países apoyaron esta propuesta, entre ellos Costa Rica, Marruecos y Nueva Zelanda (UNITED NATIONS, 2004e, 2004f). Otros delegados propusieron otras soluciones de compromiso, incluso usar el término “íntimo” en lugar de “sexual”, y “vida sexual” en lugar de “sexualidad”, o mantener parte o algunas de las referencias a la sexualidad pero con la salvedad del matrimonio (UNITED NATIONS, 2004a). La Santa Sede, Yemen, Siria y Qatar rechazaron estas propuestas.

La reacción de las ONG para lograr mantener las referencias a la sexualidad tampoco fue inmediata. A excepción de los grupos pro-vida, ninguna ONG las mencionó durante el período inicial de comentarios sobre el artículo preliminar (UNITED NATIONS, 2004b). Sólo una hizo una referencia explícita a la sexualidad: Disabled Peoples’ International habló de la importancia fundamental de las “relaciones íntimas” (UNITED NATIONS, 2004e). Las ONG que no estaban presentes luego presentaron sus comentarios por escrito en apoyo a las referencias a la sexualidad. Una coalición de particulares y organismos de Europa Oriental destacó que las leyes no deben discriminar “a las personas con discapacidad respecto de las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación. Las personas con discapacidad deben estar habilitadas para vivir con sus familias y deben tener el mismo acceso que los demás a los métodos de planificación familiar, como así también a información bien diseñada y accesible sobre sexo y sexualidad” (UNITED NATIONS, 2004c). La Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría sostuvo que la Convención debía “abordar este tema [la sexualidad] aunque no fuera un derecho, dado que la privación de esta posibilidad se da en casos de adultos que viven en instituciones” (UNITED NATIONS, 2004f).

Los demás aportes por escrito presentados durante el séptimo período de sesiones fueron aún más inequívocos. El Foro de Discapacidad de Japón (Japan Disability Forum) y el Caucus Internacional sobre Discapacidad (International Disability Caucus) explicaron que apoyaban los derechos sexuales articulados debido al prejuicio que siempre existió contra las relaciones sexuales de las PcD y al legado negativo de la eugenesia (UNITED NATIONS, 2004g). Para ellos, el

legado de la eugenesia no significaba que las referencias a la sexualidad fueran una amenaza, sino que articular los derechos sexuales era vital para promover la autonomía y la ciudadanía.

Al igual que en el debate sobre salud sexual y reproductiva, varios países con poblaciones predominantemente musulmanas endurecieron su postura para coincidir con la de la Santa Sede. Nigeria, Qatar y Yemen finalmente instaron a eliminar todo el texto que hacía mención de la sexualidad (UNITED NATIONS, 2006d). Otros países sugirieron borrar el texto sin explicar por qué, entre ellos, Rusia y China (UNITED NATIONS, 2006d). Japón recomendó un texto más general para “evitar referencias excesivamente prescriptivas y controvertidas para muchos países”, postura que contó con el apoyo de India (UNITED NATIONS, 2004h).

Como el debate se alargaba, intervino el presidente del comité. Observando que el término “sexualidad” resultaba particularmente difícil para algunos países, explicó que los delegados no pretendían imponer a las culturas ninguna postura en particular. Luego agregó que quizás fuera la primera vez que se abordaba el tema de las relaciones sexuales en una convención de Naciones Unidas y sugirió apelar al texto de las Normas Uniformes como guía (UNITED NATIONS, 2005c). La oposición se mantuvo firme. Citando “las numerosas preocupaciones culturales respecto de la palabra ‘sexualidad’”, el presidente la eliminó en el séptimo período de sesiones (UNITED NATIONS, 2006d).

Los debates sobre el matrimonio y la vida familiar también incluyeron el tema de la esterilización forzada. Como se observó, como violación del derecho a la integridad física de las PcD, la esterilización forzada era una prioridad ampliamente compartida. A pesar de que el derecho a decidir la cantidad de hijos y el intervalo entre sus nacimientos implicaba el derecho a la protección contra la esterilización forzada, muchos países, entre ellos, Australia, China, Costa Rica, la UE, Kenia, México, Nueva Zelanda, Serbia y Montenegro, Tailandia, Uganda y Estados Unidos, sugirieron que la esterilización forzada fuera mencionada explícitamente en la Convención (UNITED NATIONS, 2004a). Muchas ONG también abogaron por una referencia directa a la esterilización, incluso prohibiendo las leyes que permiten a los padres someter a sus hijos a una esterilización (UNITED NATIONS, 2005d, 2006c). Nueva Zelanda propuso una formulación más positiva y menos controvertida, que fue la que finalmente se mantuvo, en el sentido de que las PcD tienen el derecho a “mantener su fertilidad” (UNITED NATIONS, 2004a).

7 Conclusiones

7.1 *Autonomía reproductiva y discapacidad*

La falsa distinción entre derechos negativos (protección contra) y derechos positivos (libertad de) no se limita únicamente a los derechos de las personas con discapacidad, pero el contexto de preocupación particular respecto del abuso sexual y medidas eugenésicas sí se da sólo en este caso.

A lo largo de las negociaciones de la Convención, hubo considerable tensión entre los esfuerzos por promover los derechos sexuales y los esfuerzos por proteger a las PcD de la esterilización no deseada. Esto se vio complicado por los reiterados

intentos por lograr que se considere al feto un ser con derechos, haciendo que no fuera factible un enfoque de no discriminación respecto de la sexualidad en las personas con discapacidad. La Santa Sede y sus aliados hacían que el debate girara en torno de cómo aplicar las normas existentes de derechos humanos a los fetos con anomalías, en lugar de cómo aplicar dichas normas a la sexualidad en las personas con discapacidad. Además postulaban que el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva conduciría de algún modo a la privación intencional de agua y alimento a los adultos con discapacidad, o al asesinato de niños recién nacidos con discapacidad. Esta preocupación fue mencionada sólo dos veces en los cientos y cientos de declaraciones de OPcD. Fue un intento intelectualmente fallido, pero algo exitoso, por establecer una pendiente resbaladiza del aborto a la eutanasia de las mismas personas que asistieron a las negociaciones. Como resultado, se mantuvieron las medidas proteccionistas y se eliminaron las afirmaciones de los derechos sexuales. Los silencios discursivos sobre la sexualidad en las personas con discapacidad quedaron reflejados en la expresión oficial más importante del discurso mundial sobre discapacidad.

Al igual que en la descripción que hace Foucault de la Europa del siglo XIX, la Iglesia (la Santa Sede) fue instrumental en la demarcación de los límites de la sexualidad aceptable y en la protección de aquellos que carecen de ‘razón’ de los deseos de sus propios cuerpos. Varios estados se alinearon con la Santa Sede, expresando la necesidad de controlar el “sexo desenfrenado” (UNITED NATIONS, 2005c) y limitar la autonomía reproductiva.

7.2 Negociación de los derechos sexuales de las PcD

La demora en las respuestas y la falta de una defensa firme de los derechos sexuales indica que las OPcD siguen siendo reticentes a ocuparse del tema de la sexualidad. Asimismo, es probable que no estuvieran preparadas y que no hayan previsto que habría una coalición de organizaciones alineadas con la Santa Sede con una agenda planeada de antemano. De hecho, de los grupos de la sociedad civil presentes en las negociaciones, todas eran OPcD, a excepción de los grupos católicos del derecho a la vida y Save the Children. Los grupos que defienden el derecho a la vida estaban preparados para hacer su trabajo de promoción y defensa desde el momento en que se permitió el debate; las OPcD no.

Una mayor capacidad de defensa y promoción de los derechos sexuales por parte de las OPcD (suponiendo que quisieran esto) facilitaría las deliberaciones futuras acerca del órgano del tratado y otras negociaciones internacionales. Las OPcD ya están trabajando en esta dirección. En noviembre de 2010, el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales organizó un día de debate general sobre “el derecho a la salud sexual y reproductiva”. Dos de las 15 presentaciones escritas provenían de OPcD (UNITED NATIONS, 2010).

Del mismo modo, asegurarse de que las organizaciones de derechos sexuales y reproductivos contribuyan a los debates relacionados con la discapacidad ayudaría a seguir erosionando los tabúes en torno a la sexualidad en las personas con discapacidad. De hecho, una mayor integración de la discapacidad con las

actividades de promoción y defensa de los derechos sexuales sería una manifestación importante del propósito de la Convención: asegurar la aplicación de las normas de derechos humanos a las PcD.

Dado que el poder opera de manera difusa, nuestra labor de promoción y defensa también debe provenir de distintas direcciones. Es probable que los derechos sexuales como rúbrica dentro del reclamo por los derechos sigan creciendo, ofreciendo mayores y mejores oportunidades de ir más allá de las concepciones actuales de la ciudadanía sexual para incluir a los cuerpos con discapacidad y todos los demás.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. 2002. **Reproductive rights and women with disabilities: a human rights framework**. Disponible en: <http://www.handicap-international.fr/bibliographie-handicap/4PolitiqueHandicap/groupes_particuliers/Femmes_Genre/reproductive_rights.pdf>. Visitado el: 12 de noviembre de 2010.
- _____. 2003. **Supplementary information on El Salvador scheduled for review by the UN Human Rights Committee during its seventy-eighth session**. Disponible en: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/sl_ElSalvador_2003.pdf>. Visitado el: 19 de diciembre de 2010.
- EUROPEAN DISABILITY FORUM. 2009. **Violence against women: Forced sterilization of women with disabilities is a reality in Europe**. Disponible en: <http://www.edf-feph.org/Page_Generale.asp?DocID=13855&thebloc=23097>. Visitado el: 2 de diciembre de 2010.
- FIDUCCIA, B.W. 2000. **Current issues in sexuality and the disability movement**. Sexuality and disability, v. 18, n. 3. pp. 167-174, septiembre.
- FIDUCCIA, B.W.; WOLFE, L.R. 1999. **Women and girls with disabilities, defining the issues, an overview**. Washington D.C., Center for Women Policy Studies & Women and Philanthropy.
- FOUCAULT, M. 1984. **The Foucault reader**. New York: Pantheon Books.
- FREEDMAN L. 1995. Reflections on emerging frameworks of health and human rights. **Health and Human Rights**, Cambridge, v. 1, n. 4, pp. 315-348, diciembre.
- FREEDMAN, L.P.; ISSACS, S.L. 1993. Human rights and reproductive choice. **Studies in Family Planning**, Malden, v. 24, n. 1, pp. 18-30, enero-febrero.
- GIAMI, A. 1998. Sterilisation and sexuality in the mentally handicapped. **European Psychiatry**, v. 13, n. S3, pp. 113s-119s.
- GIRARD, F. 2008. Negotiating sexual rights and sexual orientation at the U.N. En: PARKER, R.; PETCHESKY, R.; SEMBER, R. (Ed.). **Sex politics: reports from the frontlines**. Disponible en: <<http://www.sxpolitics.org/frontlines/book/pdf/sexpolitics.pdf>>. Visitado el: 30 de noviembre de 2010.

- GREER G. et al. 2009. Sex, rights and politics – from Cairo to Berlin. *The Lancet*, v. 374, n. 9691, pp. 674-675, Aug.
- GRUSKIN, S. 2000. The conceptual and practical implications of reproductive and sexual rights: How far have we come? *Health and Human Rights*, Cambridge, v. 4, n. 2, pp. 1-6.
- _____. 2008. Reproductive and sexual rights: do words matter? *American Journal of Public Health*, v. 98, n. 101, p. 1737, Oct.
- HAHN, H. 1994. Feminist perspectives, disability, sexuality and law: new issues and agendas. 4 *Southern California review of law and women's studies*, v.97, n. 105.
- IRISH FAMILY PLANNING ASSOCIATION (IFPA). 2010. *Sexuality and disability*. Dublín: Irish Family Planning Association. Disponible en: <<http://ifpa.ie/Media-Info-Centre/Publications/Publications-Reports/Sexuality-and-Disability>>. Visitado el: 25 de noviembre de 2010.
- KLUGMAN, B. 2000. Sexual rights in Southern Africa: A Beijing discourse or a strategic necessity? *Health and Human Rights*, Cambridge, v. 4, n. 2, pp. 145-173.
- LYDEN, M. 2007. Assessment of sexual consent capacity. *Sexuality and disability*, v. 25, n. 1, pp. 3-20, March.
- MILLER, A. 2009. *Sexuality and human rights: discussion paper*. Geneva: International Council on Human Rights Policy. Disponible en: <http://www.ichrp.org/files/reports/47/137_web.pdf>. Visitado el: 14 de noviembre de 2010.
- NSW DISABILITY DISCRIMINATION LEGAL CENTRE. 2009. *Submission: 'Article 12 of the CRPD- the right to equal recognition before the law*. Disponible en: <www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/.../Article12NatlAssoCommLegal.doc>. Visitado el: 2 de diciembre de 2010.
- PETCHESKY, R. 2000. Sexual rights: inventing a concept, mapping an international practice. En: PARKER, R. (Ed.). *Framing the sexual subject: The politics of gender, sexuality and power*. Berkeley: University of California Press. pp. 81-103.
- RICHARDSON, D. 2000. Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights. *Critical Social Policy*, v. 20, n. 1, pp. 105-135, Feb.
- SHAKESPEARE, T. 1999. The sexual politics of disabled masculinity. *Sexuality and disability*, v. 17, n. 1, pp. 53-64, Jan.
- _____. 2000. Disabled sexuality: toward rights and recognition. *Sexuality and disability*, v. 18, n. 3, pp. 159-166, Sept.
- SHILDRICK, M. 2007. Contested pleasures: the sociopolitical economy of disability and sexuality. *Sexuality research and social policy*, v. 4, n. 1, pp. 53-66, Mar.
- _____. 2009. *Dangerous discourses of disability, subjectivity and sexuality*. New York: Palgrave Macmillan.
- SHUTTLEWORTH, R. 2007. Critical research and policy debates in disability and sexuality studies. *Sexuality research and social policy*, v. 4, n. 1, pp. 1-14, Mar.
- SHUTTLEWORTH, R.; MONA, L.R. 2000. Introduction to the special issue. *Sexuality and disability*, v. 18, n. 4, pp. 229-231, Dec.
- SODER, M. 2009. Tensions, perspectives, and themes in disability studies. *Scandinavian journal of disability research*, v. 11, n. 2, pp. 67-81.

- TEPPER, M.S. 2000. Sexuality and disability: the missing discourse on pleasure. *Sexuality and disability*, v. 18, n. 4, pp. 283-290, Dec.
- UNITED NATIONS. 1968. **Final act of the international conference on human rights**. A/CONF.32/41. Disponible en: <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf>. Visitado el: 1 de julio de 2010.
- UNITED NATIONS. 1993. Secretary General. **Issues and emerging trends related to advancement of persons with disabilities**. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003/ie.htm>. Visitado el: 17 de noviembre de 2010.
- _____. 1995. Fourth World Conference on Women. **Platform for Action of the Fourth World Conference on Women**, UN Doc. A/CONF.177/20, Sept.. Disponible en: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>>. Visitado el: 28 de febrero de 2011.
- _____. 2000. The Committee on the Rights of the Child (CRC). **Report of the Committee on the Rights of the Child**. General Assembly fifty-fifth session, UN Doc. A/55/41, 8 May 2000. Disponible en: <<http://www.un.org/documents/ga/docs/55/a5541.pdf>>. Visitado el: 28 de febrero de 2011.
- _____. 2003a. General Assembly. **Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities**, UN Doc. A/RES/48/96, 48th Session. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissre00.htm>>. Visitado el: 25 de febrero de 2011.
- _____. 2003b. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Bangkok recommendations on the elaboration of a comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities**, UN Doc. A/AC.265/2003/CRP/10. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003_crp10.htm>. Visitado el: 25 de febrero de 2011.
- _____. 2004a. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the third session of the Ad Hoc Committee on a comprehensive and integral international convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities**, A/AC.265/2004/5. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3reporte.htm>>. Visitado el: 26 de febrero de 2011.
- _____. 2004b. *Ad Hoc* Committee on Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussions related to Article 21 right to health and rehabilitation**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum21.htm>>. Visitado el: 26 de febrero de 2011.
- _____. 2004c. *Ad Hoc* Committee on Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Working group: compilation of elements, coalition of individuals, organizations and agencies of the people, for the people and by the people with disabilities in Eastern Europe**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-EastEurope.htm>>. Visitado el: 26 de febrero de 2011.

- _____. 2004d. *Ad Hoc* Committee on Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Working group: compilation of elements, World Network of Users and Survivors of Psychiatry**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-wnusp.htm>>. Visitado el: 25 de febrero de 2011.
- _____. 2004e. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussions related to Article 14, respect for privacy, the home and the family**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum14.htm>>. Visitado el: 27 de febrero de 2011.
- _____. 2004f. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary related to Draft Article 14, respect for privacy, the home and the family**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgsuma14.htm>>. Visitado el: 27 de febrero de 2011.
- _____. 2004g. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **NGO comments on the draft text**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8contngos.htm>>. Visitado el: 27 de febrero de 2011.
- _____. 2004h. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Comments, proposals and amendments submitted electronically, Article 22 Respect for privacy, home and the family**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata22fscomments.htm>>. Visitado el: 27 de febrero de 2011.
- _____. 2005a. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **International Disability and Development Consortium Reflection Paper, contribution to the 5th session of the Ad Hoc Committee**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5contngos.htm>>. Visitado el: 26 de febrero de 2011.
- _____. 2005b. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of the fifth session, 25 January 2005**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum25jan.htm>>. Visitado el: 25 de febrero de 2011.
- _____. 2005c. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of the fifth session, 2 February 2005**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum2feb.htm>>. Visitado el: 25 de febrero de 2011.
- _____. 2005d. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussion at the sixth session, 8 August 2005**.

Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum8aug.htm>>.
Visitado el: 22 de febrero de 2011.

- _____. 2006a. General Assembly. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol**. Disponible en: <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>>. Visitado el: 28 de febrero de 2011.
- _____. 2006b. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its seventh session**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ach7report-e.htm>>. Visitado el: 28 de febrero de 2011.
- _____. 2006c. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Comments, proposals, and amendments submitted electronically, seventh session**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata25sevscomments.htm>>. Visitado el: 25 de febrero de 2011.
- _____. 2006d. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussion at the seventh session, 24 January 2006**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum24jan.htm>>. Visitado el: 27 de febrero de 2011.
- _____. 2006e. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussion at the seventh session, 25 January 2006**. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8gpcart25.htm>>. Visitado el: 27 de febrero de 2011.
- _____. 2009. **Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health to the UNGA, UN Doc., A/64/272, 64th session**.
- _____. 2010. Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). **Day of general discussion on 'the right to sexual and reproductive health'**. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/discussion15112010WrittenContr.htm#experts>>. Visitado el: 20 de diciembre de 2010.
- _____. 2011a. Enable. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponible en: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=13&pid=150>>. Visitado el: 27 de febrero de 2011.
- _____. 2011b. Enable. **Declarations and reservations to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponible en: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=475>>. Visitado el: 28 de febrero de 2011.

Anexo 1

Área	Borrador presentado por el presidente del Comité en el quinto período de sesiones (1)	Convención adoptada (2)
Matrimonio y vida familiar	Que las personas con discapacidad no se vean privadas de la igualdad de oportunidades para [disfrutar de su sexualidad,] (3) tener relaciones íntimas de carácter sexual o de otra índole [mediante un matrimonio legal] y experimentar la paternidad [de conformidad con las leyes, costumbres y tradiciones nacionales de cada país].	(a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; (b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos.
Toma de conciencia	Los Estados partes adoptarán [todas] las medidas adecuadas y efectivas para promover la toma de conciencia y la divulgación de educación e información al público en formatos accesibles a fin de cambiar las ideas negativas y los prejuicios sociales respecto [de la sexualidad, el matrimonio y la paternidad] [de todas las cuestiones relativas al matrimonio y las relaciones familiares] de las personas con discapacidad.	Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: (a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; (b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida.
Protección contra la explotación, la violencia y el abuso	Los Estados partes tomarán todas las medidas adecuadas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole para proteger a las personas con discapacidad, tanto dentro como fuera del hogar, contra [todas las formas de explotación, violencia y abuso] [todas las formas de daños, incluyendo] [todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluido el abandono, la violencia, el abuso físico o mental, el rapto, el hostigamiento, el descuido o trato negligente, los malos tratos o explotación, incluidos la explotación y el abuso sexuales].	1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género. 2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.
Derecho a la salud	Proporcionarán a las personas con discapacidad la misma variedad y la misma calidad de servicios de salud [y de rehabilitación] [asequibles/ gratuitos] que a las demás personas, [con inclusión de servicios de salud sexual y reproductiva] y programas de salud pública basados en la población (4).	Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población.

(1) Este borrador fue presentado en el quinto período de sesiones y es una buena representación del texto inicial y encochetado.

(2) Naciones Unidas (2011a).

(3) Los corchetes representan texto que fue apoyado por algunos delegados y discutido por otros.

(4) El artículo sobre el derecho a la salud no fue presentado hasta el sexto período de sesiones.

ABSTRACT

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities includes several sexuality-related rights. However, the sexuality-related rights in the Convention that was adopted are far less explicit and affirmative than those included in the initial draft text. This paper explores the reasons for these differences. First, the paper outlines the evolution of sexuality in disability theory and sexuality in international human rights debates. It then critically examines the discussions at the *Ad Hoc* Committee sessions where the Convention was elaborated. These discussions were marked by tensions between efforts to promote sexual rights and efforts to protect PWDs from unwanted sterilization and other forms of sexual abuse. Finally, the paper proposes ways of enhancing sexual rights claims for people with disabilities.

KEYWORDS

Sexual rights – Reproductive rights – Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Disability theory

RESUMO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência inclui vários direitos relacionados à sexualidade. Entretanto, os direitos relacionados à sexualidade que foram adotados pela versão final da Convenção são muito menos explícitos e taxativos do que os que haviam sido incluídos na versão inicial do texto. Este artigo explora as razões dessa diferença. Primeiramente, o artigo explica a evolução da sexualidade na teoria das deficiências e da sexualidade dentro dos debates internacionais de direitos humanos. Depois examina criticamente as discussões durante as sessões do Comitê *Ad Hoc* no qual a Convenção foi elaborada. Essas discussões foram marcadas pelas tensões entre os esforços para promover os direitos sexuais e os esforços para proteger pessoas com deficiências contra esterilização forçada e outras formas de abuso sexual. Finalmente, o artigo propõe formas de como podemos aumentar as reivindicações dos direitos sexuais das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos sexuais – Direitos reprodutivos – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Teoria da deficiência



TOBIAS PIETER VAN REENEN

Tobias van Reenen tiene un doctorado en Derecho por la Universidad de Sudáfrica. Es profesor de Derecho y director del Centro para Legislación y Políticas sobre Discapacidad en la Facultad de Derecho de la Universidad del Cabo Occidental, Bellville, Sudáfrica.

Email: tpvanreenen@telkomsa.net



HELÉNE COMBRINCK

Heléne Combrink tiene un doctorado en Derecho por la Universidad del Cabo Occidental. Es investigadora principal del Centro para Legislación y Políticas sobre Discapacidad en la Facultad de Derecho de la Universidad del Cabo Occidental, Bellville, Sudáfrica.

Email: hcombrinck@uwc.ac.za

RESUMEN

Este artículo examina el impacto potencial de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) tanto en el sistema regional africano de derechos humanos como en sistemas jurídicos nacionales selectos de África Austral y Oriental, frente a antecedentes históricos de “descuido benigno” de los derechos de estas personas. En primer lugar, el artículo ofrece un panorama de la actual protección de esos derechos en el sistema regional africano de derechos humanos; en segundo lugar, muestra cómo la región africana contribuyó a dar vida a la CDPD; en tercer lugar, considera los debates en curso respecto a opciones para mejorar la posición de las personas con discapacidad en África; luego pasa a examinar brevemente las disposiciones de Sudáfrica, la República Federal Democrática de Etiopía, Uganda y la República Unida de Tanzania en relación con la discapacidad. Concluye con recomendaciones para armonizar los sistemas tanto regionales como nacionales con la Convención.

Original en inglés. Traducido por Laura Asturias.

Recibido en febrero de 2011. Aceptado en mayo de 2011.

PALABRAS CLAVE

Legislación sobre los derechos de las personas con discapacidad – Sistema regional africano de derechos humanos – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo – Estados africanos – Incorporación nacional



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ÁFRICA: PROGRESOS DESPUÉS DE CINCO AÑOS

Tobias Pieter van Reenen y Hélène Combrinck

1 Introducción

Se debe resistir la tentación de la elegancia o la fácil suposición de que las palabras, por sí solas, producirán la clase de cambio que se necesita.
(QUINN, 2009a, p. 216)

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo tienen el objetivo de producir cambios “revolucionarios” en el campo de la legislación sobre los derechos de las personas con discapacidad a nivel internacional y nacional.¹ Aunque las dinámicas particulares de cada sistema regional dificultan una comparación directa, en años recientes se había hecho evidente que el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad en el sistema africano de derechos humanos estaba avanzando a un ritmo más lento que en sus contrapartes europeos e interamericanos. Sin embargo, la introducción de la CDPD ofrece nuevas oportunidades a países africanos que ya se comprometieron con la Convención, mediante firma y/o ratificación, a reconsiderar sus regímenes jurídicos nacionales relacionados con los derechos de estas personas – de hecho, el tratado les exige hacerlo. Por lo tanto, el propósito de este artículo es reflexionar sobre el impacto potencial de la CDPD en el continente africano y en los sistemas jurídicos nacionales de Estados selectos en África.²

A fin de lograr este objetivo, el artículo ofrece primero un panorama del estado actual de la protección de los derechos de las personas con discapacidad

Ver las notas del texto a partir de la página 168.

en los textos de los instrumentos africanos de derechos políticos y humanos. En segundo lugar, evalúa el encuentro africano con la redacción de la CDPD. En tercer lugar, considera los debates en curso respecto a opciones para mejorar la posición de las personas con discapacidad en África. En cuarto lugar, examina el estado de la legislación sobre los derechos de las personas con discapacidad en los países africanos seleccionados después de que ratificaron la CDPD. Finalmente, concluye con varias consideraciones que podrían tener impacto en la incorporación efectiva de la CDPD tanto en el marco regional como en los regímenes jurídicos nacionales.

2 Estado actual de la protección de los derechos de las personas con discapacidad en el sistema africano

2.1 Antecedentes

El sistema africano de derechos humanos ha sido descrito como “el menos desarrollado” de los sistemas regionales (STEINER; ALSTON; GOODMAN, 2007, p. 1062). Este punto de vista ha sido cuestionado (OLOWU, 2009, p. 50) y se reconoce que podría subestimar la contribución de África al derecho internacional de los derechos humanos (VILJOEN, 2001, p. 18). Aun así, debe admitirse que, hasta ahora, el sistema africano no ha priorizado los derechos de las personas con discapacidad.³

A fin de poner en contexto las consecuencias potenciales de la CDPD en África, es necesario considerar la posición previa a su adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas y su subsiguiente ratificación por varios Estados africanos. Se brinda, para este propósito, un breve panorama de los aspectos fundamentales del sistema africano de derechos humanos. Aunque este artículo se centra esencialmente en los derechos de las personas con discapacidad como derechos humanos, éstos no pueden discutirse sin referencia al sistema o los sistemas políticos e institucionales dentro de los cuales se originan y aplican. Por lo tanto, intentamos propiciar una mejor comprensión del enfoque “africano”⁴ a los derechos humanos y mostrar cómo éste ha dado un giro gradual para llegar a ser más inclusivo de las personas con discapacidad.

Tradicionalmente se percibe que el enfoque africano a los derechos humanos está basado en una interpretación colectivista de la humanidad, la sociedad humana y el ser humano individual.⁵ En la medida en que son reconocidos, los intereses y derechos de la persona quedan subsumidos bajo los intereses y el bienestar de la comunidad o sociedad. A veces, las nociones de comunidad o sociedad se usan indistintamente. En el contexto apropiado, ambas – o alguna de ellas – pueden significar cualquier forma de unidad integrada por más de una persona. Estas unidades colectivas o grupos van desde el grupo familiar individual en un extremo, pasando por el clan, la tribu, el ‘pueblo’, la nación y el Estado, hasta la Comunidad Panafricana al otro extremo. La razón de nacer como ser humano es pasar la vida siendo útil a la comunidad. Consecuentemente, no sorprende que el otorgamiento de derechos individuales venga acompañado de la demanda de deberes concomitantes hacia la comunidad. Más aun, se acepta como indiscutiblemente lógico que también a los grupos y/o ‘pueblos’ se les deba

otorgar derechos. La cultura colectivista – o sea, la manera africana de hacer las cosas – y los valores colectivistas – es decir, las nociones africanas acerca de lo correcto e incorrecto y del bien y el mal – tienen un fuerte impacto en los orígenes, contenidos y propósito de los derechos humanos en África.

En este artículo mostraremos esos rasgos distintivos con referencia a instrumentos africanos clave de derechos políticos y humanos. Se alerta al público lector sobre las dinámicas de los avances desde sistemas africanos culturales y de valores esencialmente patriarcales (paternalistas) hacia sistemas más tolerantes, inclusivos y, en algunos lugares, más igualitarios. Estas dinámicas se evidencian en las referencias, gradualmente introducidas, a los derechos de las mujeres, la igualdad entre los sexos, la juventud y las personas con discapacidad. La terminología utilizada en referencias al último grupo va desde “discapacitados”, “personas discapacitadas” e “impedidos” hasta “persona/personas con discapacidad” (a menudo, su inclusión ha de deducirse simplemente dentro el concepto de grupos o personas de “cualquier otra condición”).

2.2 Instrumentos y estructuras políticos del sistema africano⁶

Como punto de partida, la *Carta de la Organización de la Unidad Africana* (OUA) (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1963), siendo el instrumento legal y político fundacional de la Comunidad Panafricana, articula las premisas sobre las cuales fue redactada y ha sido adoptada. Expresa la convicción de que todas las personas tienen el derecho inalienable a controlar su propio destino y reafirma el hecho de que la libertad, igualdad, justicia y dignidad son objetivos esenciales para el logro de las aspiraciones legítimas de los pueblos africanos. La Carta proclama la adherencia de los Estados africanos a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, manifestando asimismo el deseo de ver a todos los Estados africanos unirse para asegurar el bienestar de sus pueblos.

En vista del momento histórico de su establecimiento, a la OUA le preocupaban primordialmente la lucha contra el neocolonialismo y el apartheid, la conservación de la integridad territorial y la no interferencia en asuntos internos de los Estados – en vez de la priorización de los derechos humanos (OJO; SESAY, 1986, p. 92; NALDI, 2008, p. 45). Con la subsiguiente transición de la OUA a la Unión Africana (UA), esta posición cambió: tal como se explica abajo, los derechos humanos y los valores democráticos están más claramente articulados como los principios fundacionales de la UA.

La OUA fue reemplazada por la UA en 2000. Su Ley Constitutiva enfatiza la necesidad común de construir una asociación entre los gobiernos y todos los segmentos de la sociedad civil, en particular “mujeres, jóvenes y el sector privado”, a fin de fortalecer la solidaridad y cohesión entre sus pueblos, así como promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos, consolidar instituciones y culturas democráticas, además de asegurar una buena gobernanza y el imperio de la ley. El funcionamiento de la UA ha de orientarse por los principios establecidos en el Artículo 4. Varios de estos principios se refieren directamente a los derechos humanos: el derecho de la Unión a intervenir en un Estado Miembro conforme a

una decisión de la Asamblea en relación con circunstancias graves (concretamente, crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad); la promoción de la igualdad entre los sexos; y el respeto a los principios democráticos, los derechos humanos, el imperio de la ley y la buena gobernanza. De conformidad con el Artículo 13.1, el Consejo Ejecutivo de la UA debe coordinar y adoptar decisiones sobre políticas en áreas de interés común para los Estados Miembros, incluyendo la seguridad social, que incorpora “políticas relacionadas con las personas discapacitadas y minusválidas”.

En 2003 el *Protocolo sobre Enmiendas a la Ley Constitutiva* incorporó, bajo los Objetivos (AFRICAN UNION, 2003a, Artículo 3), un nuevo subpárrafo que requiere la participación efectiva de las mujeres en la adopción de decisiones, particularmente en las áreas políticas, económicas y socioculturales. El hecho de no haber mencionado explícitamente en la misma forma a las personas con discapacidad fue una oportunidad perdida para su inclusión.

El propósito del *Consejo Económico, Social y Cultural de la Unión Africana* (ECOSOCC), establecido en 2004,⁷ es promover la participación popular en las actividades de la Unión Africana, tal como lo estipula la Carta Africana para la Participación Popular en el Desarrollo y la Transformación. Como órgano consultivo de la UA, el ECOSOCC debe estar integrado por diferentes grupos sociales y profesionales de los Estados Miembros de la UA. Las organizaciones de la sociedad civil (OSC) incluyen, entre otros, los siguientes: grupos tales como los que representan a mujeres, niñas y niños, jóvenes, personas de la tercera edad y personas con discapacidad y necesidades especiales. El ECOSOCC brinda una importante oportunidad para que las OSC participen en el trabajo de la UA y se familiaricen con éste.

En la *Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernanza* (AFRICAN UNION, 2007a), los Estados Miembros de la UA se comprometen a promover los valores universales y los principios de la democracia, la buena gobernanza, los derechos humanos y el derecho al desarrollo (Preámbulo). De conformidad con el Artículo 8, los Estados Miembros están obligados a:

1. eliminar todas las formas de discriminación, especialmente por motivos de opinión política, sexo, etnia, religión y raza, así como “cualquier otra forma de intolerancia”; y
2. adoptar medidas legislativas y administrativas para garantizar los derechos de las mujeres, las minorías étnicas, migrantes, personas con discapacidad, personas refugiadas y otros grupos sociales marginados y vulnerables.

Conforme a esta Carta, los Estados Miembros deben promover la participación de “grupos sociales con necesidades especiales” (incluyendo a jóvenes y personas con discapacidad) en el proceso de gobernanza, así como asegurar una educación cívica sistemática e integral a fin de alentar la plena participación de estos grupos sociales en los procesos de la democracia y el desarrollo (Artículo 41). También se comprometen a proporcionar y propiciar acceso a servicios sociales básicos – por ejemplo, educación básica gratuita y obligatoria – a todas las personas, especialmente

a niñas, habitantes de áreas rurales, personas con discapacidad y otros grupos sociales marginados (Artículos 41 y 43).

Es interesante señalar que, hasta la fecha, esta Carta ha sido ratificada sólo por ocho Estados, lo cual contrasta con la *Carta de la Juventud Africana* (ver sección 2.3.1) (AFRICAN UNION, 2007b), que fue adoptada el mismo año⁸ pero atrajo suficientes ratificaciones para entrar en vigor el 8 de agosto de 2009.

2.3 Instrumentos regionales de derechos humanos

2.3.1 Protección general y temática de los derechos humanos

La *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1981) (también conocida como Carta de Banjul)⁹ es el instrumento central del sistema africano de derechos humanos. Reconoce derechos individuales, así como derechos de los pueblos, deberes y ciertos derechos socioeconómicos, además de derechos civiles y políticos. El mecanismo de supervisión creado inicialmente por la Carta es la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (la Comisión Africana), que fue recientemente complementada con la introducción de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.¹⁰

Esta Carta enfatiza explícitamente que las virtudes de la tradición histórica y los valores de la civilización africana deben inspirar y caracterizar la reflexión sobre el concepto de los derechos humanos y de los pueblos – reconociendo, por un lado, que los derechos humanos fundamentales se derivan de los atributos de los seres humanos, lo cual justifica su protección internacional, y, por otra parte, que la realidad de las personas y el respeto a sus derechos deben necesariamente garantizar sus derechos humanos. De manera similar a la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (ORGANISATION OF AMERICAN STATES, 1948),¹¹ esta Carta reconoce que el goce de derechos y libertad también implica el cumplimiento de deberes por parte de la persona hacia su familia y sociedad, el Estado, otras comunidades legalmente reconocidas y la comunidad internacional.

Desde la perspectiva de la discapacidad, es importante que la Carta resalta la necesidad esencial de prestar una particular atención al derecho al desarrollo y al hecho de que los derechos civiles y políticos no pueden desasociarse de los derechos económicos, sociales y culturales – tanto en concepción como en universalidad – y que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales es una garantía para el goce de los derechos civiles y políticos. En estos aspectos, la Carta es congruente con la CDPD.

En el Capítulo I de la Carta, relativo a los derechos, los Estados Parte de la Carta se comprometen a adoptar medidas legislativas u otras para hacer efectivos los derechos, deberes y libertades consagrados en la Carta (Artículo 1). Toda persona tiene derecho a gozar de los derechos y libertades que la Carta reconoce y garantiza, sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional y social, fortuna, nacimiento u otra condición (Artículo 2). En la comunicación de *Purohit y Moore vs. Gambia*,¹² los querellantes argumentaron que la práctica de

detener a personas consideradas mentalmente enfermas por tiempo indefinido y sin debido proceso constituía discriminación por un motivo análogo a los prohibidos y, por lo tanto, una violación del Artículo 2 de la Carta. Aunque la Comisión Africana coincidió en que este Artículo, junto a varios más, había sido violado, lamentablemente no se expresó sobre la cuestión de si la discapacidad constituía un motivo análogo de discriminación (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHT, 2003, Párrafo 54).

La Carta asevera, asimismo, que toda persona es igual ante la ley y tiene derecho a que ésta la proteja en pie de igualdad (Artículo 3). Reconoce la “inviolabilidad” de los seres humanos (Artículo 4) y reafirma el derecho inherente a la dignidad (Artículo 5). Los derechos civiles y políticos a participar libremente en la elección del gobierno y a igual acceso al servicio público del propio país deben otorgársele a cada ciudadano y ciudadana, y el derecho a acceder a propiedades y servicios públicos en estricta igualdad ante la ley se les debe otorgar a todas las personas presentes en un país (Artículo 13).

El Artículo 18 estipula que el Estado tiene la obligación de asistir a la familia, que es la unidad natural y base de la sociedad y “guardiana de la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad”. El Estado debe asegurar la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres y también garantizar la protección de los derechos de mujeres, niñas y niños tal como se estipula en declaraciones y convenciones internacionales. El Artículo 18(4) es de importancia para las personas con discapacidad: declara que las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad tienen derecho a “medidas especiales de protección” según sus necesidades físicas o morales.

El *Acuerdo para el Establecimiento del Instituto Africano de Rehabilitación* (ARI), adoptado en 1985, dispuso la fundación del ARI. Basándose en asistencia técnica de la Organización Internacional del Trabajo, la meta del ARI (ubicado en Harare, Zimbabue) es asistir a los Miembros de la OUA a alcanzar un conjunto de objetivos con un fuerte énfasis en la rehabilitación (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1985, Artículo II).¹³

La *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño* (ACRWC) de 1990 (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1990) es similar a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, la ACRWC también contiene disposiciones para un procedimiento de queja individual.¹⁴ Opiniones de comentaristas difieren en cuanto a cuál de las dos Convenciones si la ACRWC o la de la ONU ofrece un mayor nivel de protección de los derechos de niñas y niños con discapacidad (COMBRINCK, 2008, p. 310-311).

El Artículo 13 de la ACRWC, denominado “Niños minusválidos”, otorga a todo niño y niña con discapacidad mental o física el derecho “a disfrutar de medidas especiales de protección para cubrir sus necesidades físicas y morales, y en condiciones que garanticen su dignidad y que fomenten su autosuficiencia y su participación activa en la comunidad”. Los Estados Parte de la Carta garantizan a niñas y niños con discapacidad y a las personas responsables de su cuidado, en función de los recursos disponibles, la asistencia que se solicite y sea apropiada al estado del niño y la niña; en particular, garantizan a estos niños y niñas un

acceso efectivo a capacitación, preparación para el empleo y oportunidades de esparcimiento, de modo que ello contribuya a que logren su integración social y desarrollo individual, cultural y moral en la máxima medida posible. Los Estados Parte deben utilizar sus recursos disponibles con el fin de conseguir progresivamente las máximas comodidades para que las personas con discapacidad física o mental puedan desplazarse y acceder a carreteras y edificios públicos u otros lugares “a los que legítimamente los minusválidos quieren tener acceso” (¡sic!) (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1990).

En julio de 1999, los Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA adoptaron una resolución que declaró el periodo 1999-2009 como el *Decenio Africano de las Personas con Discapacidad*. Esta propuesta surgió del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992) y de las críticas a este proyecto de la ONU por intentar adoptar soluciones globales sin tener en cuenta las realidades políticas y socioeconómicas de los países en desarrollo y las democracias emergentes (CHALKLEN; SWARTZ; WATERMEYER, 2006, p. 93).

La meta del Decenio Africano es la participación, igualdad y empoderamiento plenos de las personas con discapacidad. A fin de lograr esto, la UA adoptó un Plan de Acción Continental en 2002. Se estableció una Secretaría para el Decenio Africano en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, en 2004. Inicialmente, los progresos para iniciar las actividades conforme al Plan de Acción Continental fueron sumamente lentos debido a falta de recursos financieros. El Decenio fue recientemente extendido por un segundo periodo, de 2009 a 2019.

El *Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África (Protocolo de las Mujeres Africanas)*, de 2003 (AFRICAN UNION, 2003c), debe su origen, en gran medida, a preocupaciones en cuanto a si la formulación del Artículo 18(3) de la Carta Africana, tal como se describe arriba, protegía adecuadamente los derechos de las mujeres (NSIBIRWA, 2001, p. 41; ONORIA, 2002, p. 234). El Protocolo es un documento extenso que aborda varios derechos de particular preocupación para las mujeres en el contexto africano, incluyendo los derechos a una vida libre de violencia y prácticas dañinas, a vivienda adecuada, paz, desarrollo sostenible y participación en los procesos de adopción de decisiones. Significativamente, el Protocolo centra una atención considerable en las obligaciones del Estado que acompañan el reconocimiento de estos derechos.

En lo que concierne al Artículo 23, relativo a la especial protección de las mujeres con discapacidad, los Estados Parte están obligados a garantizar la protección de las mujeres con discapacidad y adoptar medidas específicas para facilitar su acceso al empleo y a capacitación profesional y vocacional; propiciar su participación en la adopción de decisiones; y asegurar sus derechos a una vida libre de violencia (incluyendo abuso sexual) y discriminación por motivos de discapacidad y a ser tratadas con dignidad. Otro aspecto importante es que los Estados Parte acuerdan proporcionar los remedios jurídicos y otros que sean apropiados (Artículo 25) e implementar el Protocolo a nivel nacional (Artículo 26).

En 2006, la UA adoptó la *Carta de la Juventud Africana* en reconocimiento de los crecientes llamados y el entusiasmo de jóvenes¹⁵ por “participar activamente a nivel local, nacional, regional e internacional para determinar su propio desarrollo

y el adelanto de la sociedad en general” (AFRICAN UNION, 2007b, Preámbulo). El documento reconoce explícitamente las necesidades y aspiraciones de personas jóvenes desplazadas, refugiadas y con necesidades especiales (AFRICAN UNION, 2007b, Preámbulo).

Una de las disposiciones básicas de la Carta es el derecho de toda persona joven a gozar de los derechos y libertades que la Carta reconoce y garantiza, sin distingos de raza, grupo étnico, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional y social, fortuna, nacimiento “u otra condición”. Los Estados Parte deben adoptar medidas apropiadas para garantizar que cada persona joven sea protegida contra toda forma de discriminación por motivos de condición, actividades, opiniones expresadas y creencias (AFRICAN UNION, 2007b, Artículo 2).

La Carta dedica el Artículo 24 a “jóvenes con discapacidad mental y física”.¹⁶ Los Estados Parte reconocen el derecho de jóvenes con discapacidad mental y física a cuidados especiales y se comprometen a asegurar que estas personas tengan un acceso igual y efectivo a educación, capacitación, servicios de salud, empleo, deportes, educación física y actividades culturales y recreativas, como también a esforzarse por eliminar todo obstáculo que pueda tener implicancias negativas para la plena integración de jóvenes con discapacidad mental y física a la sociedad, incluso la provisión de infraestructura y servicios apropiados a fin de facilitar una fácil movilidad.

Aunque no se mencionan con estas palabras, la prohibición de discriminación y el requisito de atender las necesidades especiales de jóvenes con discapacidad mental y física y con necesidades especiales figuran en varias otras disposiciones de la Carta, inclusive las que abordan la capacitación y el desarrollo de habilidades, la educación, la erradicación de la pobreza y la integración socioeconómica de jóvenes, el acceso a medios de vida sostenibles y empleo, la salud, la eliminación de prácticas sociales y culturales dañinas, así como las responsabilidades de la juventud.

La *Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala)* (AFRICAN UNION, 2009) impone un conjunto de obligaciones a los Estados Parte respecto a las personas desplazadas internamente (AFRICAN UNION, 2009).¹⁷ En particular, deben proporcionar protección especial y asistencia a las personas desplazadas internamente que tienen necesidades especiales, incluyendo (entre otras) a niñas y niños separados y no acompañados, personas de la tercera edad y personas con discapacidad (Artículo 9).

2.3.2 “Pronunciamientos” sobre la promoción y protección de los derechos humanos

Tanto la OUA como la UA (o sus órganos) han emitido, en momentos históricos clave, declaraciones¹⁸ relacionadas con los derechos humanos. Por ejemplo, en la *Declaración y Plan de Acción de Grand Bay (Mauricio)*, adoptada en 1999 por la Conferencia Ministerial de la OUA sobre los Derechos Humanos en África, los Estados reafirman su adherencia a los principios, normas y valores de los instrumentos internacionales y africanos de derechos humanos (ORGANISATION OF

AFRICAN UNITY, 1999). Asumen de nuevo el compromiso de promover los derechos humanos consagrados en esos documentos y eliminar los obstáculos a esta meta (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1999, Preámbulo y Artículos 2 y 5). Asimismo, la Declaración señala que los derechos de las personas con discapacidad y de las personas con VIH/sida – particularmente de mujeres, niñas y niños – no siempre son respetados e insta a todos los Estados africanos a trabajar para asegurar el pleno respeto a esos derechos (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1999, Artículo 7).

A través de la *Declaración de Kigali*, la Conferencia de Estados Miembros reafirma su compromiso con los objetivos y principios contenidos en una extensa lista de instrumentos políticos, legales y de derechos humanos tanto vinculantes como no vinculantes (AFRICAN UNION, 2003b). Destaca el principio de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (AFRICAN UNION, 2003b, Párrafo 1).

Específicamente, la Conferencia insta a los Estados Miembros a cumplir sus obligaciones conforme al derecho internacional y, en especial, a adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de poblaciones civiles, particularmente niñas, niños, mujeres, personas de la tercera edad y personas con discapacidad en situaciones de conflicto armado (AFRICAN UNION, 2003b, Párrafo 17). El Párrafo 19 señala con suma preocupación la difícil situación de grupos vulnerables, incluyendo a personas con discapacidad, y exhorta a los Estados Miembros a proporcionar un apoyo adecuado al Instituto Africano de Rehabilitación en Harare, Zimbabue. Finalmente exige a los Estados Miembros desarrollar un Protocolo sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad y las personas de la tercera edad (AFRICAN UNION, 2003b, Párrafo 20).

En ocasión del 25o. aniversario de la Carta Africana, la UA adoptó la *Declaración de Banjul* (AFRICAN UNION, 2006). Aunque este documento incluyó una reafirmación general de que los Estados se comprometen a garantizar, respetar y proteger los derechos consagrados en la Carta Africana, no hace una referencia explícita a la discapacidad.

2.3.3 ¿Hacia un Protocolo Africano sobre la Discapacidad?

Como ya se señaló, la Declaración de Kigali instó a los Estados Miembros a desarrollar un Protocolo (de la Carta Africana) con el propósito de proteger los derechos de las personas con discapacidad y las personas de la tercera edad (AFRICAN UNION, 2003b). Supuestamente, dicho Protocolo cumpliría la(s) misma(s) función(es) que el Protocolo de las Mujeres Africanas. En noviembre de 2007, la Comisión Africana nombró un “Punto Focal sobre los Derechos de las Personas de la Tercera Edad en África”. Sin embargo, dado que este Punto Focal excluía a las personas con discapacidad, su mandato fue posteriormente ampliado cuando el Punto Focal se convirtió, en mayo de 2009, en el Grupo de Trabajo sobre los Derechos de las Personas de la Tercera Edad y las Personas con Discapacidad en África.¹⁹ Al Grupo de Trabajo se le encomendó, entre otras tareas, redactar un documento conceptual, para consideración de la Comisión Africana, que serviría como base para la adopción de un Protocolo Provisional sobre el

Envejecimiento y las Personas con Discapacidad (BIEGON; KILLANDER, 2010, p. 220). Se elaboró provisionalmente un Protocolo Africano sobre la Discapacidad en noviembre de 2009;²⁰ al momento de escribir este artículo, dicho Protocolo ha sido retirado y se dice que el Grupo de Trabajo está planificando consultas adicionales acerca de este asunto.

Dada la existencia de la CDPD y las limitaciones documentadas del sistema africano de derechos humanos en cuanto a los mecanismos de aplicación, la pregunta de si tal Protocolo es aconsejable está fuera del alcance de este artículo. Por la misma razón también nos abstenemos de comentar sobre los contenidos del Protocolo provisional de 2009. Baste decir que hay preguntas urgentes respecto a este Protocolo propuesto que deberían ser debatidas ampliamente, y sobre una base informada, con sectores africanos de la discapacidad antes de que la Comisión Africana llegue a su decisión final.

2.3.4 Mecanismos para el seguimiento del cumplimiento nacional de instrumentos regionales de derechos humanos

Los mecanismos utilizados para todos los tratados regionales de derechos humanos (mencionados en la sección 2.3.1) son los provistos por la Carta Africana: procedimiento para presentación de informes estatales; procedimiento para comunicaciones (o “procedimiento para casos individuales”) y procedimiento judicial. En el caso de los primeros dos, la institución que recibe los informes y comunicaciones es la Comisión Africana. En el caso del tercer procedimiento, la institución es la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Hasta la fecha, esta Corte ha emitido un solo dictamen. De conformidad con la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño desempeña una función adicional específica para este tratado similar a la de la Comisión Africana. El Comité empezó a funcionar en fecha reciente.

Tanto el procedimiento para presentación de informes estatales como el procedimiento para comunicaciones tienen historias de altibajos que van desde la no utilización hasta una utilización ineficaz e infrecuente.²¹ En vista de ello, la creación de un órgano separado del tratado, similar al Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, tendrá que debatirse ampliamente al contemplar un Protocolo Africano sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.4 Observaciones finales

En los instrumentos de derechos políticos y humanos examinados arriba (tanto los vinculantes como los no vinculantes) se puede notar que ha habido ciertos progresos – desde el silencio inicial respecto a la discapacidad hasta la inclusión. Esto no significa en absoluto una trayectoria uniforme; por ejemplo, en 2004 la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la UA adoptó la *Declaración Solemne sobre la Igualdad de Género en África*, que no hace referencia alguna a las mujeres con discapacidad (AFRICAN UNION, 2004). También hemos mencionado varias

oportunidades perdidas que podrían haberse utilizado para incluir explícitamente la discapacidad en el marco normativo del sistema regional africano.

Una segunda observación, tras examinar estos instrumentos, es que existe un conjunto de instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes relativos específicamente a las personas con discapacidad que han sido adoptados por la Asamblea General de la ONU, algunas de sus agencias especializadas y otras organizaciones internacionales, antes de 2006, a los que no se hace referencia en los documentos africanos.²²

Dado que la mayoría de Estados africanos ya había obtenido su independencia en la fecha del más antiguo de estos instrumentos, puede suponerse con relativa certeza que tales Estados respaldaron la adopción de estos instrumentos en virtud de su membresía en estas organizaciones y el hecho de que los procedimientos de votación en ellas se basan en mayoría simple. Por lo tanto, sería infundado e injustificado conjeturar que esos instrumentos no tuvieron un impacto en las políticas y leyes de los Estados africanos.

A nivel formal, es un tanto desconcertante notar que la terminología en estos instrumentos varía, yendo desde “impedidos” hasta “discapacitados”. Es evidente que los términos pueden cambiar a medida que se desarrolla la conciencia política (a nivel tanto nacional como internacional). Aun así, es importante que los instrumentos de derechos humanos, que pueden ser enormemente potentes para moldear la conciencia del público, sean congruentes con y reflejen enfoques a los derechos humanos que reconocen las capacidades y habilidades, más que las limitaciones, de las personas con discapacidad (UNITED NATIONS, 2006, Artículo 8).

Finalmente, sobra decir que este artículo sólo presenta una cara de la moneda: la *aceptación de las normas* a nivel regional (HEYNS; VILJOEN, 2004, p. 133). La otra cara es la *aplicación de las normas*, un aspecto que ha sido problemático en el sistema africano desde su inicio.²³

3 Posicionamiento provisional de la CDPD en el contexto regional africano de los derechos humanos

Los Estados africanos estuvieron por lo general bien representados y participaron activamente en el proceso más amplio previo al establecimiento, por la Asamblea General de la ONU, del Comité *Ad Hoc* encargado de redactar la CDPD, como también más adelante en la composición del texto de ésta (KANTER, 2006-2007, p. 308; QUINN, 2009a, p. 256). Ello contrastó con ocasiones pasadas en que los Estados africanos, debido a una participación inadecuada a nivel mundial, habían preferido establecer un tratado paralelo casi idéntico en el ámbito regional (VILJOEN, 1998, p. 205; KAIME, 2009, p. 55). Se ha dicho que la CDPD lleva una huella “africana” a través de su énfasis en los vínculos entre discapacidad, pobreza y desarrollo. Al momento de finalizar este artículo, 26 Estados africanos han ratificado la Convención; 15 de ellos también han ratificado el Protocolo Facultativo (UNITED NATIONS, 2011).

Pese a la impresión potencialmente favorable creada por los comentarios anteriores respecto al estado de la CDPD, no debe olvidarse que muchas de las

actividades para establecer normas en el contexto regional africano de derechos humanos (como se discute en las secciones 2.1 a 2.4) ocurrieron paralelamente al proceso de negociación y adopción de la CDPD y después de su entrada en vigor. Estas actividades involucraron a los mismos Estados que habían ratificado la CDPD. A nuestro criterio, dada la situación en el presente, no se puede identificar la CDPD como el “marco normativo” preferido por los Estados africanos. En el mejor de los casos parece ser una opción posible entre otras.

A riesgo de generalizar, otras posibilidades parecen incluir, primero, intentos por optimizar el actual sistema africano por medio de reformas *ad hoc* de ley blanda en la forma de declaraciones; en segundo lugar, la adopción de un protocolo de la Carta Africana sobre los derechos de las personas con discapacidad con o sin su propio órgano separado de vigilancia del tratado; y, en tercer lugar, suponiendo que las indicaciones amplias sean adecuadamente comprendidas, la incorporación de conjuntos de estándares específicos para los derechos de las personas con discapacidad en todo el actual sistema de tratados – posiblemente con la orientación de la CDPD.

4 La legislación sobre los derechos de las personas con discapacidad en los países africanos selectos tras su ratificación de la CDPD

*La lucha por los derechos humanos
se ganará o perderá a nivel nacional.*
(OLOWU, 2009, p. 73)

4.1 Introducción

4.1.1 A la altura de la CDPD

Pasamos ahora al siguiente nivel de nuestra investigación: la “aceptación de las normas” en la esfera nacional. Cabe señalar que, al momento de escribir este artículo, aproximadamente la mitad de los 54 países en África ha ratificado la CDPD. El actual estado de firma y ratificación de la Convención y su Protocolo Facultativo por los cuatro países examinados para este artículo figura en el *Cuadro 1*. Se puede notar una respuesta aparentemente entusiasta en cuanto a aceptar las normas estipuladas en la CDPD. La pregunta, sin embargo, es hasta qué grado esta aceptación se ha traducido en aplicación de las normas.

¿Qué puede esperarse de la CDPD a nivel nacional? Stein y Lord identifican tres áreas donde la CDPD puede tener un efecto nacional inmediato: el valor significativo de reconocer los derechos humanos de las personas con discapacidad; el impacto de exigir a los Estados Parte que reflexionen en torno a las leyes y políticas sobre la discapacidad a nivel nacional y se ocupen de ellas; y los progresos en la integración social por parte de las personas con discapacidad que serán propiciados por el mandato de la CDPD respecto a un desarrollo inclusivo (STEIN; LORD, 2009, p. 31). En vista del corto tiempo transcurrido desde que se adoptó la Convención,

nuestro artículo se centra específicamente en la *segunda* de estas áreas (lo cual no significa que se deba restar importancia a las otras dos).

Entonces, para los propósitos de esta discusión, la pregunta es cuáles elementos deberían considerarse al determinar la medida en que la CDPD ha influido en las leyes y políticas sobre la discapacidad a nivel nacional. Analistas de la legislación relativa a la discapacidad han reportado que en el plano internacional existen numerosas variaciones de disposiciones legislativas, sin un enfoque “correcto” o “incorrecto” específico; lo importante es el impacto práctico de la legislación (KANTER, 2003, p. 249-252; HERR, 2001, p. 355).

Si la jurisdicción en cuestión no ha promulgado legislación “específica sobre la discapacidad”, la pregunta es si la discapacidad está incluida en la legislación general contra la discriminación abordando, por ejemplo, el empleo o la seguridad social. El efecto que ha de evitarse es que la discapacidad, incluida en legislación genérica, vuelva a tornarse invisible.

Además de legislación centrada en la discapacidad, un punto importante de investigación debe ser la Constitución nacional, particularmente la Declaración de Derechos Individuales (LANDMINE SURVIVORS NETWORK, 2007, p. 15). Acá el enfoque debería ser la cláusula contra la discriminación, así como la pregunta de si la Constitución contiene disposiciones explícitas para las personas con discapacidad como un grupo marginado.

Una consideración importante es cuál enfoque general se adopta respecto a las personas con discapacidad en el marco constitucional y legislativo; o sea, ¿es un enfoque paternalista, de “asistencia social” (típico del llamado modelo médico), o un enfoque de derechos humanos que reconoce y alienta la autonomía y la dignidad? El enfoque médico suele percibir a las personas con discapacidad como “objetos” de intervención legal, mientras que el enfoque de derechos humanos implica verlas como personas con capacidad de acción – sujetas de derechos.

Otra dimensión a incorporar en el análisis es la interrelación entre la igualdad y los derechos socioeconómicos: se ha observado que los intereses de las personas con discapacidad a menudo son más agudamente afectados en la esfera social y económica; ellas son más vulnerables en las áreas de empleo, salud, educación y servicios sociales (BHABHA, 2009, p. 219). ¿Exige la Constitución o legislación que el Estado adopte medidas positivas a fin de promover estos derechos para las personas con discapacidad?

Un análisis exhaustivo de cada sistema jurídico está fuera del alcance de este artículo (por ejemplo, las normas relacionadas con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual pueden ser complejas, especialmente cuando están incluidas en el derecho consuetudinario y el estatutario, como en Sudáfrica). Reconocemos que un examen comparado amplio incluiría un análisis mucho más detallado de lo que es posible dentro del alcance (y propósito) de este artículo exploratorio. Por ejemplo, a fin de entender las opciones políticas subyacentes en todas las iniciativas de reforma legal – y los procesos concomitantes de promoción y defensa – habría sido necesario profundizar mucho más en las dinámicas de poder que operan dentro de los sectores o movimientos de la discapacidad a nivel nacional.²⁴ Por consiguiente, este artículo es limitado en el sentido de que se

centra sólo en los aspectos básicos de las disposiciones legislativas y políticas, no en su implementación en la práctica. Sin embargo, al tomar en cuenta los factores arriba mencionados cuando se construye una visión de conjunto sobre el marco constitucional y jurídico, se puede empezar a tener una impresión del grado al cual el sistema particular ha comenzado seriamente a armonizarse con la CDPD.²⁵

4.1.2 ¿Qué significa “incorporación nacional” de la CDPD en la práctica?

Las maneras en que las normas y los estándares que surgen al nivel del derecho internacional de los derechos humanos (en este caso, la CDPD y su interpretación) pueden llegar a influir en la ley nacional dependerían tradicionalmente de la relación entre el sistema internacional y un sistema nacional particular y, más específicamente, de si el sistema jurídico nacional sigue un enfoque *monista* o *dualista* a la recepción del derecho internacional (ADJAMI, 2002, p. 108; OPPONG, 2007, p. 297).²⁶

En el enfoque monista, el derecho internacional y el nacional forman parte de un solo orden jurídico y, por lo tanto, el internacional es directamente aplicable en el orden jurídico nacional – no hay necesidad de ninguna ley de incorporación nacional. El enfoque dualista, por otro lado, implica que el derecho internacional y el nacional consten de distintos órdenes jurídicos. A fin de que el derecho internacional sea aplicable en el orden jurídico nacional, debe ser recibido a través de medidas legislativas del país, el efecto de lo cual es transformar las normas jurídicas internacionales en una ley nacional. Es sólo después de esa transformación (o incorporación nacional)²⁷ que las personas dentro del Estado pueden beneficiarse del derecho internacional (ahora nacional) o respaldarse en él. Sin embargo, aun cuando un instrumento internacional no ha sido incorporado, de todos modos puede ayudar a interpretar constituciones o leyes ordinarias nacionales, como se mostrará adelante (VILJOEN, 2007, p. 540).

En gran medida, los Estados africanos heredaron el marco jurídico (incluso el enfoque al derecho internacional) de sus colonizadores. La mayoría de países francófonos colonizados por Francia o Bélgica adoptó el enfoque monista al derecho internacional; por su parte, los Estados anglófonos bajo dominio colonial británico adoptaron la posición dualista que generalmente se encuentra en los sistemas de derecho consuetudinario (ADJAMI, 2002, p. 110). Además del marco provisto por sistemas jurídicos coloniales, los sistemas jurídicos africanos incorporan leyes consuetudinarias, así como las disposiciones de leyes religiosas – por ejemplo, la ley islámica.

Desde 1990, en África se han promulgado varias constituciones nacionales que colocan el derecho internacional en una posición más prominente que la que habría tenido bajo un sistema tradicionalmente dualista. Las constituciones de Malawi, Namibia y Sudáfrica son ejemplos de ello (ADJAMI, 2002, p. 110-112). Por esta razón, también es importante examinar las disposiciones constitucionales (si las hubiera) que prescriben la relación entre el derecho internacional y el sistema jurídico nacional, a fin de determinar la influencia de la CDPD en cada caso (LANDMINE SURVIVORS NETWORK, 2007, p. 21-22).

4.2 Cuatro jurisdicciones africanas

4.2.1 Sudáfrica

La Constitución sudafricana contiene una cláusula sobre la igualdad con una disposición contra la discriminación que explícitamente incluye la discapacidad entre los motivos prohibidos de discriminación (SOUTH AFRICA, 1996a, Sección 9(3)). La Declaración de Derechos Individuales consagra los derechos a la dignidad (Sección 10) y a la libertad y seguridad de la persona, que incluye el derecho a una vida libre de toda forma de violencia de origen público o privado (Sección 12), así como el derecho a tener acceso a vivienda adecuada (Sección 26). La Sección 27 reconoce el derecho de todas las personas a tener acceso a servicios de salud (incluso los de salud reproductiva), a suficientes alimentos y agua y a la seguridad social, inclusive asistencia social apropiada si no pueden mantenerse a sí mismas y a sus dependientes. La Sección 29 estipula que toda persona tiene derecho a educación básica, incluso educación adulta básica. Todas estas disposiciones se sustentan en la Sección 7(2), que obliga al Estado a “respetar, proteger, promover y cumplir los derechos en la Declaración de Derechos Individuales”. Aunque el lenguaje de señas no es uno de los idiomas oficiales, la Constitución sí exige que sea promovido y se creen condiciones para su desarrollo y uso (Sección 6).

La Constitución es abarcadora en su inclusión de disposiciones que definen la relación entre el derecho internacional y el nacional. Aunque la Sección 231 exige una ley de incorporación por parte del Parlamento para que un acuerdo internacional (como la CDPD) se convierta en ley en el país, la Sección 232 afirma que el derecho internacional consuetudinario es ley en Sudáfrica a menos que sea incompatible con la Constitución o una Ley del Parlamento. Cabe destacar que la Sección 39(1)(b) de la Constitución estipula que, al interpretar la Declaración de Derechos Individuales, una corte, un tribunal o foro debe considerar el derecho internacional. Esto puede incluir fuentes de derecho internacional tanto vinculantes (es decir, tratados y convenciones ratificados por Sudáfrica) como “no vinculantes” (SOUTH AFRICA, *S vs. Makwanyane*, 1995). Además, la Sección 233 de la Constitución estipula que todos los tribunales, al interpretar cualquier legislación, deben preferir la interpretación razonable de ésta que sea compatible con el derecho internacional sobre cualquier interpretación que sea incompatible con el derecho internacional.

En la actualidad, Sudáfrica no tiene legislación totalmente inclusiva sobre la discapacidad. La implementación de los derechos de las personas con discapacidad se maneja dentro de legislación “genérica” contra la discriminación, como la Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta (SOUTH AFRICA, 2000),²⁸ y otros arreglos legislativos (SOUTH AFRICA, 1996b, 1998, 2002, 2004, 2005).

En vista de un marco constitucional y jurídico relativamente progresista, resulta un tanto sorprendente que Sudáfrica no haya producido más jurisprudencia sobre la discapacidad – aparte de dos casos provenientes del campo de la ley sobre empleo (SOUTH AFRICA, *Independent Municipal and Allied Trade Union v. City of Cape Town*, 2005; *Standard Bank v. Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration*, 2007) y un caso reciente relacionado con el derecho a la educación de niñas y niños con

discapacidad intelectual severa y profunda (SOUTH AFRICA, *Western Cape Forum for Intellectual Disability v. The Government of South Africa*, 2010). Cabe señalar que la Corte Constitucional aún no ha tenido que ocuparse de interpretar la igualdad sustantiva en el contexto de la discapacidad.²⁹

4.2.2 República Federal Democrática de Etiopía

La Constitución de la República Federal Democrática de Etiopía fue adoptada en 1995, varios años antes que la CDPD.³⁰ Sin embargo, puede verse como una de las de la “nueva generación” de constituciones africanas, que claramente aborda el papel que el derecho internacional de los derechos humanos debería jugar a nivel nacional. Por ejemplo, el Artículo 9.4, relativo a la supremacía de la Constitución, dispone que los acuerdos internacionales ratificados por Etiopía “son una parte integral de la ley de la nación”. Esto ubica a Etiopía firmemente en la categoría “monista”. Además, el Artículo 13.2, introducción al Capítulo 3, estipula que “los derechos y las libertades fundamentales especificados en este Capítulo deberán interpretarse de manera congruente con los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los convenios internacionales de derechos humanos e instrumentos internacionales adoptados por Etiopía” (FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA, 1995).

Entre las disposiciones del Capítulo 3 de la Constitución, varios derechos son de particular importancia para las personas con discapacidad. El Artículo 24 estipula que todas las personas tienen derecho a que se respete su dignidad humana, como también el derecho a desarrollar libremente su personalidad de una manera compatible con los derechos de otras (Artículos 24.1 y 24.2). La cláusula sobre el derecho a la igualdad, que va acompañada de la prohibición de discriminar, incluye los motivos prohibidos tales como raza, nación, nacionalidad u otro origen social, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, propiedad, nacimiento “u otra condición” (Artículo 25). La discapacidad no se menciona explícitamente.

El Artículo 41, referido a los derechos económicos, sociales y culturales, estipula que todas las personas etíopes tienen derecho a participar en cualquier actividad económica y ganarse la vida por medio de trabajo que escojan libremente (Artículo 41.1). También tienen derecho a escoger su vocación, trabajo y profesión (Artículo 41.2), así como a igual acceso a los servicios sociales financiados con fondos públicos (Artículo 41.3).

Además de describir esos derechos, el Artículo 41 estipula ciertas obligaciones para el Estado etíope. En primer lugar, el Estado debe asignar recursos financieros cada vez mayores para proporcionar servicios de salud, educación y otros de índole social (Artículo 41.4). Asimismo, dentro de los límites permitidos por la capacidad económica del país, el Estado debe asignar recursos financieros para brindar “asistencia y rehabilitación a personas con discapacidad física y mental, personas de la tercera edad y niñas/niños que carecen de progenitores o tutores” (Artículo 41.5). También debe diseñar políticas dirigidas a ampliar las oportunidades de trabajo para personas pobres y desempleadas, por lo que ha de “poner en marcha programas y proyectos de obras públicas” (Artículo 41.6).

Pese a que la Constitución incluye una Declaración de Derechos Individuales relativamente amplia, en la práctica los tribunales etíopes se han resistido a desarrollar jurisprudencia basada en los derechos. De hecho, usualmente se han rehusado a interpretar la Constitución – entre magistrados existe una convicción general de que a los tribunales no les está permitido discutir las disposiciones de la Constitución cuando consideran casos (FESSHA, 2006, p. 79; YESHANEW, 2008, p. 279). La razón de esto puede encontrarse en los Artículos 83 y 84 de la Constitución, los cuales estipulan que todas las “disputas constitucionales” deberán ser decididas por la Cámara de la Federación³¹ cuando el Consejo de Investigaciones Constitucionales recomiende que sea necesario interpretar la Constitución. Pocas de esas disputas han sido remitidas a la Cámara. Las consecuencias de tal arreglo son que los tribunales deciden las cuestiones al nivel de los derechos y obligaciones estatutarios (en vez de los constitucionales) y no se han clarificado preguntas esenciales respecto a los derechos consagrados en la Constitución (FESSHA, 2006, p. 80).

En un sentido comparable, muchos miembros del poder judicial creen que no son justiciables los derechos incluidos en tratados internacionales ratificados que no están claramente garantizados en las leyes nacionales (YESHANEW, 2008, p. 286). Esto conduce a que tanto litigantes como los tribunales eviten hacer referencias a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Etiopía, incluso en casos en los cuales son directamente pertinentes.

De manera similar al caso de Sudáfrica, Etiopía no ha promulgado una legislación abarcadora para la discapacidad. Sin embargo, en 2008 adoptó nueva legislación sobre el trabajo relativa a personas con discapacidad. La Proclamación “El Derecho de las Personas con Discapacidad al Empleo” enuncia claramente su objetivo (FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA, 2008, Preámbulo). Señala que percepciones profundamente arraigadas acerca de la discapacidad habían afectado el derecho de las personas con discapacidad al empleo y que la legislación existente sobre este derecho, al reservar vacantes para personas con discapacidad, creó una imagen de ellas que hacía percibir las como incapaces de desempeñar trabajos por mérito, de esta manera fallando en garantizar su derecho a ajustes razonables y proporcionarles una protección apropiada. Por lo tanto, se hizo necesario promulgar nueva legislación que fuera congruente con la política nacional sobre igualdad de oportunidades de empleo y proveyera ajustes razonables para estas personas, así como un remedio simplificado en caso de discriminación laboral.

La Proclamación define a la “persona con discapacidad” de conformidad con la CDPD³² y brinda explicaciones para “discriminación”,³³ “ajustes razonables”³⁴ y “carga indebida”.³⁵ Prohíbe discriminar a personas con discapacidad en las prácticas de empleo e impone responsabilidades concomitantes a empleadores, incluyendo: adoptar medidas para brindar a estas personas condiciones y materiales apropiados de trabajo y capacitación; realizar todos los ajustes razonables y adoptar acciones afirmativas para mujeres con discapacidad, tomando en cuenta las múltiples cargas que se derivan de su sexo y discapacidad; y asignar asistentes para propiciar que las personas con discapacidad desempeñen su trabajo o continúen capacitándose. Significativamente, otro deber impuesto a empleadores es proteger a las mujeres con discapacidad contra la violencia sexual que ocurre en los lugares de trabajo.

4.2.3 Uganda

La Constitución de Uganda fue adoptada en 1995 y enmendada en 2005. Incluye una Declaración de Derechos Individuales (en el Capítulo Cuatro) que contiene disposiciones específicas sobre los derechos de grupos marginados – entre otros, mujeres, niñas, niños y personas con discapacidad (UGANDA, 1995, Artículos 32-35).

Además de la Declaración de Derechos Individuales, es importante leer la sección introductoria de la Constitución, denominada “Objetivos Nacionales y Principios Rectores de la Política Estatal”. Estos Principios tienen el propósito de orientar a todos los órganos y agencias del Estado, a ciudadanas, ciudadanos y otros órganos y personas sobre la aplicación o interpretación de la Constitución o cualquier otra ley y la implementación de decisiones a nivel de las políticas. Bajo el título *Objetivos sociales y económicos*, los Principios Rectores estipulan que la sociedad y el Estado deben reconocer el derecho de las personas con discapacidad al respecto y la dignidad humana (Principio XVI).³⁶ Según el Principio XXIV, el Estado debe promover el desarrollo del lenguaje de señas para personas sordas. Sin embargo, aunque brindan orientación, los Principios Rectores no son justiciables.

El Capítulo Cuatro de la Constitución incluye la importante declaración de que los derechos y las libertades fundamentales de la persona son inherentes – no otorgados por el Estado (Artículo 20). Exige a todos los órganos y agencias del gobierno (y, de hecho, a todas las personas) respetar, defender y promover los derechos y libertades consagrados en este Capítulo. La cláusula sobre la igualdad contiene una disposición contra la discriminación que menciona expresamente la discapacidad como motivo prohibido de discriminación (Artículo 21(2)). El Estado debe adoptar acciones afirmativas a favor de grupos marginados debido a su sexo, edad, discapacidad “o cualquier otra razón creada por la historia, la tradición o las costumbres”, con el fin de reparar los desequilibrios que existen contra ellos y el Parlamento tiene la obligación de promulgar leyes pertinentes para dar efecto a esta disposición (Artículo 32).

Como ya se señaló, la Constitución estipula que las personas con discapacidad tienen derecho al respeto y la dignidad humana, y el Estado y la sociedad deben adoptar medidas apropiadas para asegurar que estas personas realicen su pleno “potencial mental y físico” (Artículo 35.1). Conforme a esta disposición, el Parlamento está obligado a “promulgar leyes apropiadas para la protección de las personas con discapacidad” (Artículo 35.2).

Asimismo, la Constitución ugandesa estipula que el Parlamento (a nivel nacional) debe estar conformado por una mujer representante por cada distrito, como también por representantes de otros grupos marginados que el Parlamento determine (Artículo 78(1)). Con arreglo a esta disposición, seis escaños han sido reservados para personas con discapacidad (cinco de ellas representando a cada una de las regiones y una a mujeres con discapacidad a nivel nacional) (UGANDA, 1997; HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 65). De manera similar, el Artículo 180 de la Constitución estipula que la composición de los consejos del gobierno local deben adoptar acciones afirmativas para todos los grupos marginados, incluyendo a las personas con discapacidad.³⁷

En lo que respecta al derecho internacional, el sistema ugandés es dualista, ya que requiere la incorporación nacional de tratados o acuerdos internacionales a través de legislación propiciadora (MUJUZI, 2009, p. 580). Aunque ni la Corte Suprema ni la Corte Constitucional de Uganda está expresamente facultada por la Constitución para obtener orientación interpretativa del derecho internacional, en ocasiones ambas cortes se han mostrado proclives a hacerlo.³⁸

Con estos antecedentes, el Parlamento de Uganda promulgó la Ley sobre las Personas con Discapacidad (UPDA) en agosto de 2006 (UGANDA, 2006).³⁹ Aunque la Ley precedió la adopción de la CDPD, pareciera como si el espíritu de la Convención hubiera orientado en gran medida la redacción del texto. Por ejemplo, los objetivos de la UPDA incluyen, entre otros, la promoción de la dignidad y la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad, alentando a la gente y a todos los sectores del gobierno y la sociedad a reconocer, respetar y aceptar la diferencia y la discapacidad como parte de la humanidad y la diversidad humana, promoviendo asimismo una actitud positiva hacia, y una imagen de, las personas con discapacidad como integrantes de la sociedad con capacidad de actuar y aportar (Artículo 3). Estos objetivos tienen un significado similar a los que se encuentran en los Artículos 3 y 8 de la CDPD.

La UPDA aborda una amplia gama de áreas, incluyendo educación (Artículos 5-6), servicios de salud (Artículos 7-8), rehabilitación (Artículo 10) y rehabilitación vocacional (Artículo 11). Específicamente contiene disposiciones para la prevención de la discapacidad (Artículo 9), como también capítulos sobre empleo (Artículos 12-18), accesibilidad (Artículos 19-24) y discriminación relacionada con bienes, servicios e instalaciones (Artículos 25-31).

La Parte VI de la Ley es significativa porque exige al Gobierno adoptar acciones afirmativas a favor de las personas con discapacidad para los propósitos de “reparar los desequilibrios” que existen contra ellas (Artículo 33). Prohíbe tratos crueles, inusuales o degradantes por parte de cualquier individuo o institución contra una persona con discapacidad (Artículo 34) y estipula que las personas con discapacidad, incluidas las que se encuentran en instituciones, no serán sometidas a interferencia arbitraria o ilegítima en su privacidad (Artículo 35). Esta Parte también incluye los derechos de las personas con discapacidad a tener una familia y participar en la vida, política, pública y cultural (Artículos 36-37).

La Ley ha sido criticada por su “enfoque cauteloso” en el sentido de que usa el lenguaje de los derechos humanos en forma minimalista; por otro lado, sí impone obligaciones al Estado que, leídas a la inversa, podrían implicar derechos para las personas con discapacidad (MBAZIRA, 2009, p. 45). Además, los principios generales en que la Ley se sustenta parecen ser congruentes con los plasmados en la CDPD – es decir, autonomía, accesibilidad y dignidad.

Sin embargo, en la definición que la Ley hace de la discapacidad⁴⁰ hay una excepción preocupante que parece apoyarse en categorías amplias – y médicamente infundadas.⁴¹ Es difícil ver cómo estas categorías pueden justificarse y, a nuestro criterio, ésta es un área que debería ser reconsiderada para armonizar la UPDA con la CDPD.⁴²

Han surgido varios problemas prácticos desde que la UPDA fue promulgada.

El más desconcertante es una disputa entre el Ministerio de Justicia y la Unión Nacional de Personas con Discapacidad de Uganda (NUDIPU)⁴³ respecto a la aplicabilidad de la legislación (HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 65). El Ministerio sostiene que el lenguaje de la UPDA es una “aspiración” y, por tanto, no ejecutable. El sector de la discapacidad, incluyendo NUDIPU, no está de acuerdo con tal opinión y se opone a los esfuerzos del Gobierno por revocar esta Ley antes de que una nueva legislación esté lista para ser adoptada.

Un segundo problema, relativo a la implementación de la UPDA (y cualquier legislación futura), es la capacidad del Consejo Nacional para la Discapacidad, en primer lugar, de actuar respecto a las quejas recibidas por la violación de los derechos de las personas con discapacidad y, en segundo lugar, de dar seguimiento a la aplicación de la CDPD (HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 66-67). Actualmente, esta capacidad parece ser limitada.

Una tercer área que ha molestado al sector de la discapacidad ugandés son los roles respectivos del Consejo Nacional para la Discapacidad⁴⁴ y de NUDIPU en la selección de los representantes parlamentarios arriba mencionados. Comentaristas han observado correctamente que estas dificultades de gobernanza tendrán que resolverse antes de que los derechos de las personas con discapacidad puedan ser realizados plena y efectivamente en Uganda, ya sea de conformidad con la Constitución, la legislación o la CDPD (HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 67). Al mismo tiempo, también se ha señalado que siguen irresueltas ciertas violaciones serias de derechos, como la detención continua de prisioneros con discapacidad psicosocial.⁴⁵

4.2.4 República Unida de Tanzania

La República Unida de Tanzania (RUT) es una unión política de dos entidades semiautónomas: el área continental de Tanzania y las islas de Zanzíbar. La Constitución de la RUT fue adoptada en 1977 (UNITED REPUBLIC OF TANZANIA, 1977)⁴⁶ y su Parte III establece varios derechos y deberes básicos. El Artículo 12 declara que todas las personas nacen libres e iguales y tienen derecho a que se respete su dignidad. La cláusula concomitante contra la discriminación no incluye expresamente la discapacidad como un motivo prohibido; aunque la lista de motivos no es tan claramente “abierta” como los otros ejemplos arriba mencionados, podría decirse que la cláusula permite leer motivos adicionales “entre líneas”.⁴⁷

Es notable que esta Constitución establece principalmente los derechos que tradicionalmente se consideran civiles y políticos; entre los denominados socioeconómicos, sólo los derechos al trabajo y a poseer propiedades se incluyen aquí. La Constitución también menciona un conjunto de deberes que recaen en la persona individual.⁴⁸

Similar a la Constitución ugandesa, la de la RUT contiene varios (no justiciables) “Objetivos Fundamentales y Principios Rectores de la Política Estatal” (Parte II). Estos Principios deben ser reconocidos y aplicados por el Gobierno, todos sus órganos y todas las personas o autoridades que ejercen funciones ejecutivas, legislativas o judiciales; sin embargo, ningún tribunal puede hacer valer los

Principios Rectores (Artículo 7). Los Principios Rectores incluyen, entre otros, la obligación del Gobierno, con sus agencias, de dirigir sus políticas y programas a asegurar que se respeten la dignidad humana y otros derechos humanos (Artículo 9).

Aunque la Constitución de Tanzania no menciona la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional, por lo general el país ha aceptado adoptar un enfoque dualista. En cuanto a la orientación interpretativa que puede tomarse del derecho internacional, la Corte Suprema de Tanzania resolvió esta cuestión después de que la Declaración de Derechos Individuales fue incluida en la Constitución. En un caso relacionado con el derecho de las mujeres a la herencia según el derecho consuetudinario *Haya*, la Corte Suprema dejó claro que había considerado el derecho internacional de los derechos humanos como guía esencial en su interpretación de la Constitución – en este caso, la cláusula sobre la igualdad (UNITED REPUBLIC OF TANZANIA, *Ephraim v. Pastory*, 1990).

Tanzania⁴⁹ promulgó en 2010 una ley amplia denominada “Ley sobre las Personas con Discapacidad” (TPDA) (UNITED REPUBLIC OF TANZANIA, 2010). La Ley, que es un documento ambicioso, está claramente inspirada en la CDPD: varias disposiciones son una réplica textual de la Convención (con variaciones interesantes).⁵⁰ Por ejemplo, la TPDA impone al ministro responsable un conjunto de obligaciones para la realización de los derechos de las personas con discapacidad (Artículo 5); el texto de este artículo es muy parecido al del Artículo 4 de la CDPD (que estipula las obligaciones generales de los Estados Parte).⁵¹ También lo es la disposición sobre la toma de conciencia (Artículo 7).

La TPDA ordena la provisión de cuidados de salud para las personas con discapacidad (Artículo 26), educación (Artículos 27-29), rehabilitación y empleo (Artículos 30-34) y diversos aspectos de la accesibilidad (Artículos 35-50). Cubre la participación en la vida política y pública (Artículos 51-54) y la comunicación (Artículos 55-56). También contiene disposiciones dirigidas al establecimiento de un Consejo Asesor Nacional para Personas con Discapacidad (Artículos 8-14) y un Fondo Nacional para Personas con Discapacidad (Artículos 57-58).

La Parte IV, denominada “Integración de las personas con discapacidad”, contiene varias disposiciones destacables. En su Artículo 15 estipula, entre otros, los siguientes principios generales: toda persona con discapacidad recibirá asistencia de la autoridad de su gobierno local, de su pariente, de organizaciones de personas con discapacidad, la sociedad civil o cualquier otra persona para vivir tan independientemente como sea posible e integrarse a la comunidad; la persona con discapacidad no será forzada a vivir en una “institución” o en un arreglo de vida particular; y el ministro responsable debe adoptar medidas propicias para apoyar a las personas con discapacidad a fin de que tengan una vida independiente y estén plenamente integradas en la comunidad.

La TPDA presta una atención específica al papel de las autoridades del gobierno local, que están obligadas a proporcionar servicios de apoyo a las personas con discapacidad. En primer lugar, les impone el deber de “resguardar y promover los derechos y el bienestar” de estas personas dentro de la jurisdicción del gobierno local (Artículo 20). La autoridad del gobierno local debe brindar asesoramiento a madres, padres, tutores, parientes y personas con discapacidad para reducir o

eliminar el estigma entre ellos. También debe, dentro de su área jurisdiccional, proporcionar asistencia a las personas con discapacidad a fin de propiciar que desarrollen su “potencial, empoderamiento y autosuficiencia”.

El Artículo 21 impone el deber, a cualquier integrante de la comunidad que tenga “pruebas o información” de que los derechos de una niña o un niño con discapacidad están siendo violados, de reportar el caso a la autoridad del gobierno local, así como a cualquier otra autoridad pertinente en el área. Existe un deber similar de denuncia cuando un padre, una madre, tutor o pariente que “tiene la custodia” de una persona con discapacidad es capaz de proveerle su derecho a juegos, atención médica, ocio y educación pero se rehúsa a hacerlo o descuida este derecho.

Los Comisionados para el Bienestar Social tienen la obligación de establecer y mantener un registro de personas con discapacidad y de las instalaciones para ellas (Artículo 23). Este registro puede ser usado únicamente para “identificación y otros propósitos estadísticos”.

4.3 Observaciones

Las cuatro jurisdicciones aquí examinadas ilustran diferentes configuraciones de marcos constitucionales y jurídicos dentro de los cuales han de protegerse y promoverse los derechos de las personas con discapacidad. A su vez, estos marcos encajan en el sistema regional africano más amplio y, en última instancia, en el marco recientemente establecido por la CDPD.

En el caso de Sudáfrica, cuyo sistema es “híbrido” (dualista, pero con disposiciones claras respecto a la orientación interpretativa y el derecho internacional consuetudinario que se considera forman parte del derecho nacional), la actual legislación genérica no contiene disposiciones para ciertas áreas de la vida, como el empleo. Sin embargo, es obvio que, a fin de incorporar plenamente la CDPD en la ley nacional, deberían considerarse medidas adicionales, quizás en la forma de una legislación amplia sobre la discapacidad.

La posición de Etiopía es diferente a la de Sudáfrica pues tiene un claro sistema monista. Aunque algunas de sus disposiciones constitucionales relacionadas con los derechos socioeconómicos de las personas con discapacidad son mucho más débiles que las contenidas en la Constitución sudafricana, las disposiciones de la CDPD ya son efectivamente parte de la ley etíope. Sin embargo, la cuestión no termina aquí, dado el efecto obstaculizante de los arreglos en cuanto a la revisión constitucional y la renuencia de los tribunales a interpretar disposiciones de la Constitución y aplicar acuerdos internacionales de derechos humanos que no están expresados en las leyes. Por consiguiente, para asegurar una efectiva incorporación de la Convención se necesita una intervención estatutaria adicional, congruente con la Proclamación aquí examinada.

Aunque hay aspectos de las leyes ugandesa y tanzana sobre la discapacidad que son un tanto preocupantes (en la segunda, por ejemplo, la cuestión del registro de personas con discapacidad), ambas constituyen un paso importante hacia el reconocimiento y realización de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente en las esferas socioeconómicas. Aun así, resulta desconcertante

observar que Uganda, por ejemplo, está rezagada en cuanto a la accesibilidad del ambiente construido, pese al fuerte énfasis de esto en la UPDA (MBAZIRA, 2009). Ello confirma de nuevo que los derechos son muy importantes y poderosos pero que su implementación también lo es.

5 Conclusiones

Nuestra investigación del sistema regional africano y los cuatro sistemas nacionales indica que el marco normativo plasmado en la CDPD aún no ha sido exitosamente incorporado en ninguno de los dos niveles. Aunque no es nuestro deseo socavar los esfuerzos realizados, por ejemplo, en Tanzania por promulgar medidas legislativas innovadoras que clarifican los deberes de las autoridades de gobiernos locales, la realidad es que en muchas jurisdicciones el acto de ratificación ha sido poco más que una promesa vacía. Como hemos intentado mostrar por medio de este breve artículo, la historia de los derechos de las personas con discapacidad a nivel continental ha sido, en el mejor de los casos, una de “descuido benigno”.

Sin embargo, no todo el panorama es sombrío y desalentador. Tal como se ilustra, ha habido cambios significativos y la CDPD ha abierto ventanas de oportunidad a nivel tanto regional como nacional.

Por ejemplo, el Artículo 43 de la CDPD permite que “las organizaciones regionales de integración” oficialmente confirmen o se adhieran a la Convención. Aunque tal opción no está abierta a la UA debido a la definición específica de “organizaciones regionales de integración” en el Artículo 44, nada le impide a la UA adoptar una Declaración o Resolución en la que exprese su apoyo a los principios de la CDPD y su compromiso con ellos. Esto será una fuerte declaración pública de respaldo.

Queda mucho por hacer para asegurar que los derechos de las personas con discapacidad se integren al trabajo de las instituciones de la UA, incluida la Comisión Africana. Una proliferación de instrumentos no es necesariamente la panacea. Aun así, en la eventualidad de que se considerara esencial redactar documentos adicionales de derechos humanos, proponemos dos aspectos primordiales a tener en cuenta: la importancia de trabajar con los sectores africanos de la discapacidad y asegurar que las terminologías sean inclusivas y respetuosas.

Estos principios también son aplicables a nivel nacional donde, por ejemplo, hemos identificado la necesidad de un instrumento de incorporación en el caso de Sudáfrica y de medidas adicionales para asegurar que los tribunales en Etiopía se resistan menos a aplicar los derechos consagrados en la CDPD (aunque estos principios ya forman parte de la ley nacional). Sobra decir, respecto a todas las jurisdicciones aquí examinadas, que una legislación nacional bien redactada facilitará la tarea interpretativa de funcionarios y funcionarias judiciales que quizás nunca antes se han enfrentado a la sustancia de los “derechos de las personas con discapacidad”.

Además, si la legislación nacional es clara en su provisión de mecanismos reguladores adicionales, facilitará asuntos relacionados tales como el ejercicio de la discrecionalidad por parte de empleadores y administradores. También propiciará

un fácil desarrollo de indicadores para el seguimiento y evaluación que la CDPD requiere (UNITED NATIONS, 2006, Artículo 33).

Finalmente, el reto para activistas por los derechos de las personas con discapacidad en África consiste en asegurar que el impacto de la CDPD a nivel nacional (y, a nuestro criterio, también regional) se extienda a las tres áreas identificadas por Stein y Lord – es decir, el valor significativo de reconocer los derechos humanos de las personas con discapacidad; la exigencia a los Estados Parte de ocuparse de las leyes y políticas sobre la discapacidad a nivel nacional; y los progresos en la integración social por parte de las personas con discapacidad. La revolución que implica la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aún es incompleta, al menos en lo que respecta a África.

Cuadro 1

ACTUAL ESTADO DE FIRMA Y RATIFICACIÓN DE LA CDPD Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO (HASTA EL 26 DE FEBRERO DE 2011)

País	Convención		Protocolo Facultativo	
	Firmada	Ratificada	Firmado	Ratificado
República Federal Democrática de Etiopía	30/marzo/2007	7/julio/2010	-	-
República Unida de Tanzania	30/marzo/2007	10/nov./2009	29/sept./2008	10/nov./2009
Sudáfrica	30/marzo/2007	30/nov./2007	30/marzo/2007	30/nov./2007
Uganda	30/marzo/2007	25/sept./2008	30/marzo/2007	25/sept./2008

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

ADJAMI, M.E. 2002. African Courts, International Law, and Comparative Case Law: Chimera or Emerging Human Rights Jurisprudence? *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 24, n. 103, p. 103-167.

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 2007. **Resolution on the Establishment and Appointment of a Focal Point on the Rights of Older Persons in Africa**. ACHPR/Res.118(XXXXII)07, adopted at the 42nd Ordinary Session held from 15-28 November 2007, in Brazzaville, Republic of Congo.

_____. 2009. **Resolution on the Transformation of the Focal Point on the Rights of Older Persons in Africa into a Working Group on the Rights of Older Persons and People with Disabilities in Africa**. ACHPR/Res143(XXXV)09, adopted at the 45th Ordinary Session held from 13-27 May 2009, in Banjul, The Gambia.

- AFRICAN REHABILITATION INSTITUTE. 2011. **The Mandate of the Institute**.
Disponibile en: <<http://www.africanrehab.org.zw>>. Visitado el: 26 Feb. 2011.
- AFRICAN UNION. 2003a. **Protocol on Amendments to the Constitutive Act of the African Union**.
- _____. 2003b. **Kigali Declaration**. MIN/CONF/HRA/Decl.1(I), adopted by the First AU Ministerial Conference on Human Rights in Africa on 8 May 2003.
- _____. 2003c. **Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa**. CAB/LEG/66 6/Rev 1 (2003), entered into force on 25 Nov. 2005.
- _____. 2004. **Solemn Declaration on Gender Equality in Africa**. Assembly/AU/Decl.12 (III) Rev 1.
- _____. 2006. **Banjul Declaration on the 25th Anniversary of the African Charter on Human and Peoples' Rights**. Assembly/AU/Decl.3 (VII).
- _____. 2007a. **African Charter on Democracy, Elections and Governance**.
- _____. 2007b. **African Youth Charter**, entered into force on 8 August 2009.
- _____. 2009. **Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons** (Kampala Convention).
- BHABHA, F. 2009. Disability Equality Rights in South Africa: Concepts, Interpretation and the Transformation Imperative. **South African Journal on Human Rights**, Johannesburg, v. 25, n. 2, p. 218-245.
- BIEGON, J.; KILLANDER, M. 2010. Human Rights Developments in the African Union during 2009. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 10, n. 1, p. 212-232.
- CENTRE FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. 2006. **The Protocol on the Rights of Women in Africa: An Instrument for Advancing Reproductive and Sexual Rights**. Briefing Paper. Bloemfontein: Free State University.
- CHALKLEN, S.; SWARTZ, L.; WATERMEYER, B. 2006. Establishing the Secretariat for the African Decade of Persons with Disabilities. In: WATERMEYER, B. et al. (Ed.). **Disability and Social Change**. Cape Town: Human Sciences Research Council Press. p. 93-98.
- COBBAH, J. 1987. African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective. **Human Rights Quarterly**, Cincinnati, v. 9, n. 3, p. 309-331.
- COMBRINCK, H. 2008. The Hidden Ones: Children with Disabilities in Africa and the Right to Education. In: SLOTH-NIELSEN, J. (Ed.) **Children's Rights in Africa: A Legal Perspective**. Aldershot: Ashgate. p. 299-322.
- _____. 2010. Rape Law Reform in Africa: "More of the Same" or New Opportunities? In: MCGLYNN, C.; MUNRO, V.E. (Ed.). **Rethinking Rape Law**. Abingdon: Routledge. p. 122-135.
- DINIZ, D.; BARBOSA, L.; DOS SANTOS, W.D. 2009. Disability, Human Rights and Justice. **SUR – International Journal on Human Rights**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 61-71, Dec.

- EBOBRAH, S. 2010. Human rights developments in African sub-regional economic communities during 2009. **African Human Rights Law Journal**, v. 10, n. 1, p. 233.
- EUROPEAN PARLIAMENT. 2008. **Resolution of 4 September 2008 on the Killing of Albinos in Tanzania**. Resolution.
- EVANS, M.; MURRAY, R. (2008) The state reporting procedure under the African Charter. In _____. (Ed.). **The African Charter on Human and Peoples' Rights: The system in practice, 1986-2006**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. p. 49.
- FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA. 1995. **Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Proclamation No. 1/1995**.
- _____. 2008. **Right to Employment of Persons with Disability Proclamation No. 568/2008**.
- FESSHA, Y.T. 2006. Judicial Review and Democracy: A Normative Discourse on the (Novel) Ethiopian Approach to Constitutional Review. **African Journal of International and Comparative Law**, Edinburgh, v. 14, p. 53-82.
- FLÓVENZ, B.G. 2009. The Implementation of the UN Convention and the Development of Economical and Social Rights as Human Rights. In: QUINN, G.; ARNARDÓTTIR, O.M. (Ed.). **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives**. Leiden: Martinus Neijhoff. p. 255-277.
- HERR, S.S. 2001. Reforming Disability Nondiscrimination Laws: A Comparative Perspective. **University of Michigan Journal of Law Reform**, Ann Arbor, v. 35, n. 1 & 2, p. 305-401.
- HEYNS, C.; VILJOEN, F. 2004. The Regional Protection of Human Rights in Africa: An Overview. In: ZELEZA, P.T.; McCONNAUGHAY, P.J. (Ed.). **Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. p. 129-143.
- HUMAN RIGHTS WATCH. 2010. **"As if We Weren't Human": Discrimination and Violence against Women with Disabilities in Northern Uganda**. New York: Human Rights Watch.
- _____. 2011. **Uganda: Languishing Behind Bars – Resolve Overdue Cases of Prisoners with Mental Disabilities**. Disponible en: <<http://www.hrw.org/en/news/2011/04/28/uganda-languishing-behind-bars>>. Visitado el: 3 Mayo 2011.
- IBHAWOH, B. 2004. Restraining Universalism: Africanist Perspectives on Cultural Relativism in the Human Rights Discourse. In: ZELEZA, P.T.; McCONNAUGHAY, P.J. (Ed.). **Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. p. 21-39.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION. 1955. General Conference. **Recommendation Concerning Vocational Rehabilitation of the Disabled**. Recommendation R99.
- _____. 1983a. **Convention Concerning Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons)**. Convention C159, entered into force 1985.
- _____. 1983b. **Recommendation Concerning Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons)**. Recommendation R168.

- KAIME, T. 2009. **The African Charter on the Rights and Welfare of the Child – A Socio-Legal Perspective**. Pretoria: Pretoria University Law Press.
- KANTER, A.S. 2003. The Globalization of Disability Rights Law. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Syracuse, v. 30, p. 241-269.
- . 2006-2007. The promise and challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, Syracuse, v. 34, p. 287.
- LANDMINE SURVIVORS NETWORK. 2007. **A Human Rights-Based Approach to Disability: The Legal Framework for Survivor Assistance in 24 States Parties**. Washington: Landmine Survivors Network.
- LORD, J.E.; STEIN, M.A. 2008. The Domestic Incorporation of Human Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Washington Law Review**, Washington, v. 83, p. 449-479.
- MBAZIRA, C. 2009. **Enforcing the Rights of Persons with Disabilities to Have Access to a Barrier-Free Physical Environment in Uganda: Is Litigation an Option?** Kampala: Legal Action for Persons with Disabilities (LAPD).
- MUJUZI, J.D. 2009. International Human Rights Law and Foreign Case Law in Interpreting Constitutional Rights: The Supreme Court of Uganda and the Death Penalty Question. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 9, n. 2, p. 576-589.
- MURRAY, R. 2004. **Human Rights in Africa: From the OAU to the African Union**. Cambridge: Cambridge University Press.
- NALDI, G. 2008. The African Union and the Regional Human Rights System. In: EVANS, M.; MURRAY, R. (Ed.). **The African Charter on Human and Peoples' Rights: The system in practice, 1986-2006**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. p. 20-48.
- NGWENA, C. 2004. Equality for People with Disabilities in the Workplace: An Overview of the Emergence of Disability as a Human Rights Issue. **Journal for Juridical Science**, Bloemfontein, v. 29, n. 2, p. 167-197.
- NSIBIRWA, M.S. 2001. A Brief Analysis of the Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 1, p. 41-63.
- OJO, O.; SESAY, A. 1986. The O.A.U. and Human Rights: Prospects for the 1980s and Beyond. **Human Rights Quarterly**, Cincinnati, v. 8, n. 1, p. 89-103.
- OLOWU, D. 2009. **An Integrative Rights-Based Approach to Human Development in Africa**. Pretoria: Pretoria University Law Press.
- ONORIA, H. 2002. Introduction to the African System of Protection of Human Rights and the Draft Protocol. In: BENEDEK, W. et al. (Ed.). **Human Rights of Women: International Instruments and African Experiences**. London: Zed Books. p. 231-242.
- OPPONG, F.R. 2007. Re-imagining International Law: An Examination of Recent Trends in the Reception of International Law into National Legal systems in Africa. **Fordham International Law Journal**, New York, v. 30, n. 2, p. 296-345.

ORGANISATION OF AFRICAN UNITY. 1963. **Charter of the Organisation of African Unity.**

_____. 1981. **African Charter on Human and Peoples' Rights.** OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, entered into force on 21 October 1986.

_____. 1985. **Agreement for the Establishment of the African Rehabilitation Institute (ARI),** entered into force 2 December 1991.

_____. 1990. **African Charter on the Rights and Welfare of the Child.** OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), entered into force 29 November 1999.

_____. 1998. **Protocol to the African Charter on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights.** OAU/LEG/MIN/AFCHPR/PROT (III), entered into force 25 January 2004.

_____. 1999. **Grand Bay (Mauritius) Declaration and Plan of Action.** CONF/HRA/DECL (I), adopted by the OAU Ministerial Conference on Human Rights in Africa, meeting from 12-16 April 1999 in Grand Bay, Mauritius.

_____. 2001. **Protocol to the Treaty Establishing the African Economic Community Relating to the Pan-African Parliament,** entered into force 14 December 2003.

_____. 2000. **Constitutive Act of the African Union,** entered into force on 26 May 2001.

ORGANISATION OF AMERICAN STATES. 1948. **American Declaration on the Rights and Duties of Man.** OAS Res 1591 (XXVIII-O/98), adopted by the Ninth International Conference of American States.

PETER, C.M. 1995. Enforcement of Fundamental Rights and Freedoms: The Case of Tanzania. **African Yearbook on International Law,** Leiden, v. 3, p. 81-98.

QUINN, G. 2009a. Resisting the 'Temptation of Elegance': Can the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Socialise States to Rights Behaviour?. In: QUINN, G.; ARNARDÓTTIR, O.M. (Ed.). **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives.** Leiden: Martinus Neijhoff. p. 215-256.

_____. 2009b. Disability and human rights: A new field in the United Nations. In: KRAUSE, C.; SCHEININ, M. (Ed.). **International protection of human rights: A textbook.** Turku: Åbo Akademi University. Institute for Human Rights. p 247.

SECRETARIAT OF THE AFRICAN DECADE OF PERSONS WITH DISABILITIES. 2011. **About the Secretariat.** Disponible en: <<http://africandecade.org/about-2/>>. Visitado el: 26 Feb. 2011.

SOUTH AFRICA. 1996a. **Constitution of South Africa Act 108 of 1996.**

_____. 1996b. **South African Schools Act 84 of 1996.**

_____. 1998. **Employment Equity Act 55 of 1998.**

_____. 2000. **Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000.**

_____. 2002. **Mental Health Care Act** 17 of 2002.

_____. 2004. **Social Assistance Act** 13 of 2004.

_____. 2005. **Children's Act** 38 of 2005.

STEIN, M.A.; LORD, J.E. 2009. Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In: QUINN, G.; ARNARDÓTTIR, O.M. (Ed.). **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives**. Leiden: Martinus Neijhoff. p. 17-40.

STEINER, H.J.; ALSTON, P.; GOODMAN, R. 2007. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press.

UGANDA. 1995. **Constitution of the Republic of Uganda, 1995**.

_____. 1997. **Local Government Act**.

_____. 2003. **National Council for Disability Act**.

_____. 2006. **Persons with Disabilities Act**.

UNITED NATIONS. 1975. General Assembly. **Declaration on the Rights of Disabled Persons**. Resolution 3447 (XXX) of 9 December 1975.

_____. 1982. **World Programme of Action Concerning Disabled Persons**. Resolution 37/52 of 3 December 1982.

_____. 1991. **Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care**. Resolution 46/119 of 17 December 1991.

_____. 1993. **Standard Rules on the Equalisation of Opportunities for Persons with Disabilities**. Resolution 48/96 of 20 December 1993.

_____. 2002. **Report of the *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Promotion and Protection of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities**, A/57/357, para. 4. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoca57357e.htm>>. Visitado el: 26 Feb. 2011.

_____. 2006. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol**. UN Doc A/61/611, entered into force on 3 May 2008.

_____. 2011. Ratification status of the CRPD and Optional Protocol. Disponible en: <<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>>. Visitado el: 26 Feb. 2011.

UNITED REPUBLIC OF TANZANIA. 1977. **Constitution of the United Republic of Tanzania, 1977**.

_____. 2010. **Persons with Disabilities Act No 9 of 2010**.

VILJOEN, F. 1998. Supra-national human rights instruments for the protection of children in Africa: The Convention on the Rights of the Child and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child. **The Comparative & International Law Journal of Southern Africa**, Pretoria, v. 33, p. 199.

- _____. 2001. Africa's Contribution to the Development of International Human Rights and Humanitarian Law. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 1, n. 1, p. 18-39.
- _____. 2007. **International Human Rights Law in Africa**. Oxford: Oxford University Press.
- YESHANEW, S.A. 2008. The Justiciability of Human Rights in the Federal Democratic Republic of Ethiopia. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 8, n. 2, p. 273-293.
- ZELEZA, P.T. 2004. Introduction: The Struggle for Human Rights in Africa. In: ZELEZA, P.T.; McCONNAUGHAY, P.J. **Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. p. 1-18.

Jurisprudencia

- AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 2003. **Purohit and Moore v. The Gambia**. Communication 241/2001.
- SOUTH AFRICA. 1995. Constitutional Court. **S v. Makwanyane and Another** 1995 (6) BCLR 665 (CC).
- _____. 2001. Constitutional Court. **Hoffman v. South African Airways**. 2001 (1) SA 1 (CC).
- _____. 2005. Labour Court. **Independent Municipal and Allied Trade Union (IMATU) and Another v. City of Cape Town**. [2005] 10 BLLR 1084 (LC) (18 July 2005).
- _____. 2007. Labour Court. **Standard Bank v. Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration (CCMA)**. [2008] 4 BLLR 356 (LC) (25 December 2007).
- _____. 2010. High Court, Western Cape Division. **Western Cape Forum for Intellectual Disability v. The Government of the Republic of South Africa, Government of the Province of the Western Cape**. Case Number 18678/2007, unreported judgment dated 11 November 2010.
- UGANDA. 2009. Supreme Court of Uganda. **Attorney-General v. Susan Kigula and Others**. Constitutional Appeal 03 of 2006, unreported judgment dated 21 January 2009.
- UNITED REPUBLIC OF TANZANIA. 1990. Tanzania High Court. **Ephraim v. Pastory**. (2001) AHRLR 236.

NOTAS

1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución A/RES/61/106) el 13 de diciembre de 2006 y entraron en vigor el 3 de mayo de 2008.
2. Cuatro jurisdicciones en África Austral y Oriental fueron seleccionadas: Sudáfrica, la República Federal Democrática de Etiopía, la República Unida de Tanzania y Uganda. Se reconoce que estas jurisdicciones no son representativas de África como tal – o, de hecho, del África anglófona o de los países de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (CDAA) más Etiopía. Con una muestra de sólo cuatro entre 54 naciones, poco más que una discusión “cualitativa” es posible – ni siquiera es realmente posible distinguir tendencias.
3. Un argumento similar puede hacerse respecto a los derechos de las mujeres; sin embargo, podría decirse que esta situación ha sido abordada mediante la adopción, en 2003, del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África.
4. Aunque en este artículo usamos términos generalizados tales como “el enfoque africano” y “el contexto africano”, al mismo tiempo rechazamos cualquier suposición respecto a la existencia de una “experiencia africana” homogénea que se aplique a todas las personas con discapacidad en la región.
5. En la literatura ha habido mucha discusión sobre la naturaleza de los derechos humanos en África, incluyendo el debate entre universalistas y relativistas culturales (COBBAH, 1987, p. 320; ZELEZA, 2004, p. 13; IBHAWOH, 2004, p. 29; HEYNS; VILJOEN, 2004, p. 129; OLOWU, 2009, p. 51).
6. Este artículo no pretende hacer un análisis exhaustivo de la arquitectura regional africana. Hay, por ejemplo, varias iniciativas de la Unión Africana tales como la Nueva Alianza para el Desarrollo de África (NEPAD) y el Mecanismo Africano de Evaluación Inter pares, que hemos omitido debido a limitaciones de espacio. Lo mismo se aplica a programas de la UA como la Dirección de Asuntos Sociales, que tiene a su cargo el tema de la discapacidad.
7. La Asamblea General Permanente del Consejo Económico, Social y Cultural de la Unión Africana (ECOSOCC) fue electa el 8 de septiembre de 2008 en Dar es Salaam, República Unida de Tanzania.
8. La Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernanza fue adoptada el 30 de enero de 2007 y la Carta de la Juventud Africana el 2 de julio de 2007. Ambas requieren 15 ratificaciones para entrar en vigor. Al momento de escribir este artículo, 20 Estados han ratificado la segunda.
9. Para fácil referencia, en este artículo nos referimos al documento como “la Carta Africana”.
10. Los hallazgos de la Comisión Africana no son legalmente vinculantes. En 1998 fue adoptado el Protocolo de la Carta Africana sobre el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“el Protocolo de la Corte Africana”); sin embargo, debido a la lenta ratificación por los Estados Miembros, éste no entró en vigor sino hasta el 25 de enero de 2004. (Mientras tanto, el Protocolo de la Corte de Justicia de la Unión Africana había sido adoptado el 11 de julio de 2003 y se habían adoptado medidas para la fusión de ambas cortes. La corte combinada es conocida como Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos.) Los primeros once magistrados de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos fueron electos en 2006, y al momento de escribir este artículo la Corte ya está funcionando. Puede recibir casos de los Estados Miembros y de la Comisión Africana, como también de personas a título individual y ONG con condición de observadoras ante la Comisión Africana, siempre y cuando el Estado Miembro en cuestión haya reconocido la jurisdicción de la Corte respecto al acceso directo por personas individuales y ONG (Artículos 5(3) y 34(6) del Protocolo de la Corte Africana – arriba).
11. La Declaración Americana contiene varios artículos que detallan los deberes de toda persona ciudadana, incluyendo los de “asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad”, “adquirir a lo menos la instrucción primaria”, “obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país” y “trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1948, Artículos XXX, XXXI, XXXIII y XXXVIII).
12. Ésta es la única comunicación relacionada con la discapacidad que se ha llevado ante la Comisión Africana hasta la fecha.
13. El mandato del ARI, aunque aún basado en los objetivos originales, ha sido adaptado para incluir nuevas demandas y progresos sociales, tomando en consideración el desarrollo de capacidad de los gobiernos y las preocupaciones de las organizaciones de personas con discapacidad. Por lo tanto, el mandato incluye promover y alentar, entre los Estados Miembros de la UA, la implementación del Plan de Acción Continental para el Decenio Africano de las Personas con Discapacidad y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA, 1985).
14. El órgano de vigilancia de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño es el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, que celebró su primera sesión en 2002.

15. Para los propósitos de esta Carta, “menores” son personas de 15 a 17 años y “jóvenes” o “personas jóvenes” se refiere a las comprendidas entre 15 y 35 años de edad.

16. La Carta no hace referencia a jóvenes con discapacidad sensorial. No está claro si se les debe simplemente incluir en las descripciones ya sea de “jóvenes con discapacidad” o de “jóvenes con necesidades especiales”.

17. En este contexto, también debe enfatizarse la importante función del Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana (establecido en 2002) en situaciones post-conflicto. Entre otros deberes, el Consejo debe brindar asistencia en el reasentamiento y reintegración de personas refugiadas y las desplazadas internamente, particularmente las vulnerables, incluyendo a niñas, niños, personas de la tercera edad, mujeres y otros grupos traumatizados en la sociedad. Al diseñar medidas preventivas, el Consejo debe alentar a organizaciones no gubernamentales, de base comunitaria y otras de la sociedad civil, sobre todo las organizaciones de mujeres, a que participen activamente en los esfuerzos dirigidos a promover la paz, la seguridad y estabilidad en África.

18. En lo que concierne al derecho internacional, tales declaraciones constituyen la llamada “ley blanda” y por lo tanto no tienen efecto vinculante.

19. El establecimiento de grupos de trabajo ha sido uno de los mecanismos especiales que la Comisión Africana ha utilizado para abordar asuntos temáticos específicos de derechos humanos.

20. Copia en archivo del autor y la autora.

21. Las graves implicancias de esta situación son sucintamente expuestas por Evans y Murray (2008, p. 63).

22. Instrumentos adoptados por la Asamblea General de la ONU: Declaración de los Derechos de los Impedidos (NACIONES UNIDAS, 1975); Programa de Acción Mundial para los Impedidos (NACIONES UNIDAS, 1982); Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (NACIONES UNIDAS, 1991); y Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (NACIONES UNIDAS, 1993). Instrumentos adoptados por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1955); Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1983a); y Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1983b).

23. Este asunto está fuera del alcance del presente artículo.

24. Dicha profundización habría dado lugar, entre otras cosas, a una perspectiva sobre por qué ciertos grupos o sectores parecen estar aún más marginados dentro de los sectores ya marginados de personas con discapacidad – por ejemplo, personas con albinismo en Tanzania. Ver Parlamento Europeo (2008).

25. Un aspecto crucial de la aplicación de la Convención que no hemos considerado aquí son los mecanismos para aplicación estipulados en el Artículo 33 – es decir, puntos focales nacionales, mecanismos de coordinación y mecanismos independientes.

26. Esta tradicional distinción binaria es susceptible de crítica; sin embargo, es útil para enfatizar las diferencias básicas entre sistemas jurídicos respecto a la recepción de obligaciones en virtud de tratados internacionales (LORD; STEIN, 2008, p. 451).

27. Con frecuencia, este proceso es llamado “domesticación” o “nacionalización”.

28. La Ley enumera casos específicos de discriminación en función de raza, sexo y discapacidad. La Sección 9 estipula que ninguna persona puede ser discriminada injustamente por discapacidad, incluyendo —

(a) negarle o retirarle a ninguna persona con discapacidad cualquier facilidad de apoyo o propiciadora necesaria para su funcionamiento en la sociedad;

(b) contravenir el código de práctica o los reglamentos de la Dirección Sudafricana de Estándares que rigen la accesibilidad ambiental.

(c) no eliminar obstáculos que injustamente limitan o impiden que las personas con discapacidad disfruten de iguales oportunidades, o no adoptar medidas a fin de hacer ajustes razonables para atender sus necesidades.

29. Se ha argumentado ante la Corte Constitucional que ésta debería abordar la discriminación por estado de VIH como discriminación relacionada con la discapacidad; sin embargo, la Corte se rehusó a hacerlo y decidió la cuestión sólo por discriminación por estado de VIH (Sudáfrica, *Hoffman vs. Líneas Aéreas Sudafricanas*, 2001).

30. La Constitución de la República Federal Democrática de Etiopía fue adoptada el 8 de diciembre de 1994 y entró en vigor en agosto de 1995 (REPÚBLICA FEDERAL DEMOCRÁTICA DE ETIOPÍA, 1995).

31. La Cámara de la Federación puede considerarse la “Cámara Alta” o “Segunda Cámara” del Parlamento bicameral etíope (FESSHA, 2006, p. 53). El Consejo de Investigaciones Constitucionales es un órgano conformado por miembros del poder judicial, especialistas jurídicos nombrados por la Cámara de Representantes del Pueblo (Cámara Baja) y tres miembros de la Cámara de la Federación designados por ésta, a fin de examinar asuntos constitucionales y presentar sus recomendaciones a la Cámara de la Federación para una decisión final.

32. En la Proclamación, “persona con discapacidad” es aquella “cuyas oportunidades de empleo igualitario se reducen como resultado de sus deficiencias físicas, mentales o sensoriales en relación con la discriminación social, económica y cultural”.

33. “Discriminación” significa “dar un trato diferente en la oportunidad de empleo en función de la discapacidad; siempre y cuando, no se trate de requisitos inherentes al trabajo o de las medidas de acción afirmativa”.

34. “Ajustes razonables” son modificaciones o adaptaciones respecto al equipo en el lugar de trabajo, los requisitos del trabajo, las horas de trabajo, la estructura del negocio y el ambiente laboral, con miras a incorporar a personas con discapacidad en el empleo.

35. “Carga indebida” significa una acción que conlleva una dificultad o un gasto considerable para el empleador en cuanto a incorporar las necesidades de las personas con discapacidad cuando se tienen en cuenta el carácter y costo de los ajustes, el tamaño y estructura del negocio, el costo de sus operaciones y la cantidad y composición de su personal.

36. Varios de estos Principios Rectores son de particular importancia para las personas con discapacidad (por ejemplo, el Principio Rector VI, que exige al Estado asegurar el equilibrio de género y una representación justa de grupos marginados en todos los órganos constitucionales y otros; y el Principio Rector XI(i), que estipula que el Estado debe dar la más alta prioridad a la promulgación de legislación que establezca medidas para proteger y aumentar el derecho de las personas a igualdad de oportunidades en el desarrollo). Sin embargo, el Principio Rector XVI es el único que específicamente se refiere a personas con discapacidad, reconociendo su derecho al respeto y la dignidad humana.

37. Se ha observado que, en la práctica, esta disposición ha conducido a un incremento significativo en la representación de personas con discapacidad en los gobiernos locales de Uganda (RED DE SOBREVIVIENTES DE MINAS ANTIPERSONAL, 2007, p. 20).

38. Por ejemplo, la Corte Suprema de Uganda se basó en el derecho internacional para emitir su dictamen sobre la pena de muerte en el caso *Fiscal General vs. Susan Kigula y otros* (UGANDA, 2009).

39. La Ley de 2006 fue precedida por la Ley del Consejo Nacional para la Discapacidad, que fue adoptada en 2003 (y continúa en vigor). Esta Ley estableció el Consejo Nacional para la Discapacidad, cuyo mandato es promover los derechos de las personas con discapacidad tal como están consagrados en convenciones e instrumentos legales internacionales, la Constitución y otras leyes. El Consejo es el órgano mediante el cual las necesidades y preocupaciones de las personas con discapacidad pueden ser comunicadas al Gobierno y

sus agencias para acción. Aunque la Ley se refiere a las Normas Uniformes (de la ONU) sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y a la Constitución como estándares que deberían orientar al Consejo, no define los derechos de las personas con discapacidad (MBAZIRA, 2009, p. 42).

40. La UPDA brinda una explicación tanto de “discapacidad” como de “persona con discapacidad” en la cláusula sobre definiciones. La “discapacidad” es definida como “una limitación funcional sustancial de las actividades de la vida cotidiana causada por deficiencia física, mental o sensorial y barreras ambientales que conducen a una participación limitada”; “persona con discapacidad” es aquella que “tiene una deficiencia física, intelectual, sensorial o mental que limita sustancialmente una o más de las principales actividades de su vida”. Luego la Ley indica que las “codificaciones de discapacidad” en su Clasificación 1 determinarán (a) si una deficiencia plantea una limitación funcional sustancial de las actividades cotidianas, o (b) si una deficiencia tiene un efecto a largo plazo sobre la persona (Artículo 4(1) y (2)). Además, se debe consultar a un profesional médico y a cualquier organización pertinente de o para personas con discapacidad. La Clasificación 1 contiene una amplia lista de estas “codificaciones de discapacidad”. Por ejemplo, bajo el título “Enfermedades de la piel” se encuentran “enfermedades de la piel y los tejidos celulares”.

41. Por ejemplo, bajo “Trastornos mentales” en la Clasificación 1 figuran los siguientes: “psiconeurosis (por ejemplo, ansiedad o histeria obsesiva); otras enfermedades mentales y subnormalidad mental”. Además de que estas “definiciones” pueden ser científicamente objetables, la terminología empleada acá es lamentable. Ver también nuestros comentarios sobre la terminología en la sección 2.1 arriba.

42. La CDPD no intenta definir la “discapacidad”; por el contrario, señala que el término “personas con discapacidad” incluye “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” (Artículo 1).

43. La Unión Nacional de Personas con Discapacidad de Uganda (NUDIPU), fundada en 1987, es una organización paraguas de organizaciones de personas con discapacidad (OPD) física, mental, intelectual y sensorial. Entre sus miembros hay OPD nacionales y uniones distritales de personas con discapacidad, incluyendo asociaciones de personas sordas, ciegas y con discapacidad física, organizaciones de personas con discapacidad psicosocial y organizaciones de personas con epilepsia. Aunque la NUDIPU es una ONG, su rol en ayudar a la elección de parlamentarios y parlamentarias que representan a personas con discapacidad figura

explícitamente en la Sección 118 de la Ley de Gobiernos Locales, 1997 (HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 65, 250).

44. De conformidad con la Sección 6 de la Ley del Consejo Nacional para la Discapacidad, 2003, el Consejo tiene el mandato de brindar asistencia a la comisión electoral en la realización de elecciones de parlamentarios y parlamentarias que representan a personas con discapacidad.

45. Al momento de escribir este artículo, Human Rights Watch había identificado a 11 prisioneros con discapacidad psicosocial o mental a quienes se les halló inocentes de delitos por motivos de “demencia” pero fueron devueltos por los tribunales a prisión, donde se les pone indefinidamente bajo estado de “órdenes del ministro” hasta que el ministro decida un curso de acción. Según la ley penal ugandesa, una vez que un juez le instruye a una persona esperar la orden del ministro, el ministro debe determinar si la persona ha de ser puesta en libertad o bajo “cuidado de custodia apropiado”. Un detenido ha estado esperando la orden del ministro por 16 años y otro por más de diez. Los nueve detenidos restantes la han esperado entre uno y seis años (HUMAN RIGHTS WATCH, 2011).

46. Inicialmente, la Constitución no contenía una Declaración de Derechos Individuales; este Capítulo fue introducido en ella mediante la Quinta Enmienda a la Constitución.

47. El Artículo 13(5) dice: “Para los propósitos de este Artículo, la expresión “discriminar” significa satisfacer las necesidades, los derechos u otros requerimientos de diferentes personas sobre la base de su nacionalidad, tribu, lugar de origen, opinión política, color, religión o *posición social en la vida de tal modo que ciertas categorías de personas son consideradas débiles o inferiores y sometidas a restricciones o condiciones, mientras que a personas de otras categorías se les trata de manera diferente o no se les otorgan oportunidades*

o ventajas fuera de las condiciones especificadas o las cualificaciones necesarias prescritas” (REPÚBLICA UNIDA DE TANZANIA, 1977, las cursivas son nuestras).

48. Por ejemplo, el Artículo 25 señala: “El trabajo por sí mismo crea la riqueza material en la sociedad y es la fuente del bienestar de la gente y la medida de la dignidad humana. Por consiguiente, cada persona tiene el deber de (a) participar voluntaria y honestamente en trabajo legítimo y productivo; y (b) observar la disciplina de trabajo y esforzarse por alcanzar las metas individuales y colectivas de producción deseadas o establecidas por la ley” (REPÚBLICA UNIDA DE TANZANIA, 1977).

49. Debe señalarse que la República Unida de Tanzania incluye tanto las islas de Zanzíbar como Tanzania “continental”, que tienen capacidad legislativa autónoma en ciertas esferas. La TPDA fue aprobada en Tanzania *continental* y se aplica sólo a ésta, por lo que excluye Zanzíbar.

50. Comparar, por ejemplo, el Artículo 4, que establece los principios básicos de la Ley, con los Principios generales de la CDPD: el principio de “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas” según figura en el Artículo 3(d) de la CDPD no aparece en la TPDA. La Ley tampoco incluye el principio de respetar la evolución de las facultades de niños y niñas con discapacidad (Artículo 3(h)). A su vez, la TPDA agrega un principio que no figura en la CDPD: “proporcionar un estándar básico de vida y protección social” (Artículo 4(g)). Otra interesante área de comparación es la cláusula de definiciones – ver, por ejemplo, la definición de “persona con discapacidad” en la TPDA, que difiere significativamente del texto en la CDPD.

51. De nuevo, las diferencias entre la TPDA y el texto de la Convención requieren un mayor escrutinio; sin embargo, una discusión amplia está fuera del alcance de este artículo.

ABSTRACT

This article considers the potential impact of the adoption of the UN Convention of the Rights of Persons with Disabilities on both the African regional human rights system and selected domestic legal systems in southern and eastern Africa, against a historic background of “benign neglect” of disability rights. It first provides an overview of the current protection of disability rights in the African regional human rights system; secondly, it demonstrates the African regional contribution to the coming into being of the Disability Convention; thirdly, it considers the prevailing debates with respect to options for improving the position of persons with disabilities in Africa; thereafter it briefly examines the legal dispensations of South Africa, the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Uganda and the United Republic of Tanzania in respect of disability. It concludes with recommendations in respect of aligning both regional and national systems with the Disability Convention.

KEYWORDS

Disability rights law – African regional human rights system – Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol – African states – Domestic incorporation

RESUMO

Este artigo analisa o impacto provável da adoção da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tanto no sistema regional de direitos humanos vigente na África, quanto em certos ordenamentos jurídicos nacionais na África austral e oriental, em contraponto a um contexto histórico de “omissão benigna” no que diz respeito a direitos de pessoas com deficiência. Em primeiro lugar, este artigo apresenta um visão geral sobre a proteção, ora existente no sistema regional africano de direitos humanos, aos direitos de pessoas com deficiência. Em segundo lugar, este trabalho discute a contribuição regional africana para a elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Em seguida, em terceiro lugar, o presente artigo avalia os debates predominantes sobre quais seriam as alternativas para melhorar a condição de pessoas com deficiência na África. Este artigo, portanto, analisa sucintamente as exceções legais referentes à deficiência existente na África do Sul, República Federativa Democrática da Etiópia, Uganda e a República Unida da Tanzânia. Ao fim, os autores fazem recomendações sobre como harmonizar os ordenamentos jurídicos nacionais e o sistema regional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

PALAVRAS-CHAVE

Legislação sobre direitos de pessoas com deficiência – Sistema regional africano de direitos humanos – Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Opcional – Estados africanos – Internalização de tratados.



STELLA C. REICHER

Stella C. Reicher es abogada graduada de la Facultad de Derecho de Curitiba (2002) y con master en derecho por la Universidad de San Pablo (USP) en el área de concentración de derechos humanos (2009). Es socia del estudio Figueirêdo Lopes, Golfieri, Reicher y Storto Abogados. Actúa en proyectos e iniciativas con foco en la promoción, garantías e implementación de los derechos humanos. Asimismo, presta asesoría jurídica a organizaciones del tercer sector,

empresas y organismos públicos en la estructuración e implementación de políticas, programas y proyectos de interés público. Es co-corresponsal por Brasil en el International Center for Non-profit Law (ICNL) en el proyecto United States International Grantmaking (USIG).

Email: stella@flgadv.com.br

RESUMEN

Este ensayo pretende examinar la interrelación entre la igualdad, la diversidad humana, la discapacidad y participación política, a partir de la crítica que el abordaje de las capacidades, visto desde el punto de vista de Martha Nussbaum, plantea sobre el tema.

Original en portugués. Traducido por Claudia Otero.

Recibido en marzo de 2011. Aceptado en mayo de 2011.

PALABRAS CLAVE

Igualdad – Diversidad humana – Personas con discapacidad – Capacidades – Contrato social



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

DIVERSIDAD HUMANA Y ASIMETRÍAS: UNA RELECTURA DEL CONTRATO SOCIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS CAPACIDADES

Stella C. Reicher¹

Los seres humanos son diversos en su naturaleza biológica y psicológica, origen étnico, género y orientación sexual; en relación con sus elecciones de vida, preferencias musicales, gustos alimenticios y prácticas religiosas. Se organizan socialmente de diversas formas, interactúan de formas complejas y así viven en sociedad. Sin embargo, hay trazos comunes como su naturaleza política y humana.

La heterogeneidad forma parte de lo que somos y por eso, hablar de igualdad significa (re)conocer las diferencias. Pensar en igualdad a la luz de la diversidad humana exige re(conocer) la existencia de individuos, de grupos y sus interrelaciones, teniendo en cuenta las especificidades de cada uno. De la misma forma, exige emprender esfuerzos para que se respeten a todos los individuos en sus peculiaridades, y de la misma forma, que éstos tengan acceso a los medios que permitan el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

En esta dirección, la construcción de una sociedad justa e inclusiva exige una amplia participación política de todos los ciudadanos, a fin de que las diferencias se consideren en la formulación de los acuerdos colectivos, de políticas públicas, y en el desarrollo de programas y proyectos.

Este ensayo pretende examinar la interrelación entre la igualdad, la diversidad humana, la discapacidad y la participación política, a partir de la crítica que el abordaje de las capacidades, visto desde el punto de vista de Martha Nussbaum, plantea sobre el tema. Lo que se plantea en este artículo, no obstante, no es indicar respuestas, sino instigar al lector a reflexionar sobre las posibilidades de aplicación y práctica de estos conceptos como base para la implementación de los derechos humanos, en especial, los de las personas con discapacidad.

Ver las notas del texto a partir de la página 186.

1 El abordaje de las capacidades

Elaborada a partir de críticas a la teoría contractualista de justicia y los análisis económicos de desarrollo, que se basan en las nociones de utilidad, igualdad de distribución y en la maximización de los recursos—que no se estudiarán aquí— el abordaje de las capacidades se puede entender como un marco normativo que permite la evaluación y el alcance del bienestar individual y de ajustes sociales, la elaboración de políticas públicas y la implementación de cambios sociales con vistas a la plena realización de los seres humanos.²⁻³

Teniendo como foco algunas habilidades centrales, el estudio de las capacidades resalta la idea de oportunidades, principalmente la de elección y ejercicio de los derechos y la de la posibilidad de que las personas tomen sus propias decisiones con base en diferentes concepciones de lo que consideran una vida placentera. Asimismo el proceso de concretización de los derechos no depende solo de su reconocimiento formal, este abordaje preconiza la promoción de la autonomía individual a través de la conjugación de (i) derechos civiles y políticos; (ii) derechos económicos, sociales y culturales; (iii) libertad de y para decidir y efectuar elecciones; y (iv) la garantía de la potencialidad para demandar y ejercer derechos.

Al combinar el concepto de desarrollo humano y el de garantía de derechos, y comparar las diferencias sociales, no solo desde la óptica de los factores económicos determinantes, el enfoque de las capacidades considera la influencia que las especificidades que componen la diversidad humana pueden tener en el proceso de generar y/ o mantener estas desigualdades.

Para David A. Clark, en el marco de las capacidades se reconoce la heterogeneidad humana y la diversidad y se consideran las disparidades existentes entre los grupos. Como por ejemplo, las que se refieren a la cuestión de género, naturaleza étnica, clase o edad y por qué no, a la discapacidad. Se trata entonces, de un abordaje que incluye la conducta humana y la participación, que toma en cuenta el hecho de que individuos diferentes, culturas y sociedades pueden tener diferentes valores y aspiraciones. (CLARK, 2005a, p. 5)

En este sentido, más allá del acceso que las personas tienen a los bienes, derechos y recursos, considera el potencial que se tiene para disfrutarlos, las distintas formas de vida que llevan y el contexto social en el que se inserten. Se presta especial atención a las barreras que impiden las conquistas de la libertad, de oportunidades y de bienestar material y/o que interfieren en la plenitud de su aprovechamiento y goce. Como por ejemplo, los papeles y las responsabilidades desiguales que se le atribuyen a cada miembro dentro del espacio familiar, los obstáculos que las normas y valores de la tradición cultural le imponen a las mujeres, la accesibilidad, en todas las formas de manifestación, a las personas con discapacidad.

Para ilustrar cómo la teoría de las capacidades opera, pensemos en un diagnóstico que considere la pobreza individual a partir de una línea hipotética basada en la renta mínima. ¿Qué se diría de la situación de dos personas que se encuadran igualmente sobre esta línea de pobreza? La primera respuesta que se nos ocurre, normalmente nos lleva a concluir que ambas tienen una igualdad en sus condiciones de vida. Sin embargo, ¿será que tendríamos la misma opinión si

supiéramos que una de ellas sufre de una enfermedad grave que le exige realizar sesiones periódicas de diálisis, o si por ejemplo, es una persona con discapacidad que necesita diariamente ejercicios de rehabilitación para sentirse bien físicamente?

El hecho es que, para tratar sobre la promoción de la igualdad, es premisa comprender qué igualdad es esa. Al levantar la cuestión de la “igualdad en que”, la teoría de las capacidades indica que la igualdad que se busca es aquella que respeta la diversidad humana y se preocupa por el potencial que cada individuo tiene para acceder y se vale de bienes, recursos y derechos que le son asegurados, a la luz de las dificultades y barreras con las cuales puede encontrarse a lo largo de su vida. Es a través de este análisis atento sobre las diferencias, características y sobre la realidad de cada persona, que el enfoque de las capacidades promueve y despierta interés.

2 Contractualismo: disparidades y dilemas no resueltos

Realizadas estas consideraciones generales, dedicaremos algunas líneas para tratar la base filosófica sobre la cual este abordaje se desarrolló, a saber, el contractualismo, y apuntar algunas de las limitaciones teóricas que la teoría de las capacidades intenta plantear.

El contractualismo, en cuanto doctrina política, se fundamenta en las nociones de cooperación social y en la obtención de ventajas mutuas. Parte de la idea de que la sociedad, al prescindir del uso de la fuerza y de tomar para sí la propiedad ajena, realiza entre sí un contrato, a través del cual opta por dejar de vivir en el estado de naturaleza y someterse al imperio de las leyes, a partir de una única voluntad direccionada a la preservación común y al bienestar general.⁴

En este período inicial, o estado de naturaleza, las personas se consideran “libres, iguales e independientes” y no conocen cualquier especie de desventaja o de forma de dominación, lo que permitiría, dentro de este contexto de isonomía, que las reglas políticas fueran delineadas para proteger a todos de la misma manera.

Para los contractualistas, cuando destituimos a los seres humanos de las “desventajas artificiales”, como la riqueza, clase social, educación y otras, la formalización de este contrato social se daría con base en principios justos, diseñados por personas que se encuentran en plena igualdad de condiciones de vida. Como el mecanismo utilizado para la selección de los principios políticos operaría de forma igualitaria y justa, en teoría, el conjunto de directrices seleccionadas como consecuencia de este proceso sería considerado igualmente justo, pues, de acuerdo con Martha Nussbaum “[...] de un procedimiento que no admite ventajas antecedentes por parte de ningún individuo, nosotros hemos extraído un conjunto de normas que protegen debidamente el interés de todos”. (NUSSBAUM, 2006, p. 10).

En medio de este acuerdo colectivo, donde las personas se encuentran en igualdad de condiciones y la cooperación social es un camino viable para la obtención de ventajas mutuas, la justicia estaría en el contenido de los principios políticos seleccionados y también en la propia legitimidad política que sedimentó su elaboración, ya que, en resumidas cuentas, tales principios reflejarían las elecciones que los ciudadanos libres, iguales e independientes hicieron para regir su vida en sociedad.

Partiendo de la lógica contractualista, la teoría rawlsiana comprende dos momentos distintos. En el primero, trata sobre la elección inicial de los juicios morales; en el segundo, se refiere a la preocupación con la equidad, pues todas las personas deberían ser reconocidas como iguales y como un fin en sí mismas. Dentro de este marco, los principios de justicia serían, pues, aquellos que de acuerdo con Rawls “[...] las personas libres y racionales preocupadas en ampliar sus propios intereses, aceptarían una posición inicial de igualdad” (NUSSBAUM, 2006, p. 11).

El contractualismo rawlsiano, trajo avances a las teorías de justicia. Por tratarse de una teoría procedimental de justicia, rechaza el discurso de los derechos naturales al sostener que la justicia no se alcanza a través de los resultados, sino por la equidad e imparcialidad del procedimiento adoptado – todo lo que deriva de esa condición inicial justa e igualitaria será también igualmente justo. Asimismo, incluye elementos morales en la fase de definición del contrato social y reconoce, bajo el velo de la ignorancia, la igualdad de todos los seres humanos en valor y en capacidades, y destaca la imparcialidad moral que debe permear la elección de los principios políticos.⁵

Ocurre, que si bien más tarde describe la sociedad como un sistema justo de cooperación en el tiempo, para Nussbaum, Rawls trabajó con el concepto de ventajas mutuas y no consideró de forma integrativa las ideas de reciprocidad, amor y cuidado, que en gran parte se refieren a las relaciones de dependencia y a las fragilidades que forman parte de la vida humana. De esta forma, se limita la definición de los actores considerados aptos para participar en el proceso de preparación de los principios políticos, que son, en última instancia, los propios destinatarios de estas directrices.

En relación con ese punto, el enfoque de las capacidades trabaja desde una lógica diversa. Parte de la evaluación de los resultados que se pretenden alcanzar, y así determina el procedimiento más adecuado para la reducción de las desigualdades y la efectiva promoción de la justicia. Desde una perspectiva que se centra en el individuo, en la persona humana, el estudio de las capacidades intenta avanzar sobre estas cuestiones que el contractualismo clásico y la teoría rawlsiana dejan al descubierto.

3 Contractualismo y Diversidad Humana: personas con discapacidades y otras asimetrías

La concepción de comunidad política que Rawls propone, no es la de un grupo que se vincula en virtud de los lazos históricos, afectivos, lingüísticos, entre otros, sino un sistema equitativo de cooperación, que presume la participación conjunta de todos, con vistas a la obtención de ventajas mutuas. Para Cicero Romão de Araújo, esta comunidad “se concibe, racionalmente como un sistema cooperativo – en el sentido casi económico de una asociación cuyos miembros, al brindar su aporte para la preservación o éxito de un emprendimiento común, tienen derecho de esperar que sus frutos también se repartan equitativamente.” (ARAÚJO, 2002, p. 80-81).

Lo que ocurre es que, cuando Rawls idealiza una comunidad política a partir de la cooperación conjunta de todos para la distribución equitativa de los resultados, presupone que los individuos, en su condición de ciudadanos, tienen todas las capacidades que les permite ser miembros normales e integrales de la sociedad.

Esta igualdad, en relación con la capacidad para que todas las personas sean miembros y participen activamente de la sociedad en la que se inserten, se manifestaría en dos momentos distintos: (i) en la distribución de los frutos producidos por el esfuerzo conjunto; y (ii) en la elaboración de los principios políticos. Sin embargo, esa “isonomía”, merece atención. En primer lugar, porque el hecho de que se les garantice a todos los ciudadanos un “quién equitativo”, o sea el derecho a una participación igualitaria en los resultados que devienen de la mutua cooperación, no asegura que las personas puedan disfrutarlas de igual forma.

Aunque, la participación de los frutos originados por este sistema cooperativo es equitativa, la capacidad de aprovecharlos, sean estos bienes, recursos y/o derechos, no obedece a la misma lógica, y varía de acuerdo con las especificidades de cada ser humano.

Esta interpretación que plantea que la igualdad de capacidades es una premisa que asegura a todos una plena cooperación y, consecuentemente, una participación ecuánime en todo aquello que se produce en ese sistema equitativo, es equivocada, o como mínimo limitada, ya que no considera las particularidades de cada individuo, ni la noción de diversidad humana.

De acuerdo a lo que señala Amartya Sen, los seres humanos difieren tanto en las características externas y circunstanciales, como en los ambientes naturales en los que viven, como en el número de oportunidades que experimentan de acuerdo a las sociedades en las que se encuentran insertos, como en razón de las características personales, sean la edad, el sexo, las aptitudes físicas y mentales. (SEN, 2008, p. 50-51). Como resultado de estas diferencias, las personas contribuyen al bien colectivo y disfrutan de los resultados logrados, de varias formas.

Para ejemplificar, pensamos, en la garantía de acceso a la educación y al trabajo. Si bien la mayoría de las Constituciones democráticas asegura este derecho con isonomía a todos los ciudadanos, aspectos como los de género, origen étnico y discapacidad, interfieren directamente en la capacidad que tienen las personas de disfrutarlo. En esta dirección, para que diferentes personas puedan disfrutar un mismo derecho, a veces, es necesario que se adopten medidas que posibiliten su aprovechamiento pleno, como es el caso de las cuotas para las personas con discapacidad en el mercado de trabajo y en la política de educación inclusiva.

La diversidad humana, es por lo tanto, un elemento de significativa importancia dentro de la evaluación de las desigualdades sociales, porque interfiere en la forma cómo los individuos se vinculan y participan (o no) en este “sistema de cooperación” y en los resultados obtenidos. En este sentido, cualquier teoría de justicia que se disponga a una efectiva promoción de la igualdad, debe mensurar los diversos aspectos de la vida sin disociarlos de las particularidades individuales. Ocurre que en el contractualismo rawlsiano las diferencias, innatas o no, que interfieren en la forma cómo las personas transitan por este sistema cooperativo no se tienen en cuenta.

El enfoque de las capacidades, a su vez, no contempla nada análogo a la concepción contractualista de que los seres humanos “son iguales en poder y habilidad”, por entender que las “[p]ersonas varían bastante sus necesidades por recursos y cuidados y que la misma persona puede tener una gran variación de necesidades a lo largo de su vida” (NUSSBAUM, 2006, p. 98).

Esta habilidad para reconocer la diversidad humana y las particularidades que comprenden la vida de cada individuo, es sin duda, una de las importantes contribuciones que trajo el abordaje de las capacidades.

En la misma dirección, merece destacarse el hecho de que no haya doctrina contractualista que incluya individuos con discapacidad dentro del rol de los actores capaces de estructurar los principios políticos que deberán regir la vida en sociedad. ¿Será esto una mera coincidencia? Nos parece que no.

Las teorías contractualistas parten del presupuesto de que estarían aptas a participar del proceso de creación de la estructura básica de la sociedad, todas las personas consideradas “libres, iguales e independientes”, ciudadanos cuyos intereses pueden definir ellos mismos, en cuanto “miembros integralmente cooperativos” y en general dotados de cierta “racionalidad idealizada” (NUSSBAUM, 2006, p. 98).

Cuando se coloca la trilogía libertad, igualdad e independencia como condición para el ejercicio de la participación activa de las personas en este proceso político de la construcción de principios, el abordaje de base contractualista deja de considerar el hecho de que no todos los seres humanos son libres, iguales e independientes y que tales atributos pueden no solo variar de persona a persona, sino también que pueden ser aprovechados de diferentes maneras por la misma persona a lo largo de su vida.

Las desigualdades que permean la vida de los individuos, las diferentes capacidades que poseen y la forma cómo las ejercitan no se tienen en cuenta en las corrientes contractualistas, razón por la cual no se aplican a los grupos vulnerables de un modo general, e incluso, al segmento de las personas con discapacidad.

En el modelo procedimentalista de Rawls, para que exista cooperación mutua y reciprocidad entre las personas que celebran el contrato social, se hace necesario evaluar *quién define los principios y a quien se dirigen*.

Reconocer que la elección de los principios políticos le cabe a las personas en situación de igualdad, o sea, a aquellas dotadas de las mismas capacidades- principalmente económica y productiva- excluye e impide que los individuos que integran los grupos vulnerables, tales como mujeres, las personas mayores, niños y también las personas con discapacidad, participen en este proceso político de construcción de la sociedad- argumento que en la raíz de una teoría de justicia, se muestra discriminatorio e inconcebible.

Se destaca, que si bien Rawls reconoce que la igualdad de capacidad de la personas para participar en este sistema mutuo de cooperación puede afectarse a lo largo de sus vidas, ya que no se puede asegurar que alguien jamás sufrirá una enfermedad o un accidente, por ejemplo, y que tales contingencias se deben prever para el propósito de su teoría de justicia, “[... la discapacidad física permanente o las enfermedades mentales graves que impiden que las personas sean miembros normales e integrales de la sociedad en el sentido habitual]” no se consideran en este momento de la definición de los principios (RAWLS, 2000, p. 217).

Al no considerarse “miembros normales e integrales de la sociedad en el sentido habitual”, las personas con serias discapacidades no podrían integrar el grupo responsable por la elaboración de los principios políticos, puesto que “no están entre aquellos para quienes y en reciprocidad con quienes las instituciones básicas de la sociedad se estructuran” (NUSSBAUM, 2006, p. 98).

Al considerar que las personas con discapacidad no constituirán una parte de este contrato que elabora mutuas ventajas, dada la imposibilidad de contribuir de forma recíproca con el todo, Rawls defiende una noción de igualdad limitada, que no reconoce el valor de la diversidad humana.

Pero, ¿cuáles son las consecuencias de la no participación directa de este segmento en el proceso de elaboración de los principios políticos en la teoría de Rawls? La ausencia de voz propia y las barreras impuestas a las personas con discapacidad en este momento de definición de las directrices políticas, refleja la existencia de una contradicción interna en el ámbito de la teoría contractualista. De acuerdo a lo que señala Martha Nussbaum, siendo los seres humanos “[...] realmente más o menos iguales en poderes y capacidades, parece arbitrario conceder a algunos una vasta autoridad y oportunidad en comparación a otros.” (NUSSBAUM, 2006, p. 31). Por lo tanto, la no inclusión de las personas con discapacidad dentro de la esfera de la definición de los principios, resulta en un tratamiento discriminatorio y desigual otorgado por el autor a ese y a otros grupos vulnerables.

En la práctica, como consecuencia de esta no participación en el acto en que se formulan los principios políticos, temas relevantes para la obtención de justicia social para este grupo de personas, como por ejemplo, una discusión sobre la ubicación del cuidado que requieren, el valor atribuido al trabajo de los que cuidan, los costos para su inclusión dentro del mercado de trabajo y en el proceso educativo, así como, la estructura necesaria para la manutención de los programas de seguridad social, el grupo responsable por la elaboración de los principios políticos podrá dejarlos de lado para posterior consideración, (NUSSBAUM, 2006, p. 33).

Desde el punto de vista de la justicia, al ignorar las fragilidades innatas a la naturaleza humana y a las situaciones de extrema dependencia a la que todos están sujetos, la teoría rawlsiana excluye a las personas con discapacidad (y miembros de otros grupos vulnerables, como personas mayores, mujeres y niños) del proceso de formulación de los principios políticos que rigen la vida en sociedad. Esta exclusión resulta, pues, en que las demandas de estos segmentos no se integran al campo de la voluntad de los que definen las bases de la convivencia social y consecuentemente, en la forma cómo las políticas de distribución y de promoción de justicia se deben estructurar.

Desde la óptica de la teoría procedimentalista de Rawls, la justicia se garantiza en el proceso de elección de los principios políticos. Pero, este proceso resulta incompleto, imperfecto y/o excluyente, porque impide que determinados grupos se integren. Consecuentemente, las directrices políticas que derivan del mismo, se pueden considerar injustas desde su origen.

Otro aspecto interesante del contractualismo rawlsiano que critica el enfoque de las capacidades, y que tiene su origen en la teoría contractualista clásica, es la noción de “independencia”, que Rawls incorpora al lado de la igualdad de capacidades, como un elemento condicionante de participación plena en la vida política, entendida como la posibilidad que cada individuo tiene de ser la fuente de sus propios proyectos y de cooperar socialmente.⁶

Conforme destaca Nussbaum, en este particular Rawls “[...] omite de la situación de elección de política básica, las más extremas formas de necesidad de dependencia que los seres humanos pueden experimentar [...], no habiendo, por

lo tanto, dentro del ámbito de su concepto de cooperación social, espacio para las relaciones de extrema dependencia” (NUSSBAUM, 2003, p. 24).

Suponiendo que todos los seres humanos necesitan los mismos bienes y recursos en iguales cantidades, el contractulismo rawlsiano reconoce a todas las personas con iguales capacidades, el derecho a una igual parcela de los frutos que provienen de su participación en este sistema de cooperación social. En este sentido, se muestra insensible al hecho de que algunas personas necesitan tener acceso a determinados bienes y cuidados de forma individual, respetadas sus especificidades, como es el caso, por ejemplo, de niños, personas mayores, personas con discapacidad u otras que, por cualquier motivo, estén con su salud física y/o mental temporalmente debilitada.

Nótese, que cuando elabora la lista de bienes primarios, Rawls incluye las libertades básicas (de pensamiento, de conciencia, etc.) las libertades de movimiento y la libre elección de ocupación, los poderes y prerrogativas de las funciones y de los puestos de responsabilidad, la renta, la riqueza y las bases sociales del respeto propio, sin embargo, no contempla la noción de cuidado (*care*).

Esta declarada falta de “independencia” y la necesidad de cuidado, sirvió aquí de justificación para que las personas con discapacidad y otros segmentos de la sociedad, considerados vulnerables, fueran excluidos, una vez más, de la participación en el proceso de definición de los principios políticos en los que se basaría la construcción de una sociedad, en teoría justa.

Al considerar el respeto por la diversidad humana, el abordaje de las capacidades integra el cuidado y la dependencia como elementos esenciales para la configuración de una sociedad realmente justa. Como destaca Nussbaum, toda sociedad real concede y recibe cuidados y por eso mismo precisa encontrar formas de tratar estos hechos que devienen de la necesidad humana y de la dependencia, los cuales no son compatibles con el auto respeto de aquellos que reciben y no deben constituir motivo de explotación de aquellos que ofrecen cuidados.⁷

El enfoque de las capacidades considera que la igualdad de capacidad de los individuos y su “independencia” no es perenne. En este sentido, entiende que las eventuales contingencias que pueden acometer a los seres humanos a lo largo de sus vidas, así como la noción de dependencia y cuidado, precisan considerarse cuando se formulan los referidos principios políticos.

Con la intención de no descartar integralmente del enfoque de las capacidades esa fundamentación contractualista, Nussbaum propone incluir la necesidad de cuidados en la lista de los bienes primarios de Rawls, y el reconocimiento de que los individuos son seres dotados de capacidades y necesidades diferentes, y que necesitan, por lo tanto, una diversidad de las actividades que le ofrece la vida.

Para la autora, como la mensuración de los cuidados no atiende a los mismos requisitos necesarios al análisis de la riqueza y de bienes, la complementación propuesta, si bien posible, solo reafirma la idea que el papel de los bienes incluidos por Rawls, debería concebirse como un conjunto de capacidades primordiales que se deben asegurar a todos los individuos, y no un conjunto de bienes que se distribuye en igualdad de condiciones a todos los seres humanos – discusión ésta que no tenemos oportunidad de profundizar en este trabajo.

4 Consideraciones finales

Cuando se reconoce y acepta la diversidad humana como un elemento singular e indispensable para una efectiva promoción de la igualdad, con intención de conciliar los intereses en conflicto a partir de una perspectiva más inclusiva, el enfoque de las capacidades muestra ser una herramienta alternativa interesante para señalar las cuestiones de justicia y de derechos humanos.

Cuanto más notamos que las asimetrías que forman parte de la vida humana generan relaciones de dependencia, necesidad e interfieren en la forma cómo las personas participan del sistema de cooperación social en el que vivimos, más nos alejamos del ideal clásico de justicia contractualista y nos aproximamos al espacio de la toma de decisiones que debe tener en cuenta esta perspectiva de desigualdad que conforma la vida de los seres humanos.

En esta afirmación reside, pues, una de las principales contribuciones del estudio de las capacidades al discurso de los derechos humanos: el hecho de afirmar que las particularidades de la vida humana se consideran en el momento de la formulación, ejecución, evaluación y monitoreo de las leyes, políticas públicas, programas y proyectos.

Esta relectura del contrato social, desde el punto de vista de las capacidades, conduce a un entendimiento de la igualdad, a la luz de la diversidad humana, a través del reconocimiento y de la aceptación de las diferencias. Permite entender que la reciprocidad no se realiza sólo entre partes exactamente iguales y aptas para ofrecer unas a las otras beneficios iguales, sino también entre personas diferentes, cuando se las reconoce y respeta en sus particularidades.⁸ Para finalizar, resalta la importancia de asegurar a todas las personas los medios y recursos necesarios para que puedan ejercer sus derechos y participar en el proceso de construcción de las directrices políticas que servirán de guía a sus propias vidas.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ALKIRE, S. 2007. Measuring Freedoms Alongside Well-Being. In: GOUGH, I.; MCGREGOR, J.A. (Ed.). **Developing Countries: New Approaches and Research Strategies**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 93-108.
- ARAÚJO, C. 2002. Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a04n57.pdf>>. Visitado el: 25 enero 2008.
- ARCHER, R. 2006. Os pontos positivos de diferentes tradições: o que se pode ganhar e o que se pode perder combinando direitos e desenvolvimento? **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, ano 3, n. 4.

- BECKER, G.S. 1992. The Economic Way of Looking at Life. In: **Economic Sciences 1992**. Chicago: Department of Economics, University of Chicago, Nobel Lecture, Dec. 9. p. 38-58.. Disponible en: <<http://home.uchicago.edu/~gbecker/Nobel/nobellecture.pdf>>. Visitado el: 27 ago. 2008.
- BOBBIO, N. 1992. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus.
- CASSESE, A. 2005. **I Diritti Umani Oggi**. Roma: Editore Laterza.
- CLARK, D.A. 2005a. **The Capability Approach: Its Development, Critiques and Recent Advances**. Global Poverty Research Group. Working Paper 32 (GPRG-WPS-032).. Disponible en: <<http://www.gprg.org/pubs/workingpapers/pdfs/gprg-wps-032.pdf>>. Visitado el: 21 nov. 2008.
- _____. 2005b. Sen's Capability Approach and the Many Spaces of Human Well-Being. **The Journal of Development Studies**, v. 41, n. 8, p. 1339-1368, Nov. Disponible en: <http://pdfserve.informaworld.com/564918__727553410.pdf>. Visitado el: 04 Mayo 2007.
- COHEN, G.A. 1997. On Welfare, Goods and Capabilities. In: NUSSBAUM, M.C.; SEN, A.K. (Org.). **The Quality of Life**. Nueva York: Oxford University Press.
- DELGADO, A.P.T. 2001. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar.
- DONNELLY, J. 2003. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. 2. ed. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- DWORKIN, R. 2005. **A Virtude Soberana**. São Paulo: Martins Fontes.
- GASPER, D. 2007. **Human Rights, Human Development, Human Security: Relationships Between Four International 'Human' Discourses**. Institute of Social Studies-The Hague July – (Working Paper, n. 445). Disponible en: <http://www.garnet-eu.org/fileadmin/documents/working_papers/2007.pdf>. Visitado el: 13 Julio 2010.
- GUSMÃO, L.A.S.C. de. 2001. Constant e Berlin: a liberdade negativa como a liberdade dos modernos. In: SOUZA, J. (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidad de Brasília.
- HURRELL, A. 1999. Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. In: DUNNE, T.; WHEELER, N.J. (Ed.). **Human Rights and Global Politics**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 277-302
- IGNATIEFF, M. 2003. **Los derechos humanos como política e idolatría**. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.
- MEHROTRA, S. 2002. The Capabilities and Human Rights of Women: Towards an Alternative Framework for Development. In: CONFERENCE ON PROMOTING WOMEN'S CAPABILITIES: Examining Nussbaum's Capabilities Approach, 2002, Cambridge. The Von Hügel Institute, St. Edmund's College, University of Cambridge, 9-12 Sept. 2002. Disponible en: <<http://www.st-edmunds.cam.ac.uk/vhi/nussbaum/papers/mehrotra.pdf>>. Visitado el: 25 Julio de 2008.

- NUSSBAUM, M.C. 1992. Nature, Function and Capability: Aristotle on Political Distribution. In: MCCARTHY, G. et al. (Org.). **Marx and Aristotle: Nineteenth-century German Social Theory and Classical Antiquity**. Totowa, N.J.: Rowman & Littlefields.
- _____. 1995. Human capabilities, Female Human Beings. In: NUSSBAUM, M.C.; GLOVER, J. **Women, Culture and Development: a Study of Human Capabilities**. Nueva York: Oxford University Press, World Institute for Development Economics Research. p. 61-104.
- _____. 1997. Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach. In: NUSSBAUM, M.C.; SEN, A. (Org.). **The Quality of Life**. Nueva York: Oxford University Press. p. 242-269.
- _____. 2001. **Women and Human Development – The Capabilities Approach**. Cambridge: University Press.
- _____. 2003. Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice. **Feminist Economics**, v. 9, n. 2-3, p. 33-59, Jan. Disponible en: <<http://www.ier.hit-u.ac.jp/pie/Japanese/discussionpaper/dp2001/dp56/text.pdf>>. Visitado el: 28 Mayo 2007.
- _____. 2006. **Frontiers of Justice – Disability, Nationality e Species Membership**. Cambridge: Harvard University Press.
- _____. 2007. The Supreme Court Term 2006 – Foreword: Constitutions and Capabilities: “Perception” against Lofty Formalism. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 121, n. 1, p. 4-97, Nov. Disponible en: <http://www.harvardlawreview.org/issues/121/november07/Foreword_5507.php>. Visitado en: Mar. 2011.
- PAREKH, B. 1999. Non-ethnocentric universalism. In: DUNNE, T.; WHEELER, N.J. (Ed.). **Human Rights and Global Politics**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 128-159.
- PERRONE-MOISÉS; C. 1999. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das Nações Unidas. In: AMARAL JÚNIOR, A. De; PERRONE-MOISÉS; C. (Org.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. p. 179-196.
- RAWLS, J. 2000. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes.
- ROBEYNS, I. 2009. Capabilities and Theories of Justice. In: MARTINETTI, E.C. (Ed.). **Debating Global Society: Reach and Limits of the Capability Approach**. Milan: Feltrinelli. p. 61-89. Disponible en: <<http://www.ingridrobeys.nl/publications.html>>. Último acceso en: Mar. 2011.
- ROUSSEAU, J.J. 2008. **Social Contract**. Versão eletrônica editada pela Universidade de Adelaide, Austrália. Disponible en: http://ebooks.adelaide.edu.au/r/rousseau/jean_jacques/r864s/book1.html >. Visitado el: 13 Jul. 2010.
- SARLET, I.W. 2007. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 9, p. 361-388, jan./jun.

SEN, A.K. 1997. *Capability and Well Being*. In: NUSSBAUM, M.C.; SEN, A. (Org.). **The Quality of Life**. Nueva York: Oxford University Press.

_____. 1999. **Sobre Ética e Economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. téc. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras.

_____. 2000. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras.

_____. 2007. **The Possibility of Social Choice**. Cambridge, Trinity College, CB21TQ, Great Britain. Disponible en: <<http://nobelprize.org/nobelprizes/economics/laureates/1998/sen-lectures.pdf>>. Visitado el: 22 Oct. 2007.

_____. 2008. **Desigualdade Reexaminada**. Trad. e. apres. Ricardo Doninelli Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Record.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). 2000. *Atlas do Desenvolvimento Humano*. Brasília: PNUD, 2000. Disponible en: <<http://www.pnud.org.br/atlas/>>. Visitado el: 08 de Enero de 2009.

_____. 2006. **Human Development Report, 2006**. Disponible en: <<http://hdr.undp.org/en/media/HDR06-complete.pdf>>. Visitado en: Mar. 2011.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNPD). 1990. **Human Development Report 1990**. N.Y./Oxford, Oxford University Press. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/media/hdr_1990_en_front.pdf>. Visitado el: 12 Enero. 2009.

NOTAS

1. La autora agradece al Profesor Doctor Cícero Romão Resende de Araújo por toda la confianza depositada y a Laís de Figueiredo Lopes y a Facundo Chavez Penillas por la confianza, por la crítica precisa y por los conocimientos compartidos y a Paula Raccanello Storto y Marcia Golfieri por el continuo estímulo y apoyo.

2. La expresión *capabilities* o capacidades indica potencialidades o libertades sustantivas que disponen los individuos para que puedan ejercitar las más diversas formas de ser y de hacer, poniendo en práctica lo que más valorizan en sus vidas. Por ejemplo, una persona extremadamente religiosa puede, por opción no alimentarse bien, en la medida en que valoriza el ayuno, otra puede por cualquier razón llevar una vida celibataria y otra al contrario tener gran expresión sexual; una tercera incluso disponiendo de excelente condiciones financieras, puede preferir trabajar exageradamente que disfrutar del ocio y la recreación. (NUSSBAUM, 2001, p. 87).

3. Capacidades y funcionalidades son conceptos que dentro del ámbito de este abordaje caminan lado a lado y se vinculan a través de una relación de causalidad – las capacidades corresponden a un potencial para ejercicio- a una libertad, en el sentido sustantivo o a un modo de proceder – necesario para que cada individuo alcance las más diversas formas de ser feliz – las funcionalidades son los estadios físicos psicológicos, cuyo alcance depende de la presencia de capacidades mínimas.

4. Para Rousseau (2008), "[...] En tanto que varios hombres reunidos se consideran como un solo cuerpo, no tienen más que una sola voluntad relativa a la común conservación y al bien general. Entonces todos los resortes del Estado son vigorosos y sencillos, sus máximas claras y luminosas, no existe confusión de interés, ni contradicción; el bien común se muestra por todos partes con evidencia, sin exigir más que buen sentido para ser conocido. La paz, la unión, la igualdad, son enemigas de las sutilezas políticas [...]"

5. De acuerdo con Nussbaum, el abordaje de Rawls en principio se distancia del contractualismo clásico por tratarse de una teoría procedimental pura de justicia, donde la adopción del procedimiento correcto asegura el buen resultado, rechazando el argumento de que los seres humanos poseen derechos naturales; y por involucrar elementos morales dentro del proceso de definición del contrato, al reconocer que todos los seres humanos serían iguales, dotados de valor y de capacidad.

6. Para Nussbaum la independencia significa para Rawls asumir que las partes, en la Posición Original, no tienen interés por los intereses de los otros, no porque sean necesariamente egoístas, sino porque están preocupados en los avances de

sus propias concepciones de bien y no en la de los otros. (NUSSBAUM, 2006, p. 33).

7. Un aspecto interesante que destaca Nussbaum, pero que no tenemos oportunidad de tratar en este trabajo, se relaciona con la importancia que se le debe dar a las personas que prestan cuidados a personas dependientes, en la medida en que una sociedad justa debería también preocuparse por el reconocimiento debido a esas personas. Para más detalles ver Nussbaum (2006, p. 100).

8. Según Martha Nussbaum, es un hecho que las medidas que se deben adoptar para traer justicia a las personas con discapacidad son costosas y, por eso, no serían justificables como mutuamente ventajosas desde un punto de vista estrictamente económico.

ABSTRACT

The present article seeks to examine the relationship between equality, human diversity, disability and political participation using the framework of Martha Nussbaum's capabilities approach.

KEYWORDS

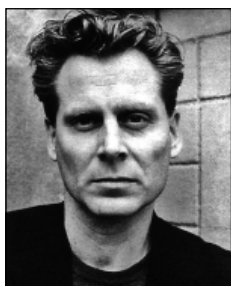
Equality – Human diversity – Persons with disabilities – Capabilities – Social contract

RESUMO

O presente ensaio pretende examinar a inter-relação entre igualdade, diversidade humana, deficiência e participação política, a partir da crítica que a abordagem das capacidades, sob a ótica de Martha Nussbaum, faz a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE

Igualdade – Diversidade humana – Pessoas com deficiência – Capacidades – Contrato social



PETER LUCAS

Peter Lucas enseña en la Universidad de Nueva York y en la New School. Su docencia e investigación se centran en los derechos humanos, con énfasis en práctica documental, derechos humanos y fotografía, la poética de presenciar, educación en derechos humanos y medios de comunicación juveniles. Además de sus escritos académicos, es fotógrafo y productor de películas documentales y portales educativos sobre los derechos humanos. También recibió recientemente una Beca Guggenheim para sus proyectos fílmicos en Brasil. Su sitio personal es: www.peterlucas.net

Email: peterlucas@nyu.edu

RESUMEN

No habría ningún cambio transformador en los derechos humanos de las personas con discapacidad sin el papel de la representación visual. Este ensayo examina cinco documentales fundacionales de finales de la década de 1960 y principios de la década de 1970 que hicieron posible visibilizar las discapacidades. Al describir las películas y reflexionar sobre los cambios en los derechos relacionados con la discapacidad, este ensayo procura ubicar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dentro de la rica historia de la práctica documental.

Original en inglés. Traducido por Laura Asturias.

Recibido en enero de 2011. Aceptado en mayo de 2011.

PALABRAS CLAVE

Películas documentales – Derechos humanos – Personas con discapacidad



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

LA PUERTA ABIERTA: CINCO PÉLICULAS FUNDACIONALES QUE DIERON VIDA A LA REPRESENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Peter Lucas

Una puerta se abre y varias personas salen tropezándose a la luz y a un espacio vacío. Parecen desorientadas, inseguras de dónde están, y algunas monjas francesas las hacen caminar. En la esquina, encorvado sobre una banca, hay un hombre que parece atemorizado, casi como un animal herido. Alguien abre una puerta de hierro y más personas entran, vestidas con trajes del tiempo de la Revolución Francesa. Otro hombre, harapiento y obviamente con alguna discapacidad, se arrastra con dificultad por el salón y le da un ramo de flores a una mujer de vestido formal. Dos celadores con uniforme azul agarran violentamente a un hombre que está hincado sobre el suelo; su grito es sofocado por las manos de los celadores. Suena una fanfarria. Un maestro de ceremonias con traje de etiqueta y sombrero alto se dirige a la cámara desde el otro lado de los barrotes de la cárcel y proclama:

"Como director de la clínica Charenton, quiero darles la bienvenida a este salón. Y a uno de nuestros residentes le debemos una nota de agradecimiento, el señor de Sade, quien escribió y produjo esta obra para nuestro deleite y la rehabilitación de nuestros pacientes. Les pedimos ser indulgentes con un elenco que nunca subió al escenario antes de venir a Charenton. Pero cada interno, les aseguro, intentará dar lo mejor de sí. Somos modernos, iluminados, y no estamos de acuerdo en encerrar a los pacientes. Preferimos la terapia a través de educación y especialmente del arte, para que nuestro hospital pueda realizar fielmente su función observando la Declaración de Derechos Humanos (se escuchan risas cínicas al fondo). Coincido con nuestro autor, el señor de Sade, en que esta obra ubicada en nuestra moderna 'casa de baños' no se verá estropeada por todos estos instrumentos de higiene mental y física. Por el contrario, preparan el escenario para la obra del señor de Sade, donde él ha intentado mostrar cómo Jean- Paul Marat murió y cómo esperó en su bañera antes de que Carlota Corday llegara a tocar a su puerta."

(MARAT/SADE, 2001).

Así inicia la famosa adaptación que Peter Brook hizo en 1967 de la obra *Persecución y asesinato de Jean-Paul Marat representados por el grupo teatral del Asilo de Charenton bajo la dirección del Marqués de Sade*, también conocida como *Marat/Sade* (2001). Puesta en escena en el Asilo de Charenton poco tiempo después de la Revolución Francesa, la obra fue dirigida por el Marqués de Sade y en ella actuaron internos del asilo. Esencialmente una obra dentro de una obra, la historia tiene lugar en 1808, cuando de Sade estuvo encarcelado allí y dirigió obras en las que actuaban internos. Ésta se refiere al famoso escritor Marat, quien fue asesinado en su bañera por Carlota Corday durante la Revolución en 1793. El señor Coulmier, director del asilo (quien da la bienvenida al público y supervisa la presentación), apoya el gobierno post-revolucionario de Napoleón y espera que la obra respalde sus puntos de vista patrióticos.

Durante la obra, sin embargo, los pacientes tienen otras cosas en mente y a menudo se desvían del texto para expresar sus propias opiniones. No se sienten nada mejor después de la Revolución y sus reclamos de derechos y justicia son reprimidos por enfermeros y celadores que intervienen de vez en cuando para mantener el orden. Mientras tanto, de Sade permanece sentado sin hacer nada al respecto, debatiendo filosofía con Marat y reflexionando sobre los procedimientos con entretenida indiferencia. Consumido por sus propias y egoístas creencias eróticas y nihilistas, incluso ordena ser azotado por Carlota Corday.

Peter Brook puso la obra en escena con la Compañía Real de Shakespeare bajo el axioma de Antonin Artaud: “El teatro debe darnos todo lo que está en el crimen, la guerra o la locura, si ha de recuperar su necesidad”.¹ Brook tradujo las teorías de Artaud a la práctica poniendo en primer plano a internos con discapacidad del Asilo de Charenton. En la historia del teatro de vanguardia (y, de hecho, de las películas documentales), la obra *Marat/Sade* fue un hito, apartándose de los convencionalismos teatrales establecidos y llevando la actuación dramática de vuelta a un estado místico y original. Al poner énfasis en escenas de violencia, sadismo y demencia, la obra amenazó el frágil límite entre el público y los actores, convirtiendo en una burla la psicoterapia que la obra dentro de la obra supuestamente alcanzaría.

Peter Brook es famoso por su noción del escenario como un “espacio vacío” que permite a actores crear un mundo físico de la nada.² Según Brook, el espacio vacío del teatro hace posible que un nuevo fenómeno cobre vida. Con *Marat/Sade* se abrió una puerta hacia el mundo de la discapacidad, entre otros asuntos políticos. Al presentar la obra/película como una respuesta de “derechos humanos” a la discapacidad psicosocial con terapia de drama, la producción permitió que saliera a la superficie una inversión crítica. La obra puede interpretarse como una crítica no sólo de los derechos civiles y políticos de primera generación en los tiempos de la Revolución Francesa (aunque no fue sino hasta finales de la década de 1960 que la producción se puso en escena), sino también de los derechos económicos y sociales de segunda generación que afectan los servicios de salud y rehabilitación para las personas con discapacidad.

Brook asevera que la gente va al teatro para encontrar vida y que no debería haber ninguna diferencia entre ambos. Pero el teatro y, para todos los propósitos intensivos, también una película deberían hacer la vida más visible, más concentrada,

más legible y más intensa. Esa irresistible presencia de la vida – a lo que Brook se refiere en sus escritos – es la chispa que ilumina e intensifica el espacio vacío donde vemos la vida desplegándose frente a nuestros ojos. En *Marat/Sade*, Brook ideó una manera ingeniosa de filmar el teatro, que influiría en todos los documentales de actuación posteriores. Se podría argüir que *Marat/Sade* fue una película única, así como una documentación de una obra teatral. Su uso de acercamientos y de imágenes breves que interrumpen la acción principal, de cámaras que siguen de cerca a los actores, de siluetas y técnicas de desenfoco combinaron las estrategias creativas del cinearte con teatro de vanguardia.

Pero es el grado de reflexividad en la producción de Brook lo que resulta tan fascinante. Si el teatro ha de ser una experiencia total, debe involucrar al público en la construcción del espacio vacío. Dado que *Marat/Sade* es una obra dentro de una obra, entre los propios actores hay miembros del público; el director de Charenton invita a su esposa e hija a entrar al cuarto de baño y hace su introducción ante los aristócratas franceses que están sentados justo al otro lado de los barrotes de la cárcel. También esto fue histórico: el hecho de que la clase alta llegara a ver las actuaciones terapéuticas de los internos en Charenton. De vez en cuando, la cámara retrocede y vemos el intercambio entre los actores y el público. El público aparece en silueta frente al cuarto de baño y el efecto, al observar la película, nos coloca justo detrás de quienes están sentados al otro lado de las rejas, como si también nosotros fuéramos cómplices. Y cuando los internos están al borde de una anarquía total, lo cual ocurre varias veces durante la obra, el director del asilo detiene la acción, amonesta a de Sade y amenaza con poner fin a la producción para no ofender al público.

De las críticas de la época en que Brook puso en escena *Marat/Sade* en Londres y Nueva York, a mediados de la década de 1960, sabemos que las personas se ofendían al ver la obra, muchas salían del teatro y otras se enfermaban físicamente.³ No era sólo por ver a los actores babeando, sus narices con mocos, espuma saliéndoles de la boca, sus murmullos, gemidos, contracciones, temblores, llantos, gritos y todos los síntomas físicos asociados a la demencia. Era más bien por la represión brutal con que los celadores sofocaban la libre expresión de los internos, a quienes golpeaban, encadenaban a la pared y arrastraban por el escenario en aras de la censura. Éste era teatro de impacto en su máxima expresión. Y lo que reflejaba (además de una locura social más grande a finales de la década de 1960) era el asilo contemporáneo y su supuesto tratamiento rehabilitador de las personas con discapacidad mental.

En el libro *El teatro y su doble*, Artaud subraya que la actuación debe afectar físicamente al público, que la experiencia total del teatro tiene que ver tanto con tu cuerpo como con tus sentidos.⁴ La vida en el escenario debe lacerarte, herirte de alguna manera para que sea eficaz. El autor también asevera que el teatro es esencial porque elimina cualquier interfaz mediática: te enfrentas cara a cara con otros cuerpos y almas. Una película documental puede asimismo ser una experiencia potente si se aplican las estrategias cinemáticas correctas. Las múltiples estrategias reflexivas en *Marat/Sade* obligan incluso a espectadores de la película a reconocer su papel en el proceso de intercambios, especialmente hacia el final, cuando surge una revuelta y los reclusos aplican una brutal venganza

(guerra de clases) al personal del asilo y a la familia del director que están en el escenario. Al final de la obra, los internos saltan las rejas que apenas les separan de esos observadores de las artes, lo cual por extensión abarca a quienes vemos la película. La revolución en el escenario tenía que ver con esos derechos que los reclusos habían estado exigiendo durante toda la obra. Sin embargo, en ésta no hubo resolución alguna, nada excepto la exhortación final de los reclusos: ¡Adopten una actitud firme! Ése fue un lema apto para los tiempos, pero también dejó en manos del público todas las conclusiones y la interpretación.



En la década de 1960, el movimiento internacional de derechos humanos estaba entrando en lo que algunos académicos llaman la tercera generación de los derechos humanos, centrada en los derechos colectivos.⁵ En vez de un enfoque ontológico en las libertades individuales, el movimiento empezaba a reconocer diversas luchas colectivas. En aras de la autodeterminación, los países luchaban por independizarse de los poderes coloniales. El movimiento de derechos civiles estaba propagándose en Estados Unidos. El movimiento por la paz era una fuerza internacional que iba en aumento. El movimiento de mujeres cobró impulso. Luego se establecería el movimiento por los derechos de la niñez. Los derechos de los pueblos indígenas estaban propagándose en tierras tradicionales. Y con el tiempo se iniciarían colectivos tales como los movimientos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero (LGBT).

El movimiento por los derechos de las personas con discapacidad también empezó a tomar forma. La historia de los derechos de las personas con discapacidad está llena de altibajos en el sentido de que las luchas locales y nacionales tendían a preceder cualquier movimiento internacional más amplio. De hecho, en Estados Unidos, desde donde estoy escribiendo, la historia de los derechos de las personas con discapacidad inició justo después de la Primera Guerra Mundial, cuando los soldados regresaron a casa con lesiones trágicas que condujeron a problemas de toda una vida.⁶ En la década de 1920 se aprobaron leyes sobre rehabilitación vocacional para proporcionar servicios a veteranos de guerra. Pero el reconocimiento de que los soldados lesionados necesitaban cuidados especiales era todavía una interpretación muy excluyente de la discapacidad. Hasta la década de 1960, a cualquier persona con discapacidad se le consideraba “minusválida” y lo más común era institucionalizarla, manteniéndola fuera de la mirada del público.

El activismo empezó en la década de 1970, cuando personas con discapacidad cabildearon ante el Congreso, realizaron plantones en varias ciudades y organizaron marchas a favor de sus derechos. Imitando otras luchas colectivas, el movimiento abogó por un lenguaje de derechos civiles y leyes que protegieran todos los tipos de discapacidad. Ese enfoque pluralista, que puso a un lado los objetivos específicos de grupos afiliados a diferentes clases de discapacidad, fue lo que le dio fortaleza y un carácter colectivo a este activismo.

Entre las principales leyes que fueron aprobadas estaban la Ley de Rehabilitación (1973), la Ley de Educación para Toda la Niñez con Discapacidad (1975) y la Ley de Estadounidenses con Discapacidad (1990).⁷ Lo que éstas

garantizaron fue que cualquier persona con discapacidad física, mental, visual, auditiva u otro tipo de discapacidad, gozaría de igualdad de oportunidades en empleo, vivienda y educación. Niñas, niños y jóvenes recibirían una educación pública apropiada y gratuita en un ambiente lo menos restrictivo que fuera posible. El acceso a áreas públicas, especialmente al transporte público, fue un punto de inflexión crucial. El derecho a tecnologías adaptativas, propiciando que la gente pudiera comunicarse, expresarse, estudiar, aprender y trabajar, también se facilitó con la nueva legislación. Y los asuntos relacionados con el llamado estilo de vida – la capacidad de las personas de vivir independientemente – se convirtieron en un importante enfoque del activismo en materia de discapacidad.

Se podría decir que la meta del movimiento colectivo era la inclusión en la sociedad general, así como dejar de tratar a las personas con discapacidad con las prácticas excluyentes y el enfoque de asilo del siglo XIX que se muestran en *Marat/Sade*. La inclusión también significaba generar solidaridad de activistas sin discapacidad. Los cineastas jugaron en esto un papel importante porque el movimiento necesitaba toda la ayuda que pudiera conseguir, incluida la representación visual. En la década de 1960, los cineastas que trabajaban en asuntos relacionados con la discapacidad no necesariamente se veían a sí mismos como defensores de los derechos humanos. Tendían a trabajar bajo la consigna de la reforma social. Hoy día, este mismo grupo está presentando sus documentales en festivales de cine sobre los derechos humanos en todo el mundo. De hecho, sería difícil siquiera hablar de los derechos humanos contemporáneos sin visibilizar esa la lucha en términos concretos.

En la actualidad hay numerosas películas – tanto documentales como de largometraje – sobre los derechos de las personas con discapacidad y la gente se ha esforzado mucho por catalogarlas bajo sus titulares de discapacidad apropiados.⁸ Incluso existen festivales especiales de cine sobre estos derechos. Pero también hay algunas películas que fueron la semilla del movimiento más amplio y prepararon el camino para el reconocimiento y la conciencia visual que ahora tenemos respecto a la discapacidad. Mi intención con este ensayo es resaltar cinco de estas películas trascendentales y sugerir algunas de las estrategias más poéticas para representar los derechos de las personas con discapacidad. El lado poético de la representación de la discapacidad ofrece interpretaciones más abiertas, y quizás debido a que tales películas carecen de recomendaciones manifiestas o encubiertas a nivel de políticas, estos proyectos fílmicos tienen mayores posibilidades de conservar el interés del público por más tiempo. Las cinco películas que aquí abordo son ahora consideradas clásicas en la documentación de la discapacidad.

En mis clases como profesor en derechos humanos y medios de comunicación, muchos de mis alumnos están estudiando para convertirse en cineastas documentales, y los derechos de las personas con discapacidad son uno de los numerosos temas en que trabajan. Sin duda alguna, desde un enfoque de marco conceptual de derechos humanos, las discapacidades específicas nunca son por sí mismas el único asunto. El enfoque de marco conceptual busca comprender la profundidad y complejidad de cada violación a los derechos humanos y establecer conexiones holísticas entre todos los derechos.⁹ Por ejemplo, las mujeres con

discapacidad son doblemente vulnerables porque sufren opresión como mujeres y como personas con discapacidad. Niñas y niños con discapacidad también necesitan un enfoque conceptual más integral. Víctimas con discapacidad del conflicto armado, personas con discapacidad que son forzadas a migrar o aquéllas que sufren debido a la pobreza además de algún impedimento físico, mental o sensorial precisan un enfoque sofisticado de derechos humanos.



Una de las películas no clasificadas que mejor ha representado la discapacidad es *Titicut Follies* (1967), de Fredrick Wiseman. Mucho se ha hablado de ella en la historia de la práctica documental, pero fue vista pocas veces hasta recientemente. Su historia es complicada debido a cuestiones éticas de consentimiento y el derecho del público a informarse. La película fue filmada dentro del Hospital Estatal de Bridgewater para “dementes criminales”, que era administrado por el Departamento de Correcciones del estado de Massachusetts, en vez del Departamento de Salud Mental. Al igual que el Asilo de Charenton, este lugar era básicamente una prisión, y de los dos mil hombres que estaban ahí en ese tiempo sólo el 15 por ciento había de hecho sido sentenciado por haber cometido un crimen.¹⁰

Cómo Wiseman y su camarógrafo, el afamado cineasta etnográfico Robert Gardner, lograron tener acceso a las instalaciones y sus residentes fue un asunto que sería debatido en los tribunales durante años. ¿Podía el superintendente del hospital, supuestamente encargado legal, otorgar consentimiento en nombre de todas las personas bajo su cargo? Ni cinco minutos después del inicio de la película, los hombres son puestos en fila para un registro, desnudos y humillados frente a sus compañeros y los guardias. Filmada en tonos blanco y negro tenues con película de 16mm, la escena es una ventana aleccionadora acerca de cómo las personas con discapacidad psicosocial eran almacenadas masivamente en aquel tiempo.

La siguiente escena presenta, en lo que podría interpretarse como la “normalización de la desviación”, una entrevista a un recluso llamado Mitch por el Dr. Ross, uno de los dos psiquiatras para toda la población carcelaria. El hecho de que más adelante son nombrados en la película es impresionante, dada su conversación. Mientras Mitch admite abiertamente su pederastia, el psiquiatra, sentado y fumando un cigarrillo tras otro, quiere saber cómo él se siente respecto a su desviación sexual y por qué se masturba tres veces al día. Cuando Mitch pregunta genuinamente si recibirá ayuda para sus problemas en el hospital, el Dr. Ross, al parecer dudándolo él mismo, responde: “Puedes conseguirla aquí, supongo”. La simplicidad de esta respuesta y la deducción de la conversación entre ambos son asombrosas. Aquí no hay terapia, ningún intercambio significativo de conocimientos, ni un plan de tratamiento. Sólo está la normalización institucional del poder y la vergüenza mientras que se construye a un Otro desviado.

Otras escenas en la película no son tan sutiles. Ésta no es la Compañía Real de Shakespeare desempeñando papeles en el asilo. Es la situación real captada con una técnica cinematográfica directa de observación minuciosa, sin interrogatorio o narración fuera de escena o alguna pista de audio externa; es lo que ocurría en cualquier momento dado en Bridgewater. Un hombre portando un periódico habla

rápíamente, mezclando galimatías con porciones de lo que quizás acababa de leer – una hebra constante de lenguaje incomprensible. Más tarde ofrece sus bendiciones a los demás reclusos. Entre los numerosos críticos de la película, incluso la Iglesia Católica condenó esta escena.

Los hombres en el patio parecen aislados y solitarios. Algunos hablan sólo consigo mismos. Un hombre parado, temblando y contrayéndose, se masturba abiertamente en medio del campo. Uno más, alejado del resto, toca su conmovedor trombón. Otros, desde su propia tribuna improvisada, declaran sus creencias políticas y tienen discusiones con otros reclusos sobre la locura de la Guerra de Vietnam. Uno, sin embargo, parece diferente. Hablando un inglés fluido aunque mesurado y con acento de Europa Oriental, un hombre llamado Vladimir detiene al Dr. Ross en el patio. Afirma que recibió un diagnóstico incorrecto y no debería estar en el hospital. Su tono es de urgencia. Vladimir siente que está empeorando mientras más tiempo permanece allí. El psiquiatra reacciona con un cierto cinismo burlón, sonriendo y recordándole que su diagnóstico fue esquizofrenia paranoide. Vladimir luego pregunta que quién tiene derecho a definir lo que estas etiquetas significan en la sociedad.

Las escenas más desgarradoras son las de los hombres siendo conducidos a sus celdas, desnudos y aislados en éstas. Las propias celdas están impresionantemente vacías – no tienen más que un frío piso, paredes de ladrillo y una ventana cubierta con rejas metálicas. Un hombre desnudo camina descalzo de un lado a otro, dando pasos fuertes y golpeando la ventana. Cuando por fin se reclina en un rincón, se pueden ver las manchas de sangre que habrá dejado al golpear la pared con su propia cara. Mientras tanto, los guardias hostigan abiertamente a los hombres, preguntándoles una y otra vez por qué sus celdas están tan sucias. Un hombre en el pasillo se arrodilla para ocultar sus genitales. Otro se cubre el pubis con las manos, abochornado. No queda claro si estas reacciones se deben a la presencia de una cámara. Habiendo visto la película muchas veces, pienso que estos hombres tienen que cubrirse a sí mismos aun sin un equipo fílmico presente pues la situación es muy humillante.

En esos tiempos, “los derechos de las personas de la tercera edad” no eran un concepto de derechos humanos bien definido. Sin embargo, muchos de los hombres en Bridgewater habían llegado al ocaso de sus vidas sin nadie que les cuidara, lo cual hacía aun más doloroso observar su situación. El peor caso es cuando un hombre se niega a comer y es manualmente atado a la mesa. También está desnudo. El Dr. Ross engrasa un tubo de hule y lo mete por la nariz del hombre hasta su estómago. Luego se para sobre una silla y vierte una especie de sopa en un embudo que alimenta el tubo. Incluso pregunta en son de broma si alguien tiene un buen whisky para el paciente, mientras la ceniza de su cigarrillo está a punto de caer dentro del embudo.

Cuando la cámara se acerca a la cara del hombre, puede verse una lágrima cayendo por su mejilla y la escena concluye con una toma de su rostro mientras lo están rasurando. Luego la cámara vuelve a la alimentación forzada y de inmediato regresa a la cara del hombre en una situación diferente, cuando alguien le abre los ojos con pinzas y le mete bolas de algodón debajo de los párpados. Uno cae en plena

cuenta de la escena sólo cuando el cuerpo del hombre es cubierto en la morgue del hospital y puesto en un enfriador. Y cuando su cuerpo es colocado dentro de la tierra, la escena presagia uno de los asuntos álgidos de derechos humanos para las prisiones en la actualidad: la “duración del encarcelamiento” y el hecho de que hoy día muchas personas de la tercera edad mueren dentro de las cárceles.

Más adelante en la película, Vladimir apela su caso frente a una junta de expertos médicos y enfermeras del hospital. Uno de los médicos dice: “Vladimir, como te he dicho antes, si veo que has mejorado...”. Vladimir lo interrumpe y dice lúcidamente: “Pero ¿cómo puedo mejorar cuando estoy empeorando? Intento decirte que cada día me pongo peor por las circunstancias, por la situación. Y me dices, hasta que vea que estoy mejor. ¡Cada vez estoy peor! Entonces, obviamente es por el tratamiento, o la situación, o el lugar... o los pacientes, internados. No sé cuál. Solamente quiero regresar a la prisión donde debo estar. Supuestamente iba a venir aquí para observación. ¿Qué observación hicieron?” (TITICUT FOLLIES, 1967).

Vladimir continúa arguyendo, diciendo elocuentemente que ha estado atrapado en el sistema desde hace un año y medio y quiere regresar adonde debe estar; que en la prisión donde antes estaba había una escuela, un gimnasio, y los medicamentos están empeorando su mente. Los miembros de la junta permanecen impassibles y, cuando le piden a Vladimir que se retire, hablan entre sí frente a la cámara. Comentan con sorpresa que él hubiera aprendido a hablar inglés en la prisión y obtuvo libertad bajo palabra antes de ser enviado al hospital. El psiquiatra principal dedujo que Vladimir estaba desmoronándose, que su ansiedad era un síntoma común de los antidepresivos y lo que ahora debían hacer era administrarle dosis más fuertes de tranquilizantes.

Al final, la película regresa a la escena inicial: un concurso anual de talentos protagonizado por los prisioneros y guardias llamado *Titicut Follies*; de ahí el nombre de la cinta. Cuando los pacientes y el personal cantan *So Long for Now* [*Adiós por ahora*], la película nos recuerda que la exhibición pública de personas recluidas en “manicomios” institucionales como Charenton se remonta a centenares de años. El hecho de que las atrocidades hayan sido presentadas como entretenimiento en aras de la rehabilitación es una parodia, considerando lo que Wiseman muestra entre la escena de apertura y la final.

La película generó controversia desde el principio. Aun antes de ser estrenada en el Festival de Cine de Nueva York en 1968, la cinta se encontraba en un enredo legal.¹¹ Una trabajadora social, sin haber visto la película, leyó que había desnudez frontal total entre los reclusos y envió una carta al gobernador de Massachusetts quejándose de que ese tipo de película violaba la dignidad de estos individuos. Entonces el estado de Massachusetts intentó obtener una orden judicial para detener el estreno, aduciendo que la película violaba el derecho de los reclusos y los guardias a la privacidad. Wiseman arguyó que había recibido permiso legal escrito del superintendente del hospital, así como consentimiento oral de los reclusos y el personal. Además, en ningún momento durante los 29 días de filmación se le pidió a Wiseman o Gardner que no filmaran algo. Mientras los asuntos legales estaban siendo dilucidados en Massachusetts, un tribunal estatal de Nueva York permitió que la película fuera presentada.

Titicut Follies fue estrenada con gran aclamación en el Festival de Cine de Nueva York (y más adelante comercialmente en Nueva York) como una vigorizante exposición de un lugar plagado de problemas. Sus tonos sombríos, a veces un suave enfoque y su estilo abierto de edición marcaron para siempre a *Titicut Follies* como una película de arte y una obra de observación de periodismo investigador. Pero a diferencia de las películas expositivas, en *Titicut Follies* no hay una narrativa de por sí, ni recomendaciones políticas o algún sentido de conclusión. Hoy día, cuando la gente estudia la historia de las películas documentales, *Titicut Follies* es un ejemplo referencial de técnica cinematográfica directa, o de la no intervención del productor y de un estilo de edición que da la ilusión de que los acontecimientos están ocurriendo en tiempo real. La utilizo en mi clase *La Poética de Presenciar* para mostrar cómo se pueden estudiar y presentar las violaciones a los derechos humanos en una manera poética que permita que la película esté abierta a múltiples interpretaciones.

Sin embargo, en los tribunales de Massachusetts en 1968, un juez del Tribunal Supremo ordenó que la película no tuviera una distribución general. Dado que el propio Wiseman vivía en Boston y era residente de Massachusetts, estaba legalmente obligado a acatar esta decisión. Pero el juez fue más allá y solicitó que se destruyeran todas las copias de la película y sus negativos porque la cinta violaba la privacidad y dignidad de los pacientes (ni hablar de la imagen negativa que presentaba de dicho estado). Y aunque Wiseman – que era abogado y ex profesor de Derecho – apeló su caso, ésta fue la primera vez en la historia de Estados Unidos que una película había sido legalmente prohibida por razones no relacionadas con obscenidad o seguridad nacional.

Desde la perspectiva del cineasta, ¿qué es más importante aquí: la privacidad del recluso individual o el derecho del público a informarse? Considerando el contexto, éste es un dilema de derechos humanos que involucra la ética de la producción de imágenes y el derecho a la libre expresión. La primera enmienda a la Constitución estadounidense consagra este derecho en sí. Y Wiseman ha argumentado consistentemente, a través de sus decenas de películas posteriores a *Titicut Follies*, que el público tiene derecho a saber lo que está sucediendo en las instituciones financiadas con sus impuestos. De hecho, Wiseman ha aseverado que si hay algo que la primera enmienda protege, esto es el derecho de un periodista a informar de lo que ocurre dentro de las prisiones. La ironía a nivel estatal es que fue necesaria una película para que el estado de Massachusetts reconociera por primera vez el derecho a la privacidad. Al final, este dilema ético no fue resuelto, pero la pregunta permaneció por años: ¿Estuvo la decisión más ligada a una violación de las libertades civiles de la película o a una afectación de los derechos de los reclusos?

Luego vinieron otras demandas judiciales, dictámenes y apelaciones. Pero a excepción de algunas presentaciones especiales y restringidas para fines educativos, la película fue efectivamente prohibida durante 20 años. Finalmente, en 1987, las familias de varios reclusos que murieron en Bridgewater demandaron al hospital y aseveraron que había una correlación directa entre la prohibición de que la película fuera vista y las muertes de sus seres queridos. Exigieron que la cinta se utilizara como prueba del brutal maltrato contra los internos durante su encarcelamiento en

Bridgewater. Dicho de otra manera, si el público hubiera tenido conocimiento de las condiciones en el hospital, habría podido forzar al estado a cambiar sus prácticas institucionales hacia internos con discapacidad psicosocial.

Finalmente, en 1991, el Tribunal Supremo de Massachusetts permitió la presentación de la película al público general, pero ordenó que incluyera una explicación de que había habido cambios y mejoras en el instituto correccional de Bridgewater desde 1966. Sin embargo, tal como el médico Thomas Szasz asevera en un ensayo sobre *Titicut Follies*, el hospital aún está rodeado de alambre espigado, es vigilado por centenares de guardias y, sin importar que ahora cuenta con decenas de enfermeras, psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales, todas estas personas siguen siendo carceleras (SZASZ, 2007). Szasz señala que hoy día, a pesar de que al hospital estatal de Bridgewater se le llama “centro de cuidados de salud”, detrás de la fachada el tratamiento de las personas con discapacidad psicosocial sigue incluyendo diagnósticos pseudo-médicos y terapias cuestionables. Al igual que en *Marat/Sade*, los prisioneros con discapacidad psicosocial todavía se encuentran al otro lado de las rejas.



A medida que los derechos de las personas con discapacidad pasaron a una plataforma más internacional de conciencia e incluso de reparación legal, los y las activistas se apoyaron en los estándares normativos de los derechos humanos para que éstos guiaran al movimiento. Dichos estándares se basan en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos e instrumentos relacionados, incluyendo la reciente Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.¹² Hay dos maneras de leer estos derechos en los estándares normativos. En primer lugar están los principios generales de derechos humanos que garantizan libertades fundamentales “sin distinción” de ningún tipo. Desde esta perspectiva, todas las personas deben tener igual acceso a vivienda, educación, servicios sociales, atención de salud y empleo. Además, toda persona debe tener el derecho a participar en todos los aspectos de la vida social, política, económica y cultural de la sociedad. Y cada persona tiene el derecho a ser tratada con dignidad y respeto.

Por otro lado, también existen disposiciones particulares consagradas en pactos e instrumentos más específicos, especialmente los referidos a mujeres, niñas y niños, y en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.¹³ En teoría podría decirse que las condiciones de Bridgewater constituían graves, crueles y degradantes violaciones a los derechos humanos, si no tortura. Pero *Titicut Follies* no debería verse como una película histórica. Hoy día hay muchos lugares similares donde las condiciones son igualmente deplorables, si no peores.

En 2003, la ONG Disability Rights International (DRI) se unió a la ONG Witness, que realiza promoción y defensa a través de video (ambas con sede en Nueva York), para documentar los casos de 460 personas internadas en el Hospital Neuropsiquiátrico de Paraguay.¹⁴ En alianza con una tercera ONG local, se hicieron tomas clandestinas en video durante giras por el hospital. Las imágenes son impresionantes, incluso peores que las tomadas por Wiseman y Gardner en Bridgewater. El video fue luego presentado como prueba ante la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos (de la cual Paraguay es miembro) en Costa Rica.¹⁵ Específicamente se documentaron los casos de dos chicos adolescentes que fueron encerrados bajo aislamiento por más de cuatro años. Se los mantenía desnudos en sus celdas, sin acceso a instalaciones higiénicas, y sus pisos y paredes estaban cubiertos de heces. El patio común para todas las personas internadas estaba lleno de basura y vidrio roto, y en un punto durante el video uno de los pacientes orina en público y otro bebe agua de un charco como lo haría un perro.

En este caso, probablemente no se habrían evidenciado los problemas de derechos humanos sin imágenes probatorias, como tampoco había una historia en la prisión Abu Gurayb sin las fotografías de prisioneros iraquíes sufriendo abusos a manos de soldados estadounidenses. DRI y Witness difundieron el video a través de sus sitios en internet y trabajaron con redes mediáticas para llevar el caso a un nivel de conciencia más amplio. Al presentar la documentación visual como evidencia, las ONG mostraron condiciones en el hospital que eran deshumanizantes y amenazas para la vida; mostraron que faltaban las instalaciones sanitarias más básicas y que las personas internadas no estaban recibiendo una atención médica apropiada. Además demostraron que Paraguay había incumplido sus obligaciones de derechos humanos de tratar y rehabilitar a las personas con discapacidad psicosocial. Al final, las imágenes y el caso avergonzaron al Estado para que reformara el hospital. Aunque se realizaron reformas, DRI y Witness emitieron un video de seguimiento mostrando que las personas internas aún estaban en condiciones críticas en el hospital y exigieron su habilitación y reintegración final a la comunidad.

Los estándares que DRI invocó provienen de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por las Naciones Unidas en 1991. Aunque no constituyen pactos internacionales vinculantes, sí son ideales por los cuales luchar y orientaciones morales. De los 25 Principios, dos son nombrados en la película: cada paciente tiene derecho a que se le trate en un ambiente lo menos restrictivo posible (Principio 9.1) y el tratamiento de cada paciente estará destinado a preservar y estimular su independencia personal (Principio 9.4). El trato degradante que muestran los videos de DRI y Witness es similar a *Titicut Follies* en el sentido de que documentan graves violaciones a los derechos humanos. Ésta es sólo una de las estrategias de derechos humanos visuales, para alumbrar un sitio atribulado en el mundo y estimular un proceso de cambios.

Hoy día tenemos un nuevo conjunto de estándares internacionales, también más vinculantes legalmente. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado internacional que es firmado y ratificado por los Estados Partes.¹⁶ Hasta la fecha, enero de 2011, 147 Estados la han firmado y 97 Estados son parte del tratado, siendo la más reciente la Unión Europea, que la ratificó colectivamente en diciembre de 2010. Lo que la Convención promueve y protege son asuntos clásicos tales como dignidad e integridad, libertad y autonomía, igualdad y no discriminación, accesibilidad y oportunidad, inclusión y plena participación, respeto a las diferencias y aceptación de la diversidad. Son precisamente los temas en que cineastas contemporáneos se centran al representar la discapacidad. Pero estas ideas no son nada si no podemos visualizar que son violadas y deben ser protegidas y actualizadas.



En 1971 se realizó un fascinante documental sobre el derecho de las personas con discapacidad psicosocial a vivir en un entorno comunitario. La película se llamó *Asylum* [Asilo] (2004). Pero ésta se apartaba de los asilos dominantes, como Bridgewater. Producida por el director canadiense Peter Robinson y el camarógrafo/editor Richard Adams, la película documentó un proyecto experimental llamado Comunidad Archway, una casa asilo en el este de Londres. Allí, ellos observaron durante seis semanas la vida cotidiana de sus residentes, quienes estaban afectados por diversos tipos de problemas mentales, incluyendo esquizofrenia.

La comunidad terapéutica experimental de Archway fue fundada en 1965 por el psiquiatra radical Ronald David Laing y sus colegas.¹⁷ La idea era que pacientes y terapeutas convivieran con tan pocas normas como fuera posible y sin medicación. Laing rechazaba firmemente el modelo médico (y penitenciario) de la enfermedad mental y creía que los pacientes harían progresos terapéuticos sólo si podían responsabilizarse de sus propios actos y decisiones. Laing y sus colegas eran parte de un movimiento que cuestionaba la existencia de la enfermedad mental. Laing creía que ésta era el resultado de la socialización, y especialmente de las presiones de la familia nuclear, que conducían a lo que él llamó “el yo dividido” o una ruptura entre el yo que se siente seguro en el mundo y otro yo que se aleja y sufre de “inseguridad ontológica”.¹⁸ Laing pensaba que la enfermedad mental, una vez eliminada de la familia, podía valorarse por su potencial catártico y transformador. Aunque él nunca negó la existencia de la enfermedad mental, su enfoque consistía en tratarla como una especie de viaje chamánico del yo.

Todo esto suena un tanto cósmico y brusco en la contracultura de los tiempos. Pero en la práctica Archway era real y una oportunidad fascinante para tratar las discapacidades mentales con cuidado, preocupación y empatía. A principios de la película hay una escena en la que uno de los terapeutas residentes, un hombre relativamente joven y apuesto en un suéter con cuello de tortuga, está presentándole la casa a una joven mujer con sombra de ojos azul y de aspecto muy moderno. Se sientan frente a una chimenea chispeante mientras el terapeuta explica que el alquiler se paga cada lunes y todas las personas deben aportar una cuota por su alimentación. Aparte de eso, agrega, no hay más normas en la casa.

Luego pasa a explicar la situación: “Aquí hay algunas personas que estuvieron en el hospital mental, pero descubrieron que no les ayudó y no pudieron encontrar ningún otro lugar donde vivir. Así que están acá por esa razón y sienten que pueden vivir aquí, que no es un hospital ni está configurado como un hospital. Algunas personas sienten que tendrían que haber ido a un hospital, pero no querían hacerlo y por eso han venido acá. También hay otras que no han estado en un hospital ni quieren ir a uno, pero les interesa la clase de vida que la gente tiene aquí” (ASYLUM, 2004).

Se necesita ver varias veces el asilo para saber a ciencia cierta quién es residente, quién es terapeuta, quién es psiquiatra que vive ahí y quién es simplemente visitante. Durante las seis semanas del rodaje en la primavera de 1971 había alrededor de 18 personas en la casa. Pocos minutos después de iniciar la película el pequeño equipo de Robinson es presentado en una reunión mientras empiezan a filmar y grabar

sonido. También varias personas residentes se presentan en este momento, incluso algunas que sobresalen en la película, como David, un intelectual de edad media que habla con una avalancha de lenguaje coherente e incoherente y es propenso a los berrinches. Luego está una belleza etérea llamada Julia que luce como cantante folclórica con su vestido negro y largo cabello rubio. Ella se presenta delicadamente diciendo que puede dibujar, pintar y tocar la guitarra.

La casa en sí es una total antítesis del hospital de Bridgewater. Aquí hay camas reales, cojines sobre los pisos, varias mascotas y una gran cocina comunitaria. Se ve a las personas residentes cocinando juntas, sentadas fumando cigarrillos, leyendo en silencio, hablando por teléfono, comiendo en el patio trasero, lavando platos y tomando una taza de té. Nada de esto es extraordinario, excepto que estas personas están aquejadas por serios problemas mentales, y a raíz de películas como *Titicut Follies* sería fácil imaginar a estas mismas personas en un ambiente totalmente diferente al de Archway: en bloques de celdas, con tranquilizantes, electrochoques y lobotomías. También están la lucha cotidiana y los cuidados que se brindan unas a otras. Las personas residentes se confortan mutuamente después de colapsos nerviosos, alguien tiene que ayudar a Julia a bajar las escaleras, otra persona necesita ayuda para ir al cuarto de baño y el grupo colectivo debe resolver asuntos serios. La película deja en claro que las personas residentes son simultáneamente proveedoras de cuidados y receptoras de terapia. El propio R. D. Laing solía recordarles a sus estudiantes que la palabra “terapeuta” se deriva del latín y significa estar plenamente presente, escuchar, observar con atención y servir con compasión y paciencia.¹⁹

El título de la película, *Asilo*, apunta al tipo de lugares que asociamos con esta palabra en la actualidad. Pero, de nuevo, el uso original de la palabra, y la intención de Laing con sus comunidades terapéuticas, eran evocar un albergue, un lugar de refugio y un espacio seguro. Estas ideas son, por sí mismas, derechos humanos fundamentales especialmente para las personas con discapacidad. Un equipo de filmación tenía el potencial de trastocar este delicado equilibrio. Pero acá queda la sensación de que la comunidad confiaba en Robinson y su equipo. Ninguna persona se siente explotada y nadie parece estar actuando para la cámara. Después de estudiar detenidamente esta película, siento que los devastadores colapsos nerviosos y las tensas situaciones de crisis que vemos en la película habrían ocurrido con o sin la cámara. El propio Peter Robinson pasa frente a la cámara de vez en cuando e incluso tiene un par de conversaciones con residentes. Este leve toque reflexivo parece ser lo pertinente para exponer su presencia en la casa y no reduce en nada el elegante estilo del equipo para su filmación de observación.

Asilo es considerada hoy día un documental clásico de su tiempo y parece estar mejorando con los años.²⁰ La película también trae a la mente un momento nostálgico de cuando se introdujeron opciones de sanación alternativas y humanizadas contra la presión social que pretendía encerrar y ocultar a las personas con discapacidad. Además, el documental da lugar a preguntas sobre la diferencia entre las personas a quienes se les considera “cuerdas” y las que son vistas como “dementes”. Los terapeutas, que abogan en nombre de las y los residentes para que puedan permanecer en la casa e intentan convencer a sus familias de que les permitan a estas personas tomar sus propias decisiones acerca de dónde serán colocadas,

tienen mucho cuidado de no ofrecer ningún diagnóstico y usan lenguaje inclusivo que sugiere que también ellos podrían estar sufriendo. Estos vínculos de empatía parecen fascinantes en la actualidad, cuando hay un deseo tan fuerte de diagnosticar discapacidades de aprendizaje y emocionales y de recetar medicamentos prescriptivos para cualquier clase de supuesta discapacidad de aprendizaje o conductual.

El giro desde el encarcelamiento y el brutal maltrato en Bridgewater a lo que estaba ocurriendo dentro de Archway evoca un principio importante de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Todas las personas tienen derecho a la autodeterminación y a conocerse a sí mismas. Y todas tienen derecho a la seguridad y la paz. Éstas no eran ideas teóricas en *Asilo*. Y aunque seis semanas en Archway no prescriben ningún tipo de curallotodo, sí apuntan a una visión alternativa de derechos realizados y actualizados.

Al final de la película, un médico voluntario que está de visita desde Estados Unidos y debatiéndose con las explosiones y agresión de David, le comenta a uno de los terapeutas de planta que es posible perderse en Archway. El terapeuta responde pensativamente: “Sí, aquí hemos tratado de crear un ambiente en el que, si alguien necesita perderse, esto puede suceder en circunstancias tan buenas como sean necesarias. Y una persona tiene que perderse a sí misma para poder encontrarse. El énfasis no es tanto en que alguien tenga la responsabilidad de estar disponible para otra persona – alguien con quien hablar, a quien aferrarse o con quien tener terapia. Se trata de la creación de un ambiente, un grupo, una red que pueda facilitarle a una persona encontrarse a sí misma, ser ella misma, descubrir quién es y quién puede tolerar las vicisitudes de los sentimientos y comportamientos por los que todos pasamos en diferentes momentos de la vida, especialmente en tiempos cruciales cuando alguien de nosotros está desmoronándose. Y parece requerir un gran esfuerzo pues nuestro objetivo es algo bastante difícil de alcanzar, esta simplicidad, en cuanto a estar con una persona, cuidarla, preocuparnos”. (ASYLUM, 2004).

Hay algo en esta película que es muy sencillo pero inmensamente conmovedor. Y es difícil saber qué es. Quizás sea que una persona afectada por una enfermedad mental puede estar afuera y hablar con niñas y niños del vecindario, caminar por la calle y recorrer la ciudad en autobús. Esa clase de libertad nunca debería darse por sentada, sin importar cuál sea nuestra condición mental o física. Las palabras ‘derechos humanos’ nunca se mencionan en la película. Pero *Asilo* no es uno de esos documentales que alumbran un lugar atribulado del mundo. Es más bien una de esas películas críticas, un punto de inflexión, que nos muestran que otra manera es posible.



En 1971, un joven cineasta japonés le planteó a un grupo de personas con parálisis cerebral el desafío de salir a las calles para tomar acción.²¹ Kazuo Hara nunca antes había producido una película, pero ya era una especie de activista por las personas con discapacidad. Como asistente escolar para “niñas y niños minusválidos”, como entonces se les llamaba, él sacaba a sus estudiantes a la calle en sus sillas de ruedas, lo cual creaba toda una escena. La gente se detenía y les miraba fijamente. A principios de la década de 1970 era raro ver en público

a personas con discapacidad, y mucho más a todo un grupo en sillas de ruedas. Siendo su chaperón adulto, Hara se rehusaba a ayudar a sus estudiantes en las calles, lo que les obligaba a arreglárselas por su cuenta con el público. No se trataba sólo de que la infraestructura de Tokio era inaccesible a sillas de ruedas. Era una cuestión más grande acerca de lo que “minusválido” significaba en Japón y la línea entre el confinamiento y la libertad física.

Cuando Hara encontró a un grupo adulto de activistas de la parálisis cerebral en Yokohama llamado Verdes Pastos, se hizo amigo suyo y gradualmente les convenció de que también ellos salieran a las calles – sin sus sillas de ruedas. Sólo entonces la gente se vería confrontada con sus cuerpos. Como grupo coincidieron en que las sillas de ruedas eran parte del confinamiento físico que impedía que la sociedad viera sus cuerpos. Juntos, el grupo y Hara acordaron producir una película de colaboración sin ningún plan, excepto que realizarían “acciones” en espacios públicos. Y querían hacer un tipo de película diferente a los llamados documentales “de bienestar social” que dirigían una mirada compasiva a las personas con discapacidad desde una posición distante y privilegiada. El grupo decidió hacer algo mucho más radical, algo directamente desde las calles, y no le interesaba la lástima o incluso la empatía. Querían cambios.

Goodbye CP (1972) [*Adiós, parálisis cerebral*, también conocida como *Sayonara CP*] inicia con los dos activistas principales de la película, Yokoto Hiroshi y su amigo Yokotsuka Koichi, cuando salen a las calles en su propio estilo especial. Yokoto no puede caminar, así que ideó una manera de deslizarse sobre sus rodillas, como sacudiéndose hacia delante, su cuerpo contrayéndose, empujándose con los brazos y constantemente recogiendo sus enormes anteojos, que siempre se le caían. La imagen de un hombre adulto literalmente arrastrándose entre una y otra esquina en una intersección ajetreada frente a un semáforo en rojo asombraba a la gente en la calle, paralizaba todo y empezó a actualizar el mandato del equipo fílmico para la película: “¿Cómo podemos hacer que la sociedad acepte nuestra existencia?”

Mientras tanto, Yokotsuka pasea con un caminar zigzagueante, sus brazos agitándose en toda dirección, la cabeza sacudiéndose de un lado al otro. Pero él tiene una cámara de 35-mm colgada del cuello y se introduce en la multitud para tomar fotografías de personas “sanas”. Hara había convencido a Yokotsuka de que debía hacer las tomas muy de cerca, a sólo un metro de sus objetivos. Yokotsuka admitió que, al principio, fotografiar a personas completamente extrañas fue aterrador, pero también liberador. La estrategia de usar una cámara adicional creó una “mirada inversa” en la cual la posición dominante de ver a otras personas en la película sería complicada y reflexiva.

En toda la cinta se protagonizaron varias acciones callejeras, como cuando Yokoto, sentado en un pasaje público, desde un megáfono declara: “Podríamos estar muertos mañana. Queremos vivir libremente como seres humanos”. La cámara de Hara, moviéndose alrededor de Yokoto, crea un espectáculo y transeúntes se detienen a ver qué está sucediendo. La gente (sobre todo mujeres) da dinero a sus hijas e hijos para que puedan donarlo. Hara interrumpe su modo observador y les pregunta por qué sienten la necesidad de dar dinero: “Algunas personas son tan desafortunadas (...) Porque son impotentes (...) Yo sólo quería ayudar a gente

necesitada (...) Mi hija sintió lástima por ellos (...) Me siento tan mal por sus cuerpos (...) Mi hijo tiene buena salud, así que me siento bendita (...)”.(GOODBYE CP, 1972).

Goodbye CP es una película radical en muchos sentidos, pero también impresionantemente bella. Pese a las respuestas estereotípicas de la gente adulta, las tomas de niñas y niños corriendo hacia los activistas y de vuelta a su madre o padre, en silueta con rayos de sol, son impactantes. Pero es la crudeza de la película lo que complementa su tema principal. La cinta fue filmada con material blanco y negro granulado, en 16mm, con una cámara que debía ser rebobinada cada 40 segundos.²² No habiendo producido nunca antes una película, Hara no se preocupó mucho del sonido sincronizado. De modo que el diseño general del sonido es una mezcla de ruidos callejeros y personas que hablan por encima de las imágenes y contra éstas. El equipo también decidió no subtitar la película, forzando a espectadores japoneses a acostumbrarse a cómo hablan las personas con parálisis cerebral. Aun más desconcertantes fueron los ángulos de Hara y el movimiento de la cámara que sostenía, tan inquietos como los de sus colegas activistas. Y su impetuoso estilo de edición, hecha colectivamente con el equipo de Verdes Pastos, denota un enfoque tan fresco y enérgico a la producción cinematográfica que *Goodbye CP* se considera hoy día un trabajo seminal de producción filmica vanguardista, así como un documental político que marcó un hito. Más adelante, Hara llamaría a sus películas “documentales de acción” porque provocaron cambios.

Una de las partes más incómodas de la película es cuando Yokoto está discutiendo con su esposa Yoshiko, quien también tiene parálisis cerebral, y Hara lleva su cámara al hogar de la pareja para documentar la angustia de su conflicto. Hara pasaría a producir otras películas que atravesaron los límites éticos de la familia y estas crudas imágenes de ira doméstica fueron chocantes para el público japonés. Mientras la pareja está peleando, el equipo se reúne en otra habitación y discute los méritos de seguir adelante con el proyecto y de descartar la opinión de Yoshiko respecto a que ella y su esposo sólo están humillándose mutuamente aun más debido a la película.

El grado de reflexividad aquí hace muy real el formato inclusivo de la película y se introduce en otro derecho humano fundamental. Todas las personas tienen derecho a expresarse. Y todas tienen derecho a representarse a sí mismas. Además, todas tienen derecho a la privacidad. Y la combinación de estos derechos que chocan unos contra otros hace de *Goodbye CP* una película verdaderamente transgresora, mordaz en su crudo realismo. Pero es también un proyecto colectivo y los integrantes del equipo se presentan a sí mismos no como víctimas sino participantes. Hoy día, las plataformas mediáticas participativas son la sensación en el ámbito de los derechos humanos y *Goodbye CP* estuvo a la vanguardia de este movimiento.

En la película ocurren más acciones callejeras y una en particular provoca la intervención de la policía. La policía ve las protestas como un espectáculo de fenómenos, pero el equipo considera que la intervención fue un éxito crucial pues creó tal fastidio público. Más tarde, Yokoto lee sus poemas en público, dibuja un círculo con tiza a su alrededor, se sienta dentro de éste y escribe: “Ustedes que tienen piernas para pararse, ustedes que me prohíben caminar, así es como mantienen sus piernas; y toda la gente a mi alrededor, todas las piernas, ¿por cuáles razones me

prohíben caminar?” Y en una escena famosa, Yokoto se quita la ropa en la calle sin ninguna vergüenza, obligando a la gente a que mire su cuerpo. Al final, Yokoto se aleja arrastrándose sobre sus rodillas y se pregunta si la película ha hecho algún bien. Mi interpretación de esta escena final es que él está luchando tanto contra la idea de la muerte como con su discapacidad y esta lucha lo vincula al destino común que le aguarda a toda la humanidad.

Goodbye CP no fue exactamente un éxito cuando se estrenó en 1972. Fue escandalosa. El público acusó a Hara de haber humillado a personas con parálisis cerebral y de convertir sus luchas en un espectáculo público. La gente no sabía, sin embargo, que el punto era la presentación en público porque se trataba de activismo y resistencia. Tampoco comprendió inicialmente el espíritu participativo de la película ni cómo había desaparecido el espacio entre el cineasta y sus colaboradores. Pero a las personas con parálisis cerebral les encantó la película y comprendieron todo lo que la gente estaba diciendo sin subtítulos. Incluso entendieron todo el humor interno que el público en general no había captado en la cinta. Yokoto Hiroshi se convirtió en una especie de héroe popular para las personas con discapacidad en Japón. Y, con el tiempo, el sentimiento del público empezó a cambiar, reconociendo la belleza y valentía singulares de la película. Hoy día en Japón, éste es un documental que debería ser visto por quienes estudian cualquier cosa relacionada con discapacidades. También es una película de culto para estudiantes del cine vanguardista. Yo la uso en mis clases sobre derechos humanos y medios de comunicación para ilustrar cómo pueden fusionarse el activismo, los medios de comunicación participativos y la poética.



Una de las preguntas en *Goodbye CP* era: ¿qué significa exactamente ser humano? – en particular cuando alguien es diferente. Nunca fue analizado este dilema existencial con más gracia y asombro que en la película de 1971 de Werner Herzog, *Land of Silence and Darkness* [*En la tierra del silencio y la oscuridad*] (2005). En aquel tiempo, Herzog era un joven cineasta y éste fue casi un proyecto personal, según se dice producido con apenas unos cuantos miles de dólares y un pequeño equipo. Toda la cinta evoca el otoño en Alemania, con esos melancólicos tonos pálidos que sólo las películas de principios de la década de 1970 parecen poseer. Al igual que muchas de las primeras producciones de Herzog, ésta es laboriosa, casi meditativa en ciertos momentos, exigiendo una prolongada concentración en las preguntas metafísicas que quedan en el aire con cada larga toma.

La película sigue de cerca a una mujer de 56 años de edad llamada Fini Straubinger que es sordociega. Cuando viaja por Baviera representando a la Liga de Personas Ciegas, ella conoce y ayuda a personas que comparten un destino similar. De hecho, las llama “camaradas en el destino” que necesitan ser liberadas. Pero a diferencia de quienes nacieron con sordoceguera, Fini había tenido una caída devastadora por las escaleras a sus nueve años y en cuestión de pocos años perdió por completo la vista y el oído. Durante este tiempo permaneció en cama por casi 30 años. Finalmente se reintegró a la sociedad y quería ayudar a tantas personas como pudiera.

En una de las secciones iniciales de la película, Fini y su amiga Juliet, quien también es sordociega, toman un vuelo corto. Es la primera vez que ambas han estado en un avión y la expresión de sus rostros en el aire es de júbilo puro mientras sobrevuelan las montañas cubiertas de nieve y una toma las manos de la otra para comunicarse dibujando el alfabeto en sus palmas. Va con ellas una “acompañante” que no tiene discapacidad pero puede usar lenguaje de señas y traducir lo que ve. Es una escena inolvidable en la historia de las películas documentales y cada vez que le pregunto a alguien si ha visto *En la tierra del silencio y la oscuridad*, siempre menciona esta secuencia con asombro.

La película contiene otras escenas memorables que abordan la experiencia de ser diferente con nada menos que júbilo. Hay una visita a los jardines botánicos, cuando un grupo grande de personas sordociegas es guiado entre los cactus, cada una con su acompañante traduciéndole, y se maravillan al solo contacto con las plantas. Aun más mágica es la visita al zoológico, cuando las personas sordociegas sostienen a los animales con una expresión de gozo puro.

En el cumpleaños de Fini, ella saluda cálidamente a toda la gente, habla en voz alta para que todos los acompañantes traduzcan, toca a sus invitados, les da la mano, canta, abraza a viejas amistades y les pregunta genuinamente por sus acompañantes, a quienes ella también conoce.

En la fiesta, Fini pide un poema y Juliet se pone de pie y anuncia:

Por favor traduzcan para las personas sordociegas. Recitaré un poema que refleja nuestra situación. El título es: El arte más maravilloso.

*mantenerte a distancia
cuando los demás disfrutan
ser feliz todo el tiempo
llevando a cabo con gusto
la más sagrada tarea
renunciar de noble manera
a tus deseos personales
vivir en la oscuridad
donde el sol no te da
pero brillar como estrella
eso es arte
que sólo puede comprender
una persona
cuya alma está resuelta
a alcanzar el paraíso*
(THE LAND..., 2005)

El título de la película viene de la propia Fini cuando describe a personas para quienes es difícil comunicarse con otras. Y ese lado más oscuro de la cinta, así como el trabajo de promoción y defensa que Fini realiza entre las personas sordociegas, son lo que hacen de esta historia una representación profundamente sentida de los derechos humanos. Finalmente, nos encontramos en el punto de

estas películas seminales en el que las propias personas con discapacidad juegan el papel principal de proveedoras de cuidados. Cuando Fini viaja para reunirse con otras personas, las historias de soledad que le relatan son desgarradoras. Más que eso, nos hacen preguntarnos: ¿cómo puede alguien vivir sin comunicación? Pero *En la tierra del silencio y la oscuridad* no es una película triste. La presencia de Fini es firme cuando aborda cada situación con nada menos que compasión y entendimiento.

Una de las personas a quienes conoce es una especie de hombre-niño llamado Vladimir, de 22 años pero con aspecto de niño en su suéter azul de cuello en V, quien está sentado sobre el suelo soplando burbujas y murmurando. Nunca había aprendido a caminar, menos aun a comunicarse, y había pasado su vida en una larga niebla. Como lo hacía con todas las personas a quienes conoce por primera vez, Fini acaricia el rostro de Vladimir, tocando sus ojos y orejas, y coloca las manos de él sobre su cara para hacerle saber que tampoco ella puede ver y que son similares. Cuando Fini empieza a enseñarle algunas señas introductorias sobre la palma de su mano, él parece despertar, percibe cierta química entre ambos y clava sus uñas en las palmas de ella – un acto desesperado por comunicarse. Se mueve de un lado a otro y sus ojos se ponen en blanco al percatarse de que esta reunión es algo diferente. Cuando Fini coloca un radio portátil sobre el regazo de Vladimir, él se transforma. Abrazando el radio y poniendo su cara contra el parlante como si estuviera escuchando la música, siente las vibraciones y percibe algo mágico. Fini deduce que el principal problema del joven es que está aburrido y tiene potencial para un gran cambio.

En la película conocemos a otro niño sordociego que aprende a nadar. Hay una escena en la que está flotando en una alberca interior y, cuando su entrenador le suelta la mano, el niño extiende el brazo para aferrarse a él. Aquí, la mano extendida es simbólica, tan frágil, de su necesidad nata de contacto humano. Herzog apenas habla en la película; sólo dice algunas palabras aquí y allá para ayudar a presentar a la gente, pero su estilo de filmación es sobre todo paciente y observador. Él simplemente permite que estas escenas sigan su curso, lo opuesto del estilo cortado de *Goodbye CP*. La estrategia de la toma prolongada sin cortes hace recordar el cine trascendental de tantos directores de Europa Oriental y es lo que le da un aura poética a esta película. Más adelante, este mismo niño se baña por sí mismo, otra cosa nueva para él, y cuando aprende a manejar las llaves de la ducha, el torrente de agua humeante corre por su cuerpo. Ésta es otra escena impactante en la película porque es una expresión de sensualidad táctil pura y nos recuerda cuán misterioso puede ser un acto tan cotidiano.

Pero es de las personas adultas a quienes Fini encuentra que se puede interpretar literalmente el título de la película. Conocemos a una mujer sordociega de 48 años de edad, sentada sola en un asilo y vestida de negro. Está en una cafetería rodeada de otras mujeres que también deben ser ciegas o tienen alguna discapacidad psicosocial, porque simplemente están sentadas ahí, en silencio, con la mirada fija hacia el frente. Es una imagen extraña, pero Fini llega y de inmediato humaniza la reunión. Según se explica, la mujer solía conocer el braille pero lo olvidó y nadie la quería, así que terminó en la “clínica neurológica”,

completamente sola y apartada del resto de la gente. No ha hablado con nadie en años y, cuando Fini la toca, también ella percibe estar frente a un espíritu afín. Fini le toma la mano y con ésta empieza a trazar letras sobre la mesa, toma una tabla de Braille y comienza a enseñarle cómo volver a usarla. El personal del asilo se maravilla de que la mujer mantiene los ojos puestos en Fini. Herzog cierra esta sección con un subtítulo: “Cuando sueltas mi mano, es como si estuviéramos a mil millas de distancia”.

La película concluye con un hombre sordociego de 51 años de edad que vive con su madre en un ancianato. Al conocerlo, Fini comenta que él parece haber desaparecido de la faz de la Tierra porque está tan desconectado. Era sordo de nacimiento pero perdió la vista a sus 35 años y desde entonces ha olvidado cómo hablar y escribir. Sin embargo, su madre dice que unos años antes, cuando un día él salió de casa durante el invierno, había tocado el suelo y exclamado “¡Nieve!” En cierto punto se sintió tan rechazado por la sociedad que vivió en un establo junto a las vacas por un tiempo.

Están sentados en un patio. Fini toca la cara del hombre, establece contacto y empieza a comunicarse con él haciendo señas sobre la palma de su mano. Él siente que lo está tocando pero permanece impasible. El viento sopla contra los árboles, y mientras hablan de su condición él se levanta y camina por el patio. Es una tarde de otoño y cuando está caminando se topa con unas ramas bajas que toca hasta llegar al tronco de un árbol. Allí abraza el árbol, siente la corteza, sigue con sus manos las ramas más largas y finalmente se inclina para recoger las hojas caídas. Es una toma extraordinaria. Y Herzog ha dicho que la película entera tenía la intención de llegar a ese momento final cuando se establece esta conexión elemental con la naturaleza.

En la tierra del silencio y la oscuridad es una película profundamente ética, con mucha humildad. Interpretarla a través del lente de los derechos humanos es aseverar lo obvio. La *Oscuridad* no es el impedimento específico. Tiene que ver con la falta de comprensión, con la ignorancia y la mentalidad que querían dejar que estas personas desaparecieran sin contacto ni amor humano. Es esa misma oscuridad en Charenton, Bridgewater y la sociedad más amplia fuera de Archway. Es también toda esa gente que no quería ver a personas con parálisis cerebral en las calles de Japón. El *Silencio* es el silencio de la sociedad que permitió que estas cosas ocurrieran. Estas cinco películas fueron fundacionales por haber sido las primeras que rompieron el silencio. Sobresalen porque también fueron obras de arte. Y además fueron documentos transformadores en cuanto a presenciar los derechos humanos pues iniciaron el proceso de cambio.

Hoy día muchos cineastas continúan poniendo en escena a personas con discapacidad y mantienen viva la lucha. Pero todos ellos están obligados con estas asombrosas películas. Indudablemente, no habría una transformación internacional en los derechos humanos de las personas con discapacidad ni nuevos estándares normativos de tales derechos sin nuestro reconocimiento visual de estos asuntos. Esa visibilización empieza con estas cinco películas que mostraron el dolor, la violencia, el rechazo, la resistencia y la esperanza de cambiar la manera en que percibimos a las personas con discapacidad.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ARTAUD, A. 1994. **The Theatre and Its Double**. New York: Grove Press.
- ASYLUM. 2004. Directed by Peter Robinson. c1972. 1. DVD (95 min). Disponible en: <<http://kino.com>>. Visitado en: Enero 2011
- BROOK, P. 1995. **The Empty Space**. New York: Touchstone.
- GOODBYE CP. 1972. Directed by Kazuo Hara. 1 DVD (82 min). Disponible en: <<http://www.facets.org>>. Visitado en: Enero 2011
- INNES, C. 1993. **Avant Garde Theatre: 1892-1992** New York: Routledge.
- KAZUO, H. 2009. **Camera Obtrusa**. New York: Kaya Press.
- LAING, R.D. 1969. **The Divided Self**. New York: Pelican.
- MARAT/Sade. 2001. Directed by Peter Brook. MGM Home Entertainment, c1966. 1 DVD.
- REARDON, B. 1995. **Educating for Human Dignity: Learning About Rights and Responsibilities**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- SZASZ, T. 2007. Therapeutic Censorship on Ticut Follies. 2007 **The Freeman: Ideas On Liberty**, Foundation for Economic Education, v. 57, n. 4 May. Available at: <<http://www.thefreemanonline.org/columns/the-therapeutic-state-therapeutic-censorship>>. Visitado en: Enero 2011
- THE LAND of Silence and Darkness. 2005. Directed by Werner Herzog. c1971. 1 DVD (85 min). On DVD from New Yorker Video.
- TITICUT Follies. 1967. Directed by Frederick Wiseman. 1 DVD (84 min). Disponible en: <<http://www.zipporoh.com>>. Visitado en: Enero 2011

NOTAS

1. Esta cita es de un capítulo sobre Peter Brook y la historia del teatro de vanguardia (INNES, 1993).
2. Para un estudio detallado de la idea del espacio vacío, ver Brook (1995).
3. Ver el relato acerca de los estrenos teatrales de Brook en la década de 1960 en Innes (1993).
4. Para más información sobre los pensamientos de Artaud acerca de cómo el teatro afecta a los públicos, ver Artaud (1994).
5. Mi lectura sobre las generaciones de los derechos humanos fue tomada de Reardon (1995).
6. Un cronograma histórico sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad está disponible en <http://www.hrea.org/index.php?base_id=152>.
7. Ver el cronograma sobre los derechos de las personas con discapacidad en <http://www.hrea.org/index.php?base_id=152>.
8. En este sitio particular se desglosan por tema todas las películas sobre los derechos de las personas con discapacidad: <<http://disabilityfilms.tripod.com>>.

9. Mi enfoque de marco conceptual para los derechos humanos proviene de <<http://www.pdhre.org/index-sp.html>>.
10. Existen numerosos artículos sobre las circunstancias en el Hospital Estatal de Bridgewater durante la filmación de *Titicut Follies*; ver: <<http://reason.com/archives/2007/11/16/let-the-viewer-decide/singlepage>>.
11. Una sinopsis de la historia de esta película y los problemas legales está disponible en el ensayo de Toby Miller sobre Wiseman: <<http://www.mcc.murdoch.edu.au/ReadingRoom/7.2/Miller2.html>>.
12. Una reseña de la Convención, su texto y Protocolo Facultativo están disponibles en <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/humanrights.htm>>.
13. El texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura se encuentra en <<http://www2.ohchr.org/english/law/cat.htm>>.
14. Más información sobre el caso en Paraguay: <<http://www.disabilityrightsintl.org/work/country-projects/paraguay/>>.
15. La presentación en video sobre el caso en Paraguay está disponible en <http://www.witness.org/index.php?option=com_content&task=view&id=227&Itemid=60>.
16. Ver la página de las Naciones Unidas para este tratado: <<http://www.un.org/spanish/disabilities/>>.
17. Más información sobre Ronald David Laing disponible en esta página de Wikipedia: <http://en.wikipedia.org/wiki/R._D._Laing>.
18. Para leer más sobre las ideas de Laing acerca del yo dividido, ver su libro (LAING, 1969).
19. Tomado de los comentarios de Kenneth Robinson en la inauguración de la película *Asylum* en el Museo de Arte Moderno en Nueva York en 2010: <<http://surveillancefilms.com>>.
20. Ver la reseña sobre *Asylum* por J. Hoberman, uno de los críticos de cine más estimados en la actualidad: <<http://surveillancefilms.com>>.
21. Ver el libro *Camera Obtrusa: The Action Documentaries of Hara Kazuo*, de Kazuo Hara, y su capítulo sobre la historia de la producción de la película *Goodbye CP* (KAZUO, 2009).
22. Ver el capítulo sobre la producción de la película *Goodbye CP* (KAZUO, 2009).

ABSTRACT

There would be no transformative change in human rights for persons with disabilities without the role of visual representation. This paper looks at five foundational documentaries from the late 1960s and early 1970s that seeded the visualization of disabilities. Describing the films, and reflecting on the changes of disability rights, the paper aims to situate the U.N. Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities within the rich history of documentary practice.

KEYWORDS

Documentary films – Human rights – Persons with disabilities

RESUMO

Não haveria mudança transformacional nos direitos humanos para pessoas com deficiência sem a existência de sua representação visual. Este artigo examina cinco documentários dos anos 1960 e início dos anos 70 que iniciaram a visualização das deficiências. Descrevendo os filmes e refletindo sobre as mudanças em relação aos direitos das pessoas com deficiência, o artigo objetiva situar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência dentro da rica história da prática documentária.

PALAVRAS-CHAVE

Documentários – Direitos humanos – Pessoas com deficiências

ENTREVISTA CON LUIS GALLEGOS CHIRIBOGA, PRESIDENTE (2002-2005) DEL COMITÉ *AD HOC* QUE ELABORÓ LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Por Regina Atalla, Presidenta de la Red Latinoamericana
de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con
Discapacidad y sus Familias (RIADIS)

Luis Gallegos Chiriboga ejerció la presidencia del Comité *Ad Hoc* de la Asamblea General de las Naciones Unidas que elaboró la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2002 al 2005. Es presidente de la Iniciativa Global de Información y Comunicación Inclusiva (G3ICT) y la Comisión de Diseño Universal. Ha sido reconocido en múltiples ocasiones por su trabajo en pro de los derechos humanos de las personas con discapacidad, tanto en el Ecuador como internacionalmente.

Además, es uno de los diez miembros elegidos a título personal para el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otras Penas y Tratos Inhumanos, Crueles y Degradantes desde el 2006. Perteneció también al Grupo de Liderazgo Mundial sobre Derechos Humanos y Transnacionales.

Es miembro de Carrera del Servicio Exterior del Ecuador y ha desempeñado funciones diplomáticas bilaterales en España, Bulgaria, El Salvador, Australia y Estados Unidos de América. En el campo multilateral ha sido embajador, Representante Permanente ante Naciones Unidas en Ginebra y en Nueva York

Antes de jugar un papel tan relevante (como lo ha hecho Usted en las Naciones Unidas dentro del proceso de negociaciones de la nueva Convención), ¿Qué experiencias había tenido en relación con las personas con discapacidad en Ecuador o en algún otro país?

L: Antes del proceso de negociación de la Convención había intervenido como Vicepresidente de la Comisión de Derechos Humanos en la aprobación de una resolución que inició el proceso de lograr derechos vinculantes para las personas con discapacidad. Desde muchos años atrás guardo un profundo respeto por aquellas personas que afrontan situaciones muy difíciles, muchas de las cuales resultan inimaginables para quienes no tenemos discapacidades ni hemos vivido cerca de alguien que las padezca. Estas personas encuentran



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

muchas barreras, desde las que se viven en la cotidianidad, como la dificultad de comunicarse, movilizarse, ingresar a un edificio o a un medio de transporte, hasta algunas mucho más difíciles de superar, como la discriminación, dificultades para acceder a la educación y a los servicios de salud. Estas barreras se vuelven más complejas en los países en desarrollo, en los que no se cuenta con los medios necesarios para atender a este grupo vulnerable de la sociedad.

No obstante, pese a los obstáculos y adversidades que tienen que enfrentar, y a las limitaciones físicas y sociales, dando muestras de una gran fuerza de voluntad logran superarlas y salir adelante, dándonos un ejemplo de vida a todos.

Esa experiencia —si la tuvo—, ¿Cómo le ayudó cuando asumió la responsabilidad de presidir el Comité *Ad Hoc* en el 2002? ¿Qué le hizo abrir las puertas a la participación de las personas con discapacidad tan directamente en el proceso (lo que se le reconoce como un gran acierto suyo, más a la luz de los resultados obtenidos)?

L: Los delegados de los países no conocíamos realmente los graves problemas que afectan a las personas con discapacidad. ¿Quiénes mejor que ellos podían transmitirnos sus vivencias, sus problemas, los obstáculos que enfrentan y los requerimientos que tienen? De ahí, la importancia y la necesidad de su participación en el proceso, a fin de lograr una Convención que sirva para mejorar la vida de más de 650 mil millones de personas con discapacidad alrededor de todo el mundo. Resulta difícil pensar que sin contar con el valioso aporte de estos actores, podríamos lograr adoptar una convención práctica y que resultara aplicable a sus realidades. El abrir la negociación a la participación de ellos fue uno de los mayores logros de mi carrera profesional.

Las personas con discapacidad y sus organizaciones representativas jugaron un papel activo y destacado en las negociaciones del tratado, ¿Cuál considera que fue el factor clave para jugar tal rol? ¿Cómo explica que un sector tan histórica y estructuralmente excluido, desempeñara tal labor en este proceso?

L: El lema de las personas con discapacidad durante la negociación de la Convención: “Nada de nosotros sin nosotros”, así como la participación activa de las ONG vinculadas con este tema, y las brillantes intervenciones realizadas por estos actores, grandes defensores de sus derechos, enseñaron a la comunidad internacional que para contar con una convención sobre un tema tan complicado como la discapacidad, por su especificidad, era necesario incorporar a los representantes de la comunidad de personas con discapacidad.

Cabe señalar que en este contexto fue muy importante la red de comunicación e información que se construyó en torno al proceso de negociación de la Convención. Había un seguimiento prolijo de cada reunión y de cada declaración realizada. Las propuestas y documentos de la reunión se circulaban en la sala de reuniones en alfabeto Braille y en formatos y tecnologías accesibles. Se utilizaba también el lenguaje por señas. Gracias

a la red de comunicación, lo que sucedía en Nueva York, en las salas de las Naciones Unidas, era conocido por toda la comunidad de personas con discapacidad en todo el mundo.

Dentro de su amplia y fructífera carrera diplomática, Usted ha visto muchos procesos de negociación en la ONU. ¿Qué valoración general haría del proceso que terminó con la aprobación de la Convención en diciembre del 2006?

L: Me atrevería a decir que este proceso fue uno de los más exitosos, no solo por el corto tiempo que duró la negociación (de 2002 a 2006), considerando los estándares de Naciones Unidas en donde la aprobación de Convenciones toma décadas, sino sobre todo por la amplia participación de los Estados y de la sociedad civil. Finalmente, tras superar los obstáculos, la oposición a negociar una convención y a incorporar a la sociedad civil en las discusiones, se logró como resultado la aprobación de una convención a favor de la promoción de los derechos de las personas con discapacidad. Uno nace con discapacidad, la adquiere durante su vida por diversas razones (accidentes, enfermedades, pobreza, etc), pero cuando uno llega a la vejez, seguro que tendrá algún tipo de discapacidad. Por ello creo que es una Convención universal que abarca a miles de millones de personas y sus familias.

La construcción de este tratado siguió un curso inédito en la ONU al crear el Comité Especial, un Grupo de Trabajo de composición mixta (Estados y sociedad civil) para elaborar un borrador de Convención. ¿Cómo valora esta experiencia democratizadora en la ONU? ¿Se podrá repetir con otras convenciones? ¿Qué papel jugó ese borrador con respecto al tratado finalmente aprobado?

L: El Grupo de Trabajo compuesto por delegados de los Estados y sociedad civil, se encargó de redactar el borrador que sirvió de base para la Convención. Considero que estas prácticas deberían repetirse en Naciones Unidas porque permiten la adopción de instrumentos útiles y aplicables a las realidades de las personas sobre quienes se legisla. La integración de todos permitió un mejor resultado, ojalá se pudiese utilizar el mismo sistema “inclusivo” para enfrentar otros problemas.

¿Cómo valora el tratado que salió fruto de este proceso de negociaciones? ¿Qué alcances tiene? ¿Sus contenidos están dentro de sus expectativas?

L: Aunque los resultados finales no llegaron a satisfacer plenamente a los participantes en el proceso, se alcanzó el objetivo que todos buscábamos, la aprobación de un instrumento internacional que vele por los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con otras personas y elimine la discriminación. Este instrumento incorpora, entre otras, disposiciones que hacen que los países se comprometan a elaborar y poner en práctica políticas, leyes y medidas administrativas que aseguren los derechos reconocidos en la convención y abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que discriminan; a combatir los estereotipos y prejuicios y promover

la conciencia de las capacidades de esas personas; a garantizar que las personas con discapacidad disfruten de todos sus derechos (a la vida, educación, salud, trabajo) en igualdad de condiciones con otras personas. Creo que lo que sí salió es un instrumento que permite un “idioma universal” que todos los que tratamos los temas de discapacidad podemos tener como hoja de ruta para los estados y sociedades.

¿La gran cantidad de firmas alcanzadas y las ratificaciones (99 en el presente) refleja interés y compromiso de los Estados en cambiar las condiciones de vida de las personas con discapacidad o todavía está presente la idea de que es bueno aprobar normas relacionadas con discapacidad aunque no se cumplan?

L: Un nuevo capítulo de la historia fue escrito por los que han estado luchando en pos de los derechos humanos universales de las personas con discapacidad. Con la resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un hito en la historia de la ONU y el primer tratado global de derechos humanos del siglo 21.

Hasta hoy, la Convención ha registrado 147 firmas y 99 ratificaciones, lo que demuestra el firme compromiso de la comunidad internacional en este tema. La Convención, a lo largo de sus 50 artículos y el Protocolo Facultativo, reafirma que toda persona con discapacidad deberá disfrutar de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, y codifica un conjunto amplio de derechos, que van desde los derechos civiles y políticos a las esferas económicas, sociales y culturales.

¿Cuál considera que debe ser el punto de partida clave para lograr que se empiece a aplicar este tratado en forma efectiva en los países latinoamericanos?

L: Todos somos muy conscientes de los numerosos problemas globales, nuevos y emergentes, que afectan a las personas con discapacidad. En esta compleja situación nuestro firme compromiso con la promoción de los derechos de las personas con discapacidad requiere una aplicación estratégica de las normas de derechos humanos enunciados en la Convención en acciones, a través de recursos, instituciones y mecanismos capaces de responder a las necesidades de las personas con discapacidad.

Tenemos que trabajar mancomunadamente con el fin de fomentar la aplicación efectiva de la Convención. En cada país de la región hay que enseñar y convencer a cada persona, con o sin discapacidad, a unirse al movimiento hacia una sociedad más global e inclusiva, que valore la diferencia, reconozca la diversidad y esté dispuesta a desafiar los obstáculos que aún persisten.

La pobreza y la discapacidad se interrelacionan en un círculo vicioso, ¿Cómo este tratado puede contribuir a romper este círculo vicioso?

L: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que la cooperación internacional debe utilizarse como herramienta fundamental para conseguir la conquista de los derechos humanos por

parte de las personas con discapacidad. Si se quiere superar la pobreza y sus consecuencias, es necesario que en las políticas de desarrollo se tomen en cuenta los derechos de las personas con discapacidad y que este tema se incluya en las acciones que se llevan a cabo, siempre desde un enfoque basado en los derechos humanos. Esto repercutiría en muchas personas con discapacidad que viven en situación de pobreza.

Ya algunos países elaboraron y enviaron su primer informe (2 años) al Comité Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, en arreglo a lo establecido en el artículo 35 del tratado. Algunos movimientos de personas con discapacidad han trabajado o están trabajando en informes sombra ante la falta de rigor de los informes oficiales. ¿Qué opinión le merece estas iniciativas de la sociedad civil?

L: Los informes sombra que prepara la sociedad civil, respecto a los informes que los países presentan a los Comités que monitorean el cumplimiento de las disposiciones de las Convenciones Internacionales, dan la oportunidad a las organizaciones no gubernamentales para rebatir –cuando sea apropiado– los informes de los Estados y proporcionar recomendaciones para que tanto los Estados como los Comités tomen en cuenta su perspectiva. Los informes sombra permiten, también que se adopten acciones para solucionar aspectos que son de su preocupación.

Considero que la participación activa de la sociedad civil en diferentes ámbitos, tiene un gran valor.

¿Cómo visualiza la situación de las personas con discapacidad en nuestros países en 10 o 20 años si se cumplen bien con las disposiciones de la Convención?

L: Luego de que la Convención fuera aprobada por las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006 y se abriera a la firma, el 30 de marzo de 2007, la región de América Latina y el Caribe continúa liderando la lista de mayor número de países que han ratificado este instrumento internacional, lo cual demuestra el gran interés y compromiso con el tema.

Si los países de la región asumen los compromisos contraídos con la ratificación de la Convención de las Personas con Discapacidad, en 10 o 20 años habremos logrado mejorar sustancialmente la situación de millones de personas con discapacidad. Quienes participamos en el proceso asumimos el reto confiados en que nuestro trabajo contribuiría a mejorar las condiciones de vida de este grupo de la población. La adopción de ese instrumento fue una demostración de solidaridad y de respeto. Fue un gran paso que dio la humanidad en el tema de los derechos humanos universales y todos aspiramos a que en el menor tiempo posible podamos palpar los resultados positivos que de su aplicación se deriven.

La Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias (RIADIS) fue fundadora del “Caucus” Internacional sobre Discapacidad (International Disability Caucus) y

estuvo ahí hasta el final del proceso, llevando las ideas y voces de las y los latinoamericanos con discapacidad al proceso de elaboración del tratado. Asimismo ha jugado un activo papel promoviendo la firma y ratificación de la convención. Hoy día la RIADIS promueve la aplicación efectiva del tratado a través de labores divulgativas, de capacitación e incidencia política. ¿Cuál considera debe ser el rol de organizaciones como la RIADIS para contribuir a hacer efectivo este tratado?

L: La Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias desempeñó un rol fundamental en el proceso de negociación y ahora continúa haciéndolo para la ratificación y aplicación de ese instrumento. Creo que esa incansable labor de RIADIS es invaluable.

Creo que los elementos esenciales que contribuirán a la aplicación de la Convención son la educación y la divulgación de su contenido, en todos los niveles, a fin de que la gente comprenda de mejor manera que solamente el respeto, la solidaridad y la inclusión permitirán mejorar la sociedad en que vivimos.

Por último creo que hay que definir que lo que buscamos es el cambio de la sociedad. El que todos nos miremos al espejo y definamos nuestras limitaciones y superemos las barreras para que tengamos una sociedad inclusiva, en donde la “diferencia” sea valorada y no un motivo de discriminación.

Ecuador, bajo el liderazgo del Vicepresidente Lenin Moreno ha hecho grandes avances que son reconocidos internacionalmente y ponen al Ecuador como ejemplo para la comunidad internacional.

Se trata de cambiar la sociedad para que el respeto a los derechos humanos sea la norma y no la excepción.

SUR 1, v. 1, n. 1, jun. 2004

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN

Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE

Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos

JEREMY SARKIN

La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND

Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos en los sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY

La represión en los Estados Unidos después del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Redefinir la seguridad Cinco cuestiones sobre derechos humanos

SUR 2, v. 2, n. 2, jun. 2005

SALIL SHETTY

Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio: Oportunidades para los derechos humanos

FATEH AZZAM

Los derechos humanos en la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Derecho a la educación y educación para los derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE

Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND

Derechos humanos, medio ambiente y conflictos: Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY

Cooperación entre el Estado y la sociedad civil para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH

¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Líneas de trabajo en derechos

económicos, sociales y culturales:

Herramientas y aliados

SUR 3, v. 2, n. 3, dic. 2005

CAROLINE DOMMEN

Comercio y derechos humanos: rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA

El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ

Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO

La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE

El acceso a la justicia y la protección a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBE

La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Derechos humanos y justiciabilidad: una investigación en Río de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

SUR 4, v. 3, n. 4, jun. 2006

FERNANDE RAINE

El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO

Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Pueblos indígenas versus petroleras: Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones: ¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN

Relectura del desarrollo y de los derechos: Lecciones desde África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBIKE

Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Familia del gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID

PADILLA Y LEO ZWAAK
Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: Una actualización

RESEÑA

SUR 5, v. 3, n. 5, dic. 2006

CARLOS VILLAN DURAN

Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD

El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la Commonwealth del Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA

SUR 6, v. 4, n. 6, jun. 2007

UPENDRA BAXI

El Estado de Derecho en la India

OSCAR VILHENA VIEIRA

La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho

RODRIGO UPRIMNY YEPES

La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos

LAURA C. PAUTASSI

¿Igualdad en la desigualdad?
Alcances y límites de las acciones
afirmativas

GERT JONKER Y RIKA SWANZEN
Servicios de mediación para los
testigos menores de edad que atestiguan
ante tribunales penales sudafricanos

SERGIO BRANCO

La ley de autor brasileña como
elemento de restricción a la eficacia
del derecho humano a la educación

THOMAS W. POGGE

Propuesta para un Dividendo sobre
Recursos Globales

SUR 7, v. 4, n. 7, dic. 2007

LUCIA NADER

El papel de las ONG en el Consejo de
Derechos Humanos de la ONU

CECÍLIA MACDOWELL SANTOS

El activismo legal transnacional
y el Estado: reflexiones sobre los
casos contra Brasil en el marco de la
Comisión Interamericana de Derechos
Humanos

JUSTICIA TRANSICIONAL

TARA URS

Imaginando respuestas de inspiración
local a las atrocidades masivas que se
cometieron: voces de Camboya

CECILY ROSE Y FRANCIS M.
SSEKANDI

La búsqueda de justicia transicional
y los valores tradicionales africanos:
un choque de civilizaciones – El caso
de Uganda

RAMONA VIJEYARASA

Enfrentando la historia de Australia:
verdad y reconciliación para las
generaciones robadas

ELIZABETH SALMÓN G.

El largo camino de la lucha contra la
pobreza y su esperanzador encuentro
con los derechos humanos

ENTREVISTA CON JUAN MÉNDEZ
Por Glenda Mezarobba

SUR 8, v. 5, n. 8, jun. 2008

MARTÍN ABREGÚ

Derechos humanos para todos:
de la lucha contra el autoritarismo
a la construcción de una democracia
inclusiva – una mirada desde la Región
Andina y el Cono Sur

AMITA DHANDA

Construyendo un nuevo léxico de
derechos humanos: la Convención
sobre los Derechos de las Personas
con Discapacidad

LAURA DAVIS MATTAR

Reconocimiento jurídico de los
derechos sexuales – un análisis
comparativo con los derechos
reproductivos

JAMES L. CAVALLARO Y

STEPHANIE ERIN BREWER
La función del litigio interamericano
en la promoción de la justicia social

DERECHO A LA SALUD Y ACCESO A MEDICAMENTOS

PAUL HUNT Y RAJAT KHOSLA

El derecho humano a los medicamentos

THOMAS POGGE

Medicamentos para el mundo:
impulsar la innovación sin obstaculizar
el libre acceso

JORGE CONTESSE Y DOMINGO

LOVERA PARMO
Acceso a tratamiento médico para
personas viviendo con VIH/sida: éxitos
sin victoria en Chile

GABRIELA COSTA CHAVES,
MARCELA FOGAÇA VIEIRA Y
RENATA REIS

Acceso a medicamentos y propiedad
intelectual en Brasil: reflexiones y
estrategias de la sociedad civil

SUR 9, v. 5, n. 9, dic. 2008

BARBORA BUKOVSKÁ

Perpetrando el bien: las consecuencias
no deseadas en la defensa de los
derechos humanos

JEREMY SARKIN

Las cárceles en África: una evaluación
desde la perspectiva de derechos
humanos

REBECCA SAUNDERS

Lo que se pierde en la traducción:
expresiones del sufrimiento humano,
el lenguaje de los derechos humanos y
la Comisión Sudafricana de Verdad y
Reconciliación

SESENTA AÑOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

PAULO SÉRGIO PINHEIRO

Sesenta años después de la
Declaración Universal: navegando las
contradicciones

FERNANDA DOZ COSTA

Pobreza y derechos humanos: desde
la retórica a las obligaciones legales –
una descripción crítica de los marcos
conceptuales

EITAN FELNER

¿Una nueva frontera para la defensa
de los derechos económicos y sociales?
Convirtiendo los datos cuantitativos en
una herramienta para la rendición de
cuentas en derechos humanos

KATHERINE SHORT

De la Comisión al Consejo: ¿las
Naciones Unidas han logrado crear
un órgano de derechos humanos
confiable?

ANTHONY ROMERO

Entrevista con Anthony Romero,
Director Ejecutivo de American Civil
Liberties Union (ACLU)

SUR 10, v. 6, n. 10, jun. 2009

ANUJ BHUWANIA

“Muy malos niños”: “La tortura
India” y el informe de la Comisión
sobre la Tortura en Madrás de 1855

DANIELA DE VITO, AISHA GILL Y
DAMIEN SHORT

El delito de violación tipificado como
genocidio

CHRISTIAN COURTIS

Apuntes sobre la aplicación del
Convenio 169 de la OIT sobre pueblos
indígenas por los tribunales de
América Latina

BENYAM D. MEZMUR

La adopción internacional como
medida de último recurso en África:
promover los derechos de un niño y no
el derecho a un niño

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS EN MOVIMIENTO: MIGRANTES Y REFUGIADOS

KATHARINE DERDERIAN Y
LIESBETH SCHOCKAERT

Respondiendo a los flujos “mixtos”
de migración: Una perspectiva
humanitaria

JUAN CARLOS MURILLO

Los legítimos intereses de seguridad
de los Estados y la protección
internacional de refugiados

MANUELA TRINDADE VIANA

Cooperación internacional y
desplazamiento interno en Colombia:
Desafíos a la mayor crisis humanitaria
de América del Sur

JOSEPH AMON Y KATHERINE
TODRYS

Acceso a tratamiento antirretroviral
para las poblaciones migrantes del
Sur Global

PABLO CERIANI CERNADAS

Control migratorio europeo en
territorio africano: La omisión
del carácter extraterritorial de las
obligaciones de derechos humanos

SUR 11, v. 6, n. 11, dic. 2009

VÍCTOR ABRAMOVICH

De las Violaciones Masivas a los
Patrones Estructurales: Nuevos

Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

VIVIANA BOHÓRQUEZ MONSALVE Y JAVIER AGUIRRE ROMÁN
Las Tensiones de la Dignidad Humana: Conceptualización y Aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DEBORA DINIZ, LÍVIA BARBOSA Y WEDERSON RUFINO DOS SANTOS
Discapacidad, Derechos Humanos y Justicia

JULIETA LEMAITRE RIPOLL
El Amor en Tiempos de Cólera: Derechos LGBT en Colombia

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

MALCOLM LANGFORD
Justiciabilidad en el Ámbito Nacional y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Un Análisis Socio-Jurídico

ANN BLYBERG
El Caso de la Asignación Incorrecta: Derechos Económicos y Sociales y el Trabajo Presupuestario

ALDO CALIARI
Comercio, Inversiones, Finanzas y Derechos Humanos: Tendencias, Desafíos y Oportunidades

PATRICIA FEENEY
Empresas y Derechos Humanos: La Lucha por la Rendición de Cuentas en la ONU y el Rumbo Futuro de la Agenda de Incidencia

COLOQUIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Entrevista con Rindai Chipfunde-Vava, Directora de Zimbabwe Election Support Network (ZESN)

Informe sobre el IX Coloquio Internacional de Derechos Humanos

SUR 12, v. 7, n. 12, jun. 2010

SALIL SHETTY
Prefacio

FERNANDO BASCH ET AL.
La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Un Enfoque Cuantitativo sobre su Funcionamiento y sobre el Cumplimiento de sus Decisiones

RICHARD BOURNE
Commonwealth of Nations: Estrategias Intergubernamentales y No Gubernamentales para la Protección de los Derechos Humanos en una Institución Postcolonial

OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO

AMNISTÍA INTERNACIONAL
Combatiendo la Exclusión: Por qué los Derechos Humanos Son Esenciales para los ODM

VICTORIA TAULI-CORPUZ
Reflexiones sobre el Papel del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas en relación con los ODM

ALICIA ELY YAMIN
Hacia una Rendición de Cuentas Transformadora: Aplicando un Enfoque de Derechos Humanos para Satisfacer las Obligaciones en relación a la Salud Materna

SARAH ZAIDI
Objetivo 6 de Desarrollo del Milenio y el Derecho a la Salud: ¿Conflictivos o Complementarios?

MARCOS A. ORELLANA
Cambio Climático y los ODM: El Derecho al Desarrollo, Cooperación Internacional y el Mecanismo de Desarrollo Limpio

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

LINDIWE KNUTSON
¿Es el Derecho de las Víctimas de *apartheid* a Reclamar Indemnizaciones de Corporaciones Multinacionales Finalmente Reconocido por los Tribunales de los EE.UU.?

DAVID BILCHITZ
El Marco Ruggie: ¿Una Propuesta Adecuada para las Obligaciones de Derechos Humanos de las Empresas?

SUR 13, v. 7, n. 13, jun. 2010

GLENDA MEZAROBBA
Entre Reparaciones, Medias Verdades e Impunidad: La Difícil Ruptura con el Legado de la Dictadura en Brasil

GERARDO ARCE ARCE
Fuerzas Armadas, Comisión de la Verdad y Justicia Transicional en Perú

MECANISMOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

FELIPE GONZÁLEZ
Las Medidas Urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

JUAN CARLOS GUTIÉRREZ Y SILVANO CANTÚ
La Restricción a la Jurisdicción Militar en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos

DEBRA LONG Y LUKAS MUNTINGH
El Relator Especial sobre Prisiones y Condiciones de Detención en África y el Comité para la Prevención de la Tortura en África: ¿Potencial para la Sinergia o la Inercia?

LUCYLINE NKATHA MURUNGI Y JACQUI GALLINETTI
El Papel de los Tribunales Subregionales en el Sistema Africano de Derechos Humanos

MAGNUS KILLANDER
Interpretación de los Tratados Regionales de Derechos Humanos

ANTONIO M. CISNEROS DE ALENCAR
Cooperación entre los Sistemas de Derechos Humanos Universal e Interamericano dentro del Marco del Mecanismo de Examen Periódico Universal

EN MEMORIA

Kevin Boyle – Un Eslabón Fuerte en la Corriente
Por Borislav Petranov

La Fundación Carlos Chagas tiene como premisa esencial el tema de la ciudadanía. En sus especialidades y líneas de investigación apunta al desarrollo humano-social.

La producción en el campo de la investigación en la FCC, articulada entre los polos de evaluación de políticas, género y raza abarca profundos estudios sobre los distintos niveles de enseñanza.

En las tres publicaciones de la Fundación – Cadernos de Pesquisa, Estudos em avaliação educacional y Textos FCC –, esa producción académica comparte el espacio con el trabajo de investigadores de otras instituciones, lo que posibilita una mirada diversificada sobre los temas del área.



Fundação Carlos Chagas

REFERENCIA EN EDUCACIÓN WWW.FCC.ORG.BR