



Papeles el tiempo de los derechos

TENSIONES ENTRE EL COMITÉ DE LA CDPD Y DEMÁS ÓRGANOS DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. HACIA UNA COHERENCIA EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Maria Laura Serra

Doctora en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid.
Investigadora Asociada del *Centre for Disability Law and Policy* (CDLP) de la Universidad Nacional de
Irlanda, Galway (NUIG)
marialaura.serra@nuigalway.ie

Palabras clave: Comité CDPD; privación de libertad; aborto; tensiones entre fuentes del derecho.

Número: 3 Año: 2018

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

TENSIONES ENTRE EL COMITÉ DE LA CDPD Y DEMÁS ÓRGANOS DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. HACIA UNA COHERENCIA EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dra. María Laura Serra

I.- INTRODUCCIÓN

Este análisis pretende enmarcarse dentro del ámbito internacional de los derechos humanos e indagar las tensiones que se presentan entre el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité de la CDPD) y el resto de los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, así como los procedimientos especiales, es decir, relatores/as especiales, expertos/as independientes y grupos de trabajo. Sin embargo, por el espacio que ocupa este artículo, me limitaré únicamente a las tensiones que existen respecto del Comité de la CDPD con el resto de los Comités de Naciones Unidas, como órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos.

Con esto, pretendo hacer foco en dos cuestiones. Por un lado, este artículo parte del hecho de que las tensiones existen, por lo tanto, es importante generar una discusión en torno a ellas y comprender que lo establecido por un Comité, como órgano creado en virtud de un Tratado de Derechos Humanos, no es una verdad indiscutible y, al margen de que los Comités de Naciones Unidas crean jurisprudencia, se pueden debatir sus criterios. Por otro lado, pretendo resaltar la necesidad de un discurso coherente en los derechos humanos.

En este aspecto, pongo a debate en este espacio dos tensiones que hay entre el Comité de la CDPD y otros Comités de Tratados de Derechos Humanos. Se tratan de la privación de libertad de las personas con discapacidad y el aborto para las mujeres (o personas que puedan quedar embarazadas) con y sin discapacidad.

En este artículo pretendo iniciar un debate, a la vez que realizo una invitación a pensar y tratar de comenzar a buscar soluciones a estas tensiones. Así, pretendo encontrar vías de armonización para todos los discursos de los principales mecanismos de ley de Naciones Unidas. La armonización es necesaria porque de esa manera estaremos sosteniendo los valores que sustentan a los derechos humanos, tales como la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la solidaridad. En esta búsqueda no pretendo llegar a una solución, pero sí marcar una hoja de ruta en pos de encontrarla.

Los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos deben de complementarse unos a otros y servir a un propósito mayor, como el de desarrollar el sistema de derechos humanos como un todo, y no como compartimentos indivisibles, y así sostener una de las principales características de los derechos humanos en cuanto a que son derechos interrelacionados e interdependientes, como lo establece la Declaración de Viena¹.

En cuanto a su estructura, el artículo se divide en tres partes. En el primer punto se tratarán las dos tensiones que presento, de manera paralela. En este acápite se busca presentar de manera detallada las inconsistencias, el tópico a debate y entre qué órganos se generan las tensiones. En el segundo párrafo pretendo generar una respuesta a los criterios adoptados por los Comité que, como órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, considero erróneos. Para eso, me baso en estándares, principios y derechos humanos. En la tercera sección realizo un análisis sobre las cuestiones que presento a fin de terminar con estas dos grandes tensiones entre los Comités y presentar caminos hacia una posible solución en ambos temas, enumerando brevemente una serie de retos al respecto que, creo, deben ser planteados dentro de Naciones Unidas, así como dentro de la academia.

II.- TENSIONES

Las tensiones que existen entre los diferentes órganos creados en virtud de

¹ Declaración y Programa de Acción de Viena, 12 de Julio de 1993, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos del 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, párrafo (5): “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

Tratados de Derechos Humanos consisten en discrepancias directas o indirectas, diferencias de enfoque en un mismo tema o diferencias de interpretación de un mismo instrumento jurídico. Estas tensiones pueden presentarse –dentro del ámbito de los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos– en Observaciones generales, en Recomendaciones generales o en Observaciones finales adoptadas tras la consideración de un informe presentado por un Estado parte.

II.1.- Privación de libertad a las personas con discapacidad. Artículo 14 de la CDPD

Es evidente² que las personas con discapacidad, sobre todo las personas con discapacidad mental y/o psicosocial y las personas con discapacidad intelectual, se ven privadas de su libertad por razón de su discapacidad³. La privación de libertad se presenta bajo varias formas, incluyendo la detención por las fuerzas de seguridad, prisión, internamiento en hospitales de manera involuntaria, internamiento en instituciones psiquiátricas sin su consentimiento y/o el confinamiento en asilos o, en instituciones llamadas ‘de cuidado’ para personas mayores, entre otras instituciones. En definitiva, las personas con discapacidad están sujetas a una detención *de facto* generalizada.

Bartlett y Schulze expresan que las personas con discapacidad son vistas como un grupo social que necesita el papel protector del Estado, lo quieran o no y lo imponen por la fuerza si es necesario. Irónicamente, dicen estos autores, esta función de protección puede implicar la segregación de la personas a entornos donde existen graves riesgos de abuso.⁴

La respuesta a la pregunta de por qué esto sucede, depende de si se trata de un ámbito legislativo doméstico o internacional. En el ámbito de legislación doméstica, la respuesta en general se basa en que el paradigma del modelo social de la discapacidad y el enfoque de derechos humanos de la Convención sobre los Derechos de las Personas

² Ver informes de La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (GTDA) y Observaciones finales del Comité de la CDPD a los informes presentados por los Estados.

³ En realidad, es por razón de su deficiencia (real o percibida). Esto será clarificado en lo que sigue del artículo.

⁴ Peter Bartlett and Marianne Schulze, 'Urgently Awaiting Implementation: The Right to be free from Exploitation, Violence and Abuse in Article 16 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)' (2017) 53 International Journal of Law and Psychiatry.

con Discapacidad (en adelante, CDPD) no ha permeado en la justicia penal, criminal y/o en las legislaciones y políticas de salud mental.⁵

En el ámbito internacional, sucede que no existe un enfoque uniforme respecto a la absoluta prohibición de privación de libertad de las personas con discapacidad. Y es en este ámbito donde quiero detenerme en este artículo.

II.1.1.- Protección y garantía de la libertad de las personas con discapacidad. Marco jurídico-filosófico

Además de la CDPD, existen otros instrumentos jurídicos del derecho internacional de los derechos humanos que protegen y garantizan la libertad a todas las personas (con o sin discapacidad). Principalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9). Además de estos Tratados (con sus artículos mencionados), si la libertad de las personas con discapacidad no es protegida, se están violando –en todos los casos– los siguientes artículos de la CDPD: artículo 5 de igualdad y no discriminación; artículo 12.2 respecto a la capacidad jurídica; artículo 13, acceso a la justicia y, por supuesto, el artículo 14 respecto a la libertad y seguridad de las personas. En la mayoría de los casos, se estarían violando los siguientes artículos de la misma Convención: artículo 19, referido al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad; artículo 15, relativo a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; artículo 16, referido a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso; artículo 17 respecto de la protección de la integridad personal y el artículo 25 referido a la salud.

En cuanto a la conexión entre el igual reconocimiento de persona ante la ley y la libertad de la persona (artículo 12 y 14 de la CDPD, respectivamente) como derechos que la CDPD establece, el Comité de la CDPD en su Observación general N° 1 hace una conexión entre ambos derechos y establece que “el respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás incluye el respeto de su derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del

⁵ Para un análisis de la situación jurídica en España, recomiendo leer el artículo de Patricia Cuenca, 'Discapacidad y Privación De La Libertad' [2015] Derechos y Libertades.

sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención. Los Estados partes deben eliminar esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso.”⁶

Al mismo tiempo, ser privado de la libertad bajo razonamientos discriminatorios, significa perder nuestra libertad moral, perdiéndose la igualdad de condiciones en el goce y ejercicio de los derechos humanos. Peces Barba *et.al.* expresan que “la libertad como fundamento de los derechos humanos es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social que permiten a [la persona] buscar y, en su caso alcanzar, la autonomía, independencia o libertad moral, (...). La libertad sin su dimensión moral, carecería de legitimidad, sin su dimensión política no podría imponerse y arraigar en la vida social y, sin su dimensión jurídica carecería de validez y de eficacia para organizar la conveniencia.”⁷

Peces Barba *et.al.* expresan que “la libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, (...) la igualdad, la seguridad y la solidaridad tienen que identificarse y definirse en relación a ella”⁸. En resumidas cuentas, e independientemente de no cumplir con el marco jurídico internacional expuesto (suponiendo de que se trate de un Estado parte a dichos Tratados), insisto en que el hecho de privar a las personas con discapacidad de su libertad hace que sea más difícil sostener los valores que nutren a los derechos humanos, tales como la igualdad y la dignidad humana y por lo tanto, se estarían violando los estándares de derechos humanos.

En virtud de ello, existe una obligación de los Estados partes de Tratados de Derechos Humanos a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas personas. En torno a las obligaciones de los Estados, se hace crucial que éstos tomen medidas a tal efecto y que la legislación y políticas públicas que se aprueben no sólo

⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 40

⁷ Gregorio Peces Barba *et al.*, *Curso De Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, (2014), p. 216 y 220.

⁸ *Ibidem.*

sean leyes y políticas que no discriminen contra grupos sociales determinados, sino también que garanticen la igualdad real de trato.⁹

La Observación general N° 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que sucede con todos los derechos humanos (el énfasis es mío), impone a los Estados partes obligaciones a tres niveles: «respetar, proteger y cumplir». A su vez expresa que la obligación de cumplir incluye a su vez obligaciones consistentes en “proporcionar, promover y facilitar”.¹⁰

Según Vandenhole, se sostiene que esa triple tipología de obligaciones del Estado –que generalmente y principalmente se utiliza para identificar las obligaciones relativas a los derechos económicos, sociales y culturales solamente– puede aplicarse útilmente en relación con todos los derechos humanos, incluyendo la igualdad y no-discriminación. Esta tipología, explica este autor, puede considerarse un refinamiento adicional de la común distinción entre obligaciones negativas y positivas y entre los efectos directos e indirectos.¹¹

Me parece útil replicar la explicación de Vandenhole respecto a cada una de estas obligaciones. Así, señala que la obligación de «respetar» requiere de una abstención a interferir, por ejemplo, no tomar ninguna acción discriminatoria. En orden de respetar el derecho a la no discriminación, los Estados tienen la obligación de no adoptar ninguna legislación o práctica discriminatoria y de modificar o derogar cualquier legislación, así como terminar con prácticas y medidas discriminatorias. La obligación de «proteger» impone la obligación al Estado de prevenir a que terceros discriminen. La obligación de «cumplir» requiere que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y otras medidas hacia la plena realización del derecho a la igualdad. La sub-obligación de «facilitar» requiere que el Estado tome medidas positivas para ayudar a las personas a disfrutar de su derecho a la igualdad.

⁹ UNFPA, Danish Institute for Human Rights y OHCHR, 'Reproductive Rights Are Human Rights: A Handbook For National Human Rights Institutions' (2014) <<http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/NHRIHandbook.pdf>> último acceso 7 Octubre 2017.

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 16 (2005), La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párrafo 17.

¹¹ Wouter Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies* (Intersentia 2005), p. 187.

Tales medidas pueden consistir en medidas legislativas, planes de acción, estrategias y programas. Otra importante manera de facilitar la igualdad según Vandenhole, es hacer viables recursos efectivos en caso de violaciones. La obligación de «promover» obliga al Estado a tomar medidas para garantizar una educación, difusión y sensibilización adecuada en materia de igualdad y no discriminación. La obligación de «proporcionar» (o de ‘proveer’) entra en juego cuando las personas o grupos sociales no son capaces, por razones que escapan a su control, de ver realizado el derecho a la igualdad a través de los medios que tienen a su disposición. Así, el Estado puede llegar a proporcionar la igualdad de hecho a través de la acción afirmativa.¹²

En el caso que someto a análisis una medida o intervención activa para respetar y proteger los derechos, es la intervención del Estado contra prácticas de terceras partes – incluidas instituciones/personas del sector privado– tales como profesionales de la salud en general o de la salud mental y/o psicosocial fuera del ámbito hospitalario y proveedoras de servicios sociales. También la intervención del Estado de manera activa puede encontrarse en la adopción de medidas positivas para facilitar el disfrute de las personas con discapacidad del derecho a la libertad, así como salvaguardas para prevenir la privación de la libertad por motivo de discapacidad.

De acuerdo con esto, la CDPD crea un mecanismo para garantizar la libertad y al mismo tiempo detener la discriminación y el abuso de poder hacia las personas con discapacidad a través del artículo 14. Así, establece que la existencia de una discapacidad no justificará en ningún caso una privación de libertad. Más específicamente el artículo 14.1 (b) establece:

Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

(...)

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad. (...)

Antes de avanzar en este aspecto, conviene detenerse y realizar ciertas aclaraciones conceptuales respecto a este párrafo del artículo 14 de la CDPD. Las aclaraciones conceptuales tienen que ver con el siguiente segmento:

¹² *Ibidem*, pp. 187 y 188.

- “(...) que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad (...)”

En este aspecto, hay dos cuestiones que caben ser destacadas. Por un lado, si bien este artículo utiliza el vocablo ‘discapacidad’, el lenguaje correcto a emplear es el de ‘deficiencia’ –ya sea real o percibida–, independientemente de que la persona haya experimentado o no una discapacidad. Como es sabido, el concepto de discapacidad es un concepto social y en evolución y, leyendo el artículo 1 de la CDPD, se lo puede entender como el resultado del encuentro que se produce entre la persona que tiene una ‘deficiencia’ y las barreras del entorno y actitudinales. De este modo, la discapacidad se experimentaría en este caso cuando una persona con una deficiencia real o percibida es privada de su libertad bajo el fundamento de tener una ‘deficiencia’. En este aspecto, en las directrices que el Comité de la CDPD brinda respecto al artículo 14 se hace una clara distinción entre ambos términos¹³.

Por otro lado, y dejando en claro el lenguaje y la importancia de diferenciar ambos términos en este punto, lo siguiente que pretendo observar tiene que ver con la comprensión real del Artículo 14. Pues bien, para interpretar un Tratado, una herramienta a la que podemos acudir es a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (en adelante, CVDT). Esta Convención nos brinda una regla general de interpretación y también medios de interpretación complementarios (artículos 31 y 32 respectivamente). Así, la CVDT en su artículo 32 indica que como medio de interpretación complementario podemos acudir a los trabajos preparatorios del Tratado e interpretar al mismo de buena fe (regla general, artículo 31). Pese a que no es la regla general de interpretación, claramente sigue siendo válida.

De este modo, el grupo de trabajo preparatorio de la CDPD de manera específica estableció que el artículo 14 (1) prohíbe la privación de libertad sobre la base de la ‘discapacidad’. Esto no significa simplemente que la ‘discapacidad’ no puede ser el único motivo de detención, sino que significa que la ‘discapacidad’ no puede ser un factor en ningún caso para hacer una detención, sea si está acompañada o no por otro

¹³ Ver título III de las directrices, el cual podría ser traducido al español de la siguiente manera: “La absoluta prohibición de la detención sobre la base de la deficiencia”. También ver su contenido y la nota al pie de página nro. 1. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, ' Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities' (2015) <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>> último acceso 7 Septiembre 2017.

factor. Este es el espíritu del Artículo 14. Durante el primer borrador del texto de la Convención, se debatió entre los Estados y la sociedad civil si la ‘discapacidad’ podía ser el único y exclusivo factor respecto a la privación de libertad o, si es una combinación de otro factor sumado al de la discapacidad.¹⁴

La redacción final del Artículo 14 junto al hecho de que las demás opciones de redacción en el trabajo preparatorio no fueran consideradas y, tomando en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos, se interpreta al Artículo 14 de modo que todas las privaciones de libertad se prohíben cuando la existencia de la ‘discapacidad’ (deficiencia real o percibida) es un factor que fundamenta la detención. Por consiguiente, el Artículo 14 expresa a los Estados partes de la Convención que la ‘discapacidad’ no puede formar parte de la justificación o razonamiento de la detención.

Esta posición del Comité de la CDPD, expresada en algunas de sus Observaciones finales así como en la Observación general N° 1 del 2014 y en las directrices mencionadas sobre el artículo 14 de la CDPD en el año 2015, es apoyada por el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su informe anual del 2009, A/HRC/10/48. También es compartida y apoyada por el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria (WGAD/CRP.1/2015), por el Comité de la CEDAW, por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el ex Relator Especial sobre la Tortura, M. Nowak, en su informe del 2008, A/63/175 y por el Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A. Grover, en su informe A/64/272, correspondiente al año 2009.

II.1.2.- Posturas inconsistentes al Comité de la CDPD

En frente a esta postura se encuentra la posición del actual Relator Especial sobre la Tortura, Juan Méndez, en su informe del año 2013 (A/HR/22/53), cuyo contenido se centra en ciertas formas de abusos presentes en entornos de atención de la salud que pueden trascender el mero maltrato y equivaler a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En dicho informe en el párrafo 69, correspondiente al título de internamiento involuntario en instituciones psiquiátricas, el Relator Especial

¹⁴ Estos debates del grupo de trabajo se encuentran disponibles en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata14wgtext.htm>> último acceso 7 Septiembre 2017.

establece que “... la gravedad de la enfermedad mental no es en sí misma suficiente motivo para justificar la privación de libertad; el Estado también debe demostrar que es necesaria para proteger la seguridad de la persona o de terceros. Salvo en casos de emergencia, el interesado no se verá privado de su libertad, a menos que se haya demostrado de manera fiable que está ‘trastornado’.” Como aclaré al principio de este trabajo, no me voy a detener en las inconsistencias entre el Comité de la CDPD y procedimientos especiales, sino que el análisis está limitado a las tensiones entre distintos Comités, como órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos.

También, surge una inconsistencia con la Observación general N° 35 del Comité de Derechos Humanos del año 2014 relativo al artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (libertad y seguridad personales), en su párrafo 19 en donde se establece que “(...) La existencia de una discapacidad no justificará *por sí sola* la privación de libertad, sino que toda privación de libertad deberá ser necesaria y proporcional, con el *propósito de impedir que el interesado se haga daño o cause lesiones a terceros*” (el énfasis es mío). En este párrafo, el Comité como parte de su cita al pie de página, cita al artículo 14.1 (b), cuyo contenido es el que planteo a discusión en este espacio. En este aspecto, la hipótesis que trataré de confirmar a lo largo de estas páginas es que el Comité de Derechos Humanos en esta Observación general, asume una interpretación del artículo 14 de la CDPD que no es coherente con el Comité de la CDPD pero que además es contraria a los estándares de de derechos humanos.

Es cierto que el Comité de Derechos Humanos en dicha Observación general y seguidamente al párrafo transcrito establece ciertas salvaguardas, sin embargo, hay dos motivos que en base a las interpretaciones realizadas más arriba respecto al Artículo 14, deben ser discutidas. Por un lado, menciona que la existencia de una discapacidad por sí sola no es justificación para la privación de libertad. Se trata de la primera inconsistencia que el Comité de DDHH en esta Observación general tiene respecto al Comité de la CDPD y los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos que comparten esta posición. Con esta afirmación se infiere que para el Comité de DDHH, si existiera otro factor además del de la ‘discapacidad’, sería razón suficiente para privar a una persona con ‘deficiencia’ de su libertad. Por otro lado, el criterio de peligrosidad merece un mayor análisis desde una perspectiva de derechos humanos.

Como bien expresa Bartlett, el criterio «peligrosidad» es una categoría tan poco clara y puede estar abierta a abusos o a un mal uso, con lo cual se pregunta ¿por qué sería aceptable aplicarlo a las personas con discapacidad mental?¹⁵ Pues bien, en lo que sigue trataré de analizar esta cuestión y responder al criterio utilizado por el mencionado Comité en su Observación general N° 35 bajo un marco de derechos humanos.

Pese a que el criterio de peligrosidad a sí mismo/a o a terceras personas es un criterio que se utiliza en conjunto, por cuestiones metodológicas lo trataré de manera separada.

II.1.2.1.- Criterio 1: peligrosidad a sí mismo/a

Bajo los estándares de derechos humanos, el criterio de peligrosidad a sí mismo/a es un criterio que está basado en un enfoque discriminatorio con una justificación paternalista, basada en estereotipos proteccionistas. Usualmente, el contenido de este criterio viene acompañado por el vocablo ‘inminente’, es decir, peligrosidad y/o violencia inminente. “La violencia ‘inminente’ hacia a sí mismo/a o a terceras personas, es un término firmemente arraigado en el lenguaje de la psiquiatría y del derecho. Se utiliza en contextos clínicos, en hospitales y en las políticas y directrices de organización profesional.”¹⁶ Sin embargo, al decir de Simon el término ‘inminente’ no es un término psiquiátrico o médico. Las palabras ‘inminente’ o ‘violencia inminente’ explica este autor, no se encuentran en los diccionarios médicos y psiquiátricos estándar¹⁷, a lo que me pregunto ¿por qué el Derecho como dominio de poder fundamenta privar del bien libertad a una persona con discapacidad bajo este rótulo? Claramente la respuesta tiene que ver con los estigmas arraigados a las personas con discapacidad cuyo contenido crean identidades sociales virtuales.¹⁸

Un estereotipo es una visión generalizada o una preconcepción de atributos o características de las que se inviste, o los roles que son o deberían ser ejecutados por los

¹⁵ Peter Bartlett, 'The United Nations Convention on the Rights Of Persons with Disabilities and Mental Health Law' (2012) 75 The Modern Law Review, p.22.

¹⁶ Robert Simon, 'The Myth of "Imminent" Violence in Psychiatry and the Law' (2006) 75 University of Cincinnati Law Review. University of Cincinnati. College of Law, p.631.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Maria Laura Serra, *Mujeres con Discapacidad: Sobre la Discriminación y Opresión Interseccional* (Dykinson 2017), p.444.

y las miembros de un grupo en particular.¹⁹ Cook y Cusack explican que en esta visión, un estereotipo presume que todas las personas pertenecientes a cierto grupo social tienen determinados atributos y características o, llevan a cabo determinados roles, con lo cual la persona por el simple hecho de pertenecer a ese grupo social se cree que se ajusta a esa generalización.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) establece que los estereotipos nocivos pueden ser tanto hostiles/negativos o aparentemente benignos.²⁰ Dentro de los estereotipos nocivos, existen estereotipos falsos y estereotipos proteccionistas. Los primeros pueden devaluar la dignidad humana de las personas miembros de un grupo social estereotipado sobre la base de una característica o atributo que está erróneamente adscrito a esas personas. Los estereotipos proteccionistas por su parte, son estereotipos derivados del paternalismo.

Cook y Cusack explican que los estereotipos proteccionistas reducen las expectativas de las personas que pertenecen a un grupo social determinado, sin tomarse en cuenta sus intereses. Este tipo de estereotipos imposibilitan la consideración de las necesidades de las personas que están siendo de esta manera estereotipadas, así como sus capacidades y deseos debido al interés paternalista²¹, el cual hace que un determinado dominio de poder, como puede ser el Estado o ciertas instituciones que actúan en su nombre, pase a ser el ‘protector’ de la persona estereotipada. El interés paternalista de un estereotipo se fundamenta desde el momento en que se analiza el punto de partida del paternalismo, esto es, la llamada «incompetencia básica» que, al margen de que sea o no justificable, en mi opinión el punto de partida utilizado es discriminatorio ya que se utiliza un razonamiento basado en el capacitismo.²²

¹⁹ Rebecca J Cook y Simone Cusack, *Gender Stereotyping* (University of Pennsylvania Press 2010), p. 9.

²⁰ The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 'Gender Stereotyping as a Human Rights Violation' (2013) <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/2013-Gender-Stereotyping-as-HR-Violation .docx](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/2013-Gender-Stereotyping-as-HR-Violation.docx)> último acceso 7 Octubre 2017.

²¹ Para ver más acerca de esta hipótesis de trabajo (en cuanto a las mujeres con discapacidad intelectual) Véase Maria Laura Serra, 'Paternalismo O Restricción De Autonomía? Esterilización Forzosa A Personas Con Discapacidad' (2014) 22 Papeles el tiempo de los derechos.

²² Maria Laura Serra, *Mujeres con Discapacidad: Sobre la Discriminación y Opresión Interseccional*, op.cit.

El Comité de la CDPD le ha observado al Estado español esta situación y, en sus Observaciones finales al informe inicial de España ha establecido que las medidas de salvaguarda *ex post facto* que aplica no son consistentes con la CDPD y en este sentido recomienda que España “revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado.”²³

Muchas veces el estándar que se utiliza bajo este criterio viene acompañado junto a la justificación del ‘interés superior’. Pero respecto del interés de quién, cabría preguntarse. Esto ha generado durante décadas ciertas confusiones respecto a qué significa y sobre quién es el interés superior. El interés es de la propia persona, no se trata del mejor interés decidido por terceros/as, sino que su voluntad y preferencias tiene una íntima conexión con la capacidad jurídica y, las confusiones a las que hacía alusión fueron zanjadas por el propio Comité de la CDPD en su Observación general N° 1 cuando establece “(...) El principio del ‘interés superior’ no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de ‘la voluntad y las preferencias’ debe reemplazar al del ‘interés superior’ para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con [las demás personas].”²⁴

II.1.2.2.- Criterio 2: peligrosidad a terceros/as

Este criterio mantiene, al igual que el anterior, un enfoque discriminatorio que refuerza el mito de que –sobre todo, las personas con discapacidad intelectual y psicosocial– son peligrosas. Se trata, en cierto modo, de una predicción.

²³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 36.

²⁴ Establece además la siguiente salvaguarda: “Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del ‘interés superior’ debe ser sustituida por la ‘mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias’. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, Párrafo 24.

La justificación al criterio de peligrosidad a terceros/as está basada en los ‘falsos estereotipos’. Recordemos que los estereotipos falsos son un tipo de estereotipos nocivos y, en base a atributos falsos adjudicados a un grupo social terminan dañando su dignidad humana. Para ver la situación desde otro ángulo y darnos cuenta de por qué son falsos los estereotipos, propongo realizar un breve ejercicio y pensar brevemente en las siguientes situaciones. A nivel global y general, la violencia contra la mujer aumenta cada vez más. Sin embargo, los hombres no pierden su libertad sobre la base de ser hombres (sexo/género), incluso hombres violentos, es decir que no hay hombres privados de su libertad por la presunción de peligrosidad a terceros/as, incluso demostrado el incremento global de violencia de género. Ahora bien, las personas con discapacidad intelectual y psicosocial están sobrerrepresentadas en prisiones y/o en instituciones psiquiátricas (sin que hayan prestado consentimiento libre e informado) en comparación con la población en general, basta ver informes de las Comisiones de Derechos Humanos de algunos Estados e informes sombras de distintas organizaciones civiles.

Antes de pasar a trazar una hoja de ruta y presentar ciertos caminos hacia una posible solución en cuanto a la privación de libertad de las personas con discapacidad, en lo que sigue expondré de manera breve la inconsistencia entre los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos respecto al tema de aborto, para luego, en el siguiente punto, generar un esbozo hacia una conciliación entre las tensiones existentes sobre estos dos temas presentados a debate.

II.2- Aborto

La falta de acceso a servicios para el aborto legal y seguro tiene un tremendo impacto en la vida de las mujeres (independientemente del género). Existe considerable evidencia²⁵ que demuestra que quien desea o quien se ve obligada/o por distintas circunstancias a terminar con un embarazo, lo va a hacer independientemente de que el servicio sea legal o no. Según la OMS, las pruebas demuestran que las personas que buscan el aborto lo hacen independientemente de las restricciones legales.²⁶ Existen

²⁵ Ver por ejemplo informes de World Health Organization, 'Safe Abortion: Technical And Policy Guidance For Health Systems' (WHO Press 2012); Centre for Reproductive Rights, 'Seizing Today Transforming Tomorrow Annual Report 2008' (2009).

²⁶ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Practices in adopting a human rights-based approach to eliminate preventable maternal mortality and human rights, A /HRC/18/27, 8 de Julio 2011, párrafo 27.

ciertos mitos en cuanto a que la despenalización del aborto aumenta el número de abortos, lo cual es falso si se contrasta con, por ejemplo, informes de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que establece que cuando hay pocas restricciones sobre la disponibilidad de aborto seguro, las muertes y lesiones se reducen significativamente²⁷.

Restringir el aborto desde un aspecto jurídico hace que las personas busquen otras vías para hacerlo. En algunos países, las personas gestantes que desean o necesitan terminar con su embarazo, se ven obligadas a trasladarse –si es que pueden afrontarlo económicamente– a países vecinos en donde el aborto es legal. Sin embargo, en la mayoría de los países donde el acceso al aborto no es legal, las personas acuden a los llamados abortos clandestinos, realizados en condiciones inseguras de salud e higiene, lo cual deviene en un aumento de la mortalidad materna²⁸, situación que adquiere un impacto desproporcionado en contextos de pobreza y/o de ruralidad. En este aspecto, la OMS asegura que el grado de acceso legal al aborto co-determina la frecuencia y la mortalidad relacionada con abortos inseguros.²⁹

El acceso a un aborto legal y seguro es un tema que concierne a los derechos humanos, puesto que la vulneración a este acceso involucra violaciones a derechos humanos. En este aspecto, hay varios órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos que alientan a los Estados partes a remover restricciones jurídicas al aborto y a asegurar que las personas que pueden quedar embarazadas tengan acceso al aborto en condiciones seguras. Prohibir el acceso al aborto legal y seguro, en cualquiera de sus bases es discriminatorio, viola el derecho a la privacidad, viola los derechos sexuales y reproductivos y viola el derecho a la salud. Esta posición es apoyada por el Comité de la CEDAW, el Comité de DDHH, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité contra la Tortura.

A manera de ejemplo, el Comité de Derechos Humanos recientemente ha (junio de 2017) condenó a la República de Irlanda, estableciendo que la penalización y prohibición del aborto violaban los derechos de la demandante bajo el Pacto

²⁷ Ver, World Health Organization 2012, *op.cit.*

²⁸ Esto ha establecido el Comité de Derechos Humanos en varias de sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados, como el de Bolivia, CCPR/C/79/ Add.74 (1997), Paraguay, CCPR/C/79/Add.48, A/50/40 (1995).

²⁹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Practices in adopting a human rights-based approach to eliminate preventable maternal mortality and human rights, *op.cit.*

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, después de que se le negó el acceso a servicios de aborto en dicho Estado, tras un diagnóstico en 2010 de un trastorno fetal fatal. En este caso, el comité de Derechos Humanos establece que el Estado de Irlanda ha violado los derechos a la igualdad y a la no discriminación, expresando que el equilibrio que el Estado Parte ha elegido entre la protección del feto y los derechos de la mujer no puede justificarse. En este aspecto resalta que la injerencia del Estado Parte en la decisión de la mujer es irrazonable y constituye una injerencia arbitraria en el derecho de la mujer a la intimidad y que la negación del Estado en la prestación de los servicios al aborto legal y seguro requirió una discriminación contra la mujer.³⁰

El mismo Comité en el año 2005 en el caso K.L. v. Perú³¹ estableció que la autonomía reproductiva de las mujeres se incluye en el derecho a la intimidad y puede estar en juego cuando el Estado interfiere con la toma de decisiones reproductivas de una mujer.

También, este mismo Comité en su Observación general N° 28 establece “Los Estados Partes deben informar sobre cualquier medida adoptada por el Estado para ayudar a las mujeres a prevenir los embarazos no deseados y garantizar que no tengan que someterse a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida. (...)”³² El Comité de DDHH, e esta misma observación vincula explícitamente el aborto con la igualdad de las mujeres en el ejercicio de su derecho a la intimidad.

Por su parte, el Comité de la CEDAW en su Recomendación general N° 24 (mujeres y salud), establece “El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.”³³

³⁰ Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2425/2014, CCPR /C/119/D/2425/2014, 12 de junio del 2017.

³¹ Comité de Derechos Humanos, Dictamen Comunicación No. 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003 22 de noviembre de 2005.

³² Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 28, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), 29 de marzo de 2000, párrafo 10.

³³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 24

Este mismo Comité presta gran atención a la cuestión de la mortalidad materna debida al aborto en condiciones de riesgo en varios conjuntos de Observaciones finales. Además, ha criticado sistemáticamente las leyes restrictivas del aborto.³⁴

II.2.1.- El criterio del Comité de la CDPD

La CDPD, entre todos los Tratados de Derechos Humanos, es el que contiene el lenguaje más claro y explícito en lo que se refiere a derechos sexuales y reproductivos. Pese a ello, su Comité es el primer órgano de Tratado de Derechos Humanos que recomienda a un Estado parte eliminar una razón para el acceso al aborto legal y seguro. En este aspecto, recomienda a España y a Hungría –que explícitamente permiten el acceso al aborto sobre la base de riesgo de graves anomalías en el feto y sobre la base de detección en el feto de una enfermedad extremadamente grave e incurable– la eliminación de dichas razones de acceso. El criterio del Comité de la CDPD es que el acceso al aborto a través de esta vía, es discriminatorio por razón de discapacidad. Explícitamente a España le recomienda “que suprima la distinción hecha en la Ley N° 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente.”³⁵ En el caso de Hungría, el Comité de la CDPD “observa con preocupación que la Ley de protección de la vida del feto ‘hace posible la práctica del aborto para un círculo más amplio de lo habitual en el caso de los fetos que presentan problemas de salud o alguna discapacidad’ lo que constituye un caso de discriminación por motivos de discapacidad.”³⁶

El artículo 2 de la CDPD conceptualiza la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social,

Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer La mujer y la salud, 20 periodo de sesiones, 1999, Párrafo 14.

³⁴ Ver por ejemplo el Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, correspondientes al 26 y 27 periodo de sesiones así como al periodo extraordinario de sesiones donde se pueden leer Observaciones finales respecto a Informes presentados por distintos Estados. 2002, A / 57/38.

³⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 18.

³⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 17.

cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

Mi impugnación respecto del criterio del Comité de la CDPD es doble. Por un lado, como mencioné arriba y como se comprueba a través de los informes de la OMS, las restricciones para el acceso al aborto no previenen los abortos, por el contrario, aumentan la mortalidad materna ya que al no estar permitido el acceso legal, los servicios de abortos clandestinos aumentan y con eso las condiciones de inseguridad médica y de higiene, deviniendo en un riesgo de la vida de la persona que puede quedar embarazada. Por otro lado, la discriminación por motivo de discapacidad, argumento utilizado por el Comité de la CDPD, abre a ciertas confusiones.

Como vengo insistiendo en este artículo, la discapacidad entendida bajo el modelo social de la discapacidad –modelo que inspira al articulado de la CDPD– tiene que ver con el resultado de la interacción entre la persona con una deficiencia y el ambiente, ya sea a través de barreras ambientales o actitudinales. Si el concepto de discapacidad no puede aplicarse al feto, tampoco puede aplicarse entonces la discriminación por motivos de discapacidad en este caso. De manera específica, ¿qué tipo de barreras se puede encontrar un feto³⁷? La respuesta que podría encontrar al argumento que planteo es que el criterio del Comité se basa en una opresión de tipo estructural en el sentido de que esta medida apunta a que las personas con deficiencias no continúen naciendo, en resumidas cuentas, una discriminación a futuro. Otra razón con la que me podría encontrar es que se trata de una medida concebida bajo ideas eugenésicas. Pero estos criterios no tienen cabida desde que el concepto punto de partida es que el aborto legal y seguro involucra una serie de derechos humanos –ya mencionados–, que de ser violados, el Estado estaría incumpliendo su obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos a las personas que pueden quedar embarazadas. La dignidad, la autonomía, la privacidad y la decisión acerca del propio cuerpo son los derechos a respetar bajo los estándares de derechos humanos, es decir, el cuerpo de la persona que puede quedar embarazada es el que se tiene que respetar.

En este aspecto, encuentro al criterio del Comité de la CDPD un tanto incoherente al discurso de los derechos humanos en base al texto, contexto, objetivo y

³⁷ No es mi intención en este artículo discutir acerca de las implicancias jurídicas y/o morales de cuando una persona comienza a serlo.

propósito de la CDPD (regla general de interpretación de la CVDT) si entendemos que ésta pregona la autonomía de la persona, la auto-determinación, el derecho a la disposición del propio cuerpo, el derecho a elegir y el derecho a la privacidad; derechos que se encuentran dentro del articulado de la CDPD.

III.- ¿CÓMO TENER UN CONSENSO EN EL ENFOQUE? DESAFIOS ANTE LAS TENSIONES

Los órganos fundados en virtud de Tratados de Derechos Humanos fueron creados para asegurar un proceso de monitoreo independiente y para construir conocimiento especializado a través de un grupo de personas expertas independientes. Así, asumen un rol de interpretación que habitualmente es llevado a cabo por los Estados. En este aspecto, están sujetos a las mismas reglas de interpretación a las que están sometidos los Estados, por lo tanto, las reglas a las que alude la CVDT resultan una obligación y no una opción. La CVDT provee una guía para dar lugar a resultados interpretativos legítimos y para permitir el desarrollo de una jurisprudencia coherente³⁸. Es decir, las interpretaciones de los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos establecen una práctica subsecuente en lo que se refiere a la jurisprudencia, para lo cual se necesita de coherencia.

III.1- Aborto

Respecto al aborto, es posible que podamos aplicar una solución técnica a través de la CVDT con sus artículos 31 y 32 ya que el Comité de la CDPD es contrario al texto, contexto, objetivo y propósito de la CDPD y, por lo tanto, contrario a las reglas de interpretación. En este aspecto, la CDPD en su artículo 1 establece que su propósito es el de “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. (...)”

Pese a que este tecnicismo podría empujar a ciertas soluciones, no creo que sea una respuesta abarcadora hacia una conciliación entre los distintos órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, dada la controversia de la temática. Tampoco brinda soluciones al propósito de este trabajo, que en definitiva es pensar en ciertos

³⁸ Ver, Kerstin Mechlem, 'Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights' (2009) 42 Vanderbilt Journal of Transnational Law.

caminos a fin de poder llegar a una coherencia en el discurso de los derechos humanos. En este aspecto, interpreto que el Comité de la CDPD, dados sus argumentos en sus observaciones finales-trata de asegurar la percepción de las personas con discapacidad como sujetos de derechos. Pero al sopesar esta idea, válida por cierto, termina distorsionando la coherencia en los derechos humanos. Pareciera ser que no tiene una mirada abarcadora en este aspecto y resuelve a ciegas de otro derecho, tal como el de la autonomía de la persona gestante, que puede ser una persona con o sin discapacidad.

Sí creo que cabría un debate respecto a la conciliación en la percepción como sujetos de derecho de las personas con discapacidad y el derecho al aborto a las gestantes con o sin discapacidad. Pero, la solución al mismo no considero que esté en asumir la posición del Comité de la CDPD creando un retroceso en un derecho (como el del acceso al aborto legal y seguro), el cual todavía tiene en jaque su reconocimiento en legislaciones domésticas y que, por otro lado, lo que está hoy día reconocido se debe a una lucha de activismo por parte de un grupo social organizado como el del feminismo, cuya demanda ha llegado a establecer una posición mayormente uniforme en Naciones Unidas, excepto claro, por el Comité de la CDPD en estos casos.

No soy capaz de encontrar una lógica en la relación que el Comité de la CDPD establece entre la discriminación por motivo de discapacidad y el acceso al aborto legal y seguro. Considero que las cuestiones a tratar aquí deben de ir en paralelo. Por un lado, se encuentra el derecho a todas las personas gestantes (con y sin discapacidad) a sus derechos reproductivos y de salud (esto conduce a una comprensión de que el derecho reproductivo no es sólo un problema de salud), respetando también el derecho a la privacidad, a la autonomía reproductiva y el derecho a su propio cuerpo. Por otro lado, se encuentra el principio y el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad y no discriminación (esto implica la toma de conciencia y la inclusión en la sociedad).

III.2.- Privación de libertad

¿Puede haber una solución técnica y aplicar los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a esta tensión? Se puede aplicar la *lex specialis*, la cual originalmente trata con la pregunta de tratados sucesivos en relación del principio de *lex posterior*. Esta provisión establece una prioridad normativa por cualquier ley especial en el campo de aplicación. Una ley especial puede decirse que

es aquella que tiene un enfoque más consciente de la materia y, en efecto, regula la materia de una manera más efectiva que las reglas generales. El principio de *lex specialis* aparece como una posible solución técnica del conflicto. Sugiere que, en vez de aplicar la regla general, se puede aplicar lo específico ya que brinda mayor claridad.

En el caso que someto a planteo, estamos ante dos provisiones legales que son válidas y aplicables ambas (Comité de la CDPD y Comité de los DDHH) y en donde no existe relación jerárquica alguna. Sin embargo, proveen una dirección incompatible en cómo tratar un mismo tema, como el de la privación de libertad de la personas con discapacidad.

Así, a veces la relación de la *lex specialis* ha sido identificada entre dos normas, que, lejos de estar en conflicto entre sí, apuntan hacia una misma dirección, mientras que la relación “especial”/”general” es asociada con los “medios”/”fines”.³⁹

Componer una relación entre dos estándares, uno que debería de ser visto, ya sea como una aplicación o como una excepción al otro, a veces se hace imposible. “(...) Una regla es vista como una aplicación, modificación o excepción a otra regla; depende de cómo veamos esas reglas en el entorno en el que se aplican, incluyendo lo que vemos como su objeto y propósito. Debido a que la separación entre aplicación y anulación sería artificial y distorsionaría el contexto en el que se plantea la cuestión de la *lex specialis*, se propone incluir todas estas cuestiones bajo el estudio de la *lex specialis*.”⁴⁰

Dejando de lado la aplicación técnica del derecho internacional de los derechos humanos, existe evidencia empírica significativa que es avalada por personas sobrevivientes de la psiquiatría y por organizaciones de personas con discapacidad respecto a la efectividad de métodos no coercitivos para aplicar a personas que se encuentran experimentando una situación de estrés, o que se están haciendo daño a sí mismas o que se encuentran atravesando una crisis en su salud mental, tales como grupos familiares o círculos de apoyo.⁴¹

³⁹ International Law Commission, 'Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and expansion of International Law' (2006).

⁴⁰ *Ibidem*, parrafo 97.

⁴¹ Ver Eilionóir Flynn, 'Disability, Deprivation of Liberty and Human Rights Norms: Reconciling European and International Approaches' (2017) 2016 International Journal of Mental Health and Capacity Law.

En este sentido es necesario alcanzar una igualdad sustantiva, la cual requiere de un mayor esfuerzo que va más allá de la aprobación, derogación o modificación de legislaciones por parte del Estado. Y esto es posible si se brindan las salvaguardas necesarias para el derecho al acceso a la justicia así como un respeto por la capacidad jurídica de todas las personas. La igualdad no será posible si el estándar del Comité de la CDPD no es seguido.

El resto de los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos deberían comprometerse con modelos de buenas prácticas y llamar a los Estados a respetar la capacidad jurídica de todas las personas.

III.3- Qué queda por hacer

En este artículo pongo a debate dos tensiones. En una, asumo una posición que concuerda con la del Comité de la CDPD. En otra, mi posición es contraria a este Comité. En este aspecto, trato de dar cuenta que lo establecido por un Comité de un Tratado de Derechos Humanos debe ser coherente con los estándares de derechos humanos. Aunque si bien no agoto todas las inconsistencias entre los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos ni elaboro una solución única para terminar con ellas, sí he pretendido dar un punto de partida para poder acabar con estas tensiones en pos de garantizar los derechos humanos y tener una coherencia imperativa dentro del discurso.

En definitiva y para ambos planteos, de lo que se trata es de respetar la dignidad humana de todas las personas. El principal principio y valor dentro del discurso de los derechos humanos es la dignidad humana. Así, si partimos desde un punto de vista integral para entender los derechos, en cuanto a que éstos constituyen instrumentos de índole social que favorecen el logro de nuestros planes de vida, los derechos humanos tienen su fundamento en la idea de dignidad humana y en el desarrollo de una vida humana conforme a ella, esto es, digna⁴². Según Habermas, la idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona

⁴² Rafael De Asís Roig, 'La incursión de la discapacidad en la Teoría de los Derechos: Posibilidad, Educación, Derecho y Poder', *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Colección «Debates del Instituto Bartolomé de las Casas»* (Dykinson 2004).

con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos.⁴³

Considero se necesita de una mayor coordinación entre los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. Así, se deberían adoptar medidas concretas para racionalizar el formato de las observaciones finales y las recomendaciones y observaciones generales. También, creo es necesario un mayor vínculo entre los mecanismos de Naciones Unidas de Derechos Humanos cuando se señalan cuestiones específicas de preocupación. De este modo, reuniones internas entre los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos para lograr una cierta uniformidad en la interpretación dada a las disposiciones conexas por diferentes órganos, se hacen imperativas. En este aspecto, creo que en ambos temas se hace necesaria una Observación o Recomendación conjunta entre, al menos, dos órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

Bartlett P. and Schulze M., 'Urgently Awaiting Implementation: The Right to be free from Exploitation, Violence and abuse in Article 16 Of The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)' (2017) 53 International Journal of Law and Psychiatry.

Bartlett P., 'The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities And Mental Health Law' (2012) 75 The Modern Law Review.

Centre for Reproductive Rights, 'Seizing Today Transforming Tomorrow Annual Report 2008' (2009).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 16 (2005), La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005.

Comité de Derechos Humanos, Dictamen Comunicación N° 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 22 de noviembre de 2005.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), 29 de marzo de 2000.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N°35 (2014), Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35, 16 de diciembre de 2014.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 24 Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer , La mujer y la salud, 20 periodo de sesiones, 1999.

⁴³ Jürgen Habermas, 'El Concepto de Dignidad Humana y la utopía realista de los Derechos Humanos' (2016) 55 Diánoia. Revista de Filosofía.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, ' Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities' (2015) <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>> último acceso 7 Septiembre 2017.

Cook R. and Cusack S., *Gender Stereotyping* (University of Pennsylvania Press 2010).

Cuenca P., 'Discapacidad Y Privación De La Libertad' [2015] Derechos y Libertades.

De Asís Roig R., 'La incursión de la discapacidad en la Teoría de los Derechos: Posibilidad, Educación, Derecho y Poder', *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Colección «Debates del Instituto Bartolomé de las Casas»* (Dykinson 2004)

Flynn E., 'Disability, Deprivation of Liberty and Human Rights Norms: Reconciling European and International Approaches' (2017) 2016 International Journal of Mental Health and Capacity Law.

Habermas J., 'El Concepto de Dignidad Humana y la utopía realista de los Derechos Humanos' (2016) 55 Diánoia. Revista de Filosofía.

Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2425/2014, CCPR /C/119/D/2425/2014, 12 de junio del 2017.

Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, correspondiente al 26 y 27 periodo de sesiones así como al periodo extraordinario de sesiones donde se pueden leer Observaciones finales respecto a Informes presentados por distintos Estados. 2002, A / 57/38.

International Law Commission, 'Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and expansion of International Law' (2006).

Mechlem K., 'Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights' (2009) 42 Vanderbilt Journal of Transnational Law.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Practices in adopting a human rights-based approach to eliminate preventable maternal mortality and human rights, A /HRC/18/27, 8 de Julio 2011.

Peces Barba G. *et al.*, *Curso De Derechos Fundamentales* (Universidad Carlos III 2014).

Serra ML., 'Paternalismo O Restricción De Autonomía? Esterilización Forzosa A Personas Con Discapacidad' (2014) 22 Papeles el tiempo de los derechos.

Serra ML., *Mujeres con Discapacidad: Sobre la Discriminación y Opresión Interseccional* (Dykinson 2017)

Simon R., 'The Myth of "Imminent" Violence in Psychiatry and the Law ' (2006) 75 University of Cincinnati Law Review. University of Cincinnati. College of Law.

The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 'Gender Stereotyping as a Human Rights Violation' (2013) <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/2013-Gender-Stereotyping-as-HR-Violation.docx>> último acceso 7 Octubre 2017.

UNFPA, Danish Institute for Human Rights y OHCHR, 'Reproductive Rights Are Human Rights: A Handbook for National Human Rights Institutions' (2014) <<http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/NHRIHandbook.pdf>> ultimo acceso 7 October 2017.

Vandenhoe W., *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies* (Intersentia 2005).

World Health Organization, 'Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems' (WHO Press 2012).