

2015

La Protección De Las Personas Con Discapacidad En La Convención Americana Sobre Derechos Humanos Desde El Enfoque De Las Capacidades: De La Igualdad De Trato A La Igualdad De Oportunidades

Amaury A. Reyes-Torres

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [Law Commons](#)

Recommended Citation

Reyes-Torres, Amaury A. "La Protección De Las Personas Con Discapacidad En La Convención Americana Sobre Derechos Humanos Desde El Enfoque De Las Capacidades: De La Igualdad De Trato A La Igualdad De Oportunidades." American University International Law Review 30 no. 2 (2015): 249-284.

This Article is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in American University International Law Review by an authorized administrator of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact fbrown@wcl.american.edu.

**LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD EN LA CONVENCION
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
DESDE EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES:
DE LA IGUALDAD DE TRATO A LA IGUALDAD
DE OPORTUNIDADES**

AMAURY A. REYES-TORRES*

I. INTRODUCCIÓN	250
II. LA DISCAPACIDAD VISTA DESDE EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES.....	251
A. EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES: OPORTUNIDAD Y DESARROLLO EN LIBERTAD.....	252
B. LA DISCAPACIDAD Y EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES.....	258

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM-RSTA), Santo Domingo, República Dominicana. Máster en Derecho de la Regulación Económica y Derecho Constitucional. Diplomado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de la American University Washington College of Law (“AU-WCL”). Docente de Derecho Constitucional I y II en la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Actualmente se desempeña como Letrado de Adscripción Temporal en el Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Ganador del Human Rights Essay Award 2013 de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de AU-WCL y mención de honor en la edición del 2014. El autor agradece profundamente a la Academy por la oportunidad para presentar el presente trabajo en la American University International Law Review. Asimismo, el autor agradece la labor realizada por los editores y colaboradores del International Law Review por su excelente trabajo; en particular a Alexandra Arango (JD 2015), por su disponibilidad y entrega, sin ella este trabajo no hubiese sido lo que es ahora. El presente ensayo está dedicado a Amado Reyes Adames y a Adalgía Torres Ulloa, si bien no compartimos muchas opiniones, sin embargo agradezco las oportunidades para cultivar y tener un pensamiento independiente; y a Nerilissa Aybar, quien con su ejemplo demuestra que el derecho puede ser visto desde el enfoque de las capacidades para luchar contra las desigualdades.

III. LA CADH BAJO EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	265
A. OBLIGACIÓN GENERAL DE GARANTÍA CONTRA LA DESIGUALDAD MATERIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CADH BAJO EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES	269
B. EL DERECHO A LA VIDA DIGNA COMO AL PROYECTO DE VIDA DE LAS PERSONAS CON CAPACIDADES DIFERENCIADAS: EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES	276
IV. REFLEXIÓN FINAL	283

“[E]s directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro.”

- Corte IDH, Caso Furlan v. Argentina

I. INTRODUCCIÓN

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”)¹ no fue prevista para personas con graves deficiencias físicas y/o mentales, lo que nos llama a cuestionar si un determinado tipo de persona estaba en la mente de los redactores de la CADH para ser objeto de protección.² Esta incertidumbre no solo excluye a un grupo importante, también que con la exclusión se crea o se agrava el estado de discapacidad, lo cual afecta su dignidad frente a otros, en particular en lo que se refiere a ser considerados como iguales. Por lo que, no puede decirse que la protección de los derechos sea efectiva, en el marco del respeto y garantía, si no se toma en cuenta las circunstancias particulares de las personas con discapacidad.

A través del enfoque de las capacidades (“*capabilities approach*” en inglés), se puede analizar en justa medida, a partir de las circunstancias particulares de la persona, lo que es necesario para promover la satisfacción o la optimización de la capacidad que

1. Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. Nro. 36, 1144 U.N.T.S. 123 [en adelante Convención Americana].

2. Véase MARTHA C. NUSSBAUM, LAS FRONTERAS DE LA JUSTICIA: CONSIDERACIONES SOBRE LA EXCLUSIÓN 145 (2007) (notando que la justicia social no es equitativa porque las personas con discapacidad no gozan del estatus de ciudadano pleno).

permita el desenvolvimiento de la potencialidad de ‘seres’ o ‘quehaceres’ que una persona es capaz de alcanzar.³ Bajo este enfoque, replicable en otros ámbitos por igual, se podría pensar si sería suficiente pasar de un idea tradicional de “respeto y garantía,” a una tutela diferenciada de “respeto y garantía” en el marco de la efectividad para garantizar oportunidades.

En primer lugar, examinaremos la discapacidad vista desde el enfoque de las capacidades.⁴ Luego, examinaremos cómo, por medio de la CADH en el marco del enfoque de las capacidades, se puede utilizar el mismo no solo para tutelar derechos, sino también para garantizar oportunidades reales y efectivas sin discriminación, para una vida digna y con futuro, en términos de capacidades.⁵

II. LA DISCAPACIDAD VISTA DESDE EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES

Las personas con discapacidad son personas con condiciones especiales o distintas, pero son personas al igual que las demás y con el mismo estatus particular en una sociedad política determinada, lo cual lo hacen ser sujetos de las mismas obligaciones que aquellos que no están en tales condiciones particulares. Entender esto, para un efectivo respeto y garantía de sus derechos, significa aproximarse a la discapacidad bajo un enfoque distinto, un enfoque que permita observar aquello que es necesario para que una persona libre *sea* o *haga* y así aproveche las oportunidades necesarias para su bienestar en general, para vencer la situación que ha impedido dicho bienestar.

Este enfoque es el enfoque de las capacidades. Para examinar la discapacidad desde el enfoque de las capacidades, se debe comprender, a grandes rasgos, qué significa este enfoque en términos de bienestar para las personas y que sus derechos reconocidos sean observados desde esta óptica. Para ello, examinaremos: (A) a qué se

3. Véase Ingrid Robeyns, *The Capability Approach* [El enfoque de la capacidad], en THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, § 1 (Edward N. Zalta ed., 2011) [en adelante Robeyns, *El enfoque de capacidades*] disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/capability-approach/> (notando que el enfoque de las capacidades provee lo necesario para una comparación interpersonal del bienestar).

4. *Infra* apartado II.

5. *Infra* apartado III.

alude cuando se habla del enfoque de las capacidades y (B) la relación existente entre las personas con discapacidad y el enfoque de las capacidades

A. EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES: OPORTUNIDAD Y
DESARROLLO EN LIBERTAD

En general, estándares económicos, como la posesión de recursos y el producto interno bruto (“PIB”), se utilizan para medir el desarrollo y el bienestar de las personas. Sin embargo, determinar el grado de bienestar de una persona solamente por criterios económicos resulta ser insuficiente, ya que no examinan las particularidades de la persona, en cuanto a su facticidad y las oportunidades que tiene disponible para su desarrollo. En contraste, el enfoque de las capacidades considera el desarrollo humano sin concentrarse únicamente en los aspectos económicos de las personas, sino en aquello que le permita vivir una vida en respeto de la libertad y de la dignidad de la persona.⁶

El enfoque de las capacidades se refiere a ese conjunto de capacidades mediante las cuales la persona logra los *seres* o *haceres* básicos que necesita para su desarrollo y que estarían dispuestas a adoptar como parte de una sociedad justa y digna.⁷ Las capacidades se refieren como “aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser, según una idea intuitiva de lo que es una vida acorde con la dignidad del ser humano.”⁸

Ese conjunto de capacidades lo constituye los modos de *ser* y *hacer* (funcionamientos) que le son accesibles a la persona para llevar adelante la vida que valora.⁹ Por medio de tales, no solo

6. Véase NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 82–83 (exponiendo que el enfoque de las capacidades tiene una base filosófica y no económica).

7. Véase Nathaly García Guzmán, *El enfoque de las capacidades de Nussbaum y el concepto de discapacidad*, 9 REVISTA LÉGEIN, 103, 104 (2009) (notando que las capacidades básicas incluyen la vida, la salud corporal, la integridad corporal, las emociones, la razón práctica, la afiliación y el control del propio entorno).

8. NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 83.

9. Véase Ana Fascioli, *Justicia social en clave de capacidades y reconocimiento*, 23:1 ARETÉ REVISTA DE FILOSOFÍA 53, 61 (2011) (exponiendo el concepto de bienestar, lo cual se extiende a la capacidad de funcionar y reiterando que las personas son libres para elegir).

podemos observar el nivel de dignidad y justicia social que alcanzan las personas en un determinado conglomerado social; también el enfoque nos ayuda a examinar el bienestar y los arreglos sociales de una persona, enfocándose en aquello que la gente es capaz de hacer o de ser.¹⁰

El enfoque de las capacidades presenta dos reclamos o pretensiones fundamentales: 1) la libertad como medio para alcanzar el bienestar, la cual es de una importancia capital; 2) que dicha libertad para alcanzar el bienestar se mide en términos de capacidades.¹¹ Las capacidades son las verdaderas libertades y/o oportunidades necesarias que permiten materializar las funcionalidades, es decir, aquello que se pueda ser o hacer.¹² Se observa de esto que el concepto está arraigado en una particular concepción de lo que es la persona humana.¹³

Para los fines que se plantea el enfoque de las capacidades, este se fundamenta en dos principios esenciales: la libertad y la dignidad humana.¹⁴ En cuanto al valor de la libertad en el enfoque, hay que distinguir entre capacidad y funcionamiento. El enfoque de las capacidades depende de la libertad que goza la persona para escoger entre los distintos tipos de funcionamiento para su realización o desarrollo como individuo,¹⁵ es decir, la disponibilidad real de libertad por optar entre los distintos tipos o modos de su ejercicio de acuerdo a su voluntad es lo que constituye capacidad, mientras que

10. Véase Thom Brooks, *The Capabilities Approach and Political Liberalism* [El enfoque de las capacidades y liberalismo político], 18 (10 de enero de 2013) disponible en <http://ssrn.com/abstract=2198841> (explicando que el enfoque de capacidades se basa entorno a la capacidad de ser o de hacer de un individuo); Ingrid Robeyns, *The Capability Approach: a theoretical survey* [El enfoque de capacidades: un estudio teórico], 6:1 J. HUM. DEV. 93, 94 (2005) [en adelante Robeyns, *El enfoque de capacidades: un estudio teórico*].

11. Robeyns, *El enfoque de capacidades*, *supra* nota 3, en § 1.

12. *Id.*

13. Véase NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, 141–45, 166–69, 184, 223–25 (presentando las visiones kantianas y rawlsianas sobre el concepto de persona y dignidad humana y exponiendo la visión sobre este concepto desde el enfoque de las capacidades).

14. Véase MARTHA C. NUSSBAUM, CREAR CAPACIDADES: PROPUESTA PARA EL DESARROLLO HUMANO 38–39 (2012).

15. Véase Fascioli, *supra* nota 9, en 62 (proponiendo que la comprensión del desarrollo personal depende del ensanchamiento de las capacidades y de las libertades que poseen las personas).

las funcionalidades no es más que el conjunto de seres o haceres que se escoge en el marco de la capacidad. Por ello es esta última la que debe ser efectivamente protegida, ya que es la que permite la libertad a la persona de escoger los modos de funcionamiento.¹⁶

El otro principio que sustenta el enfoque de las capacidades es la dignidad de la persona.¹⁷ En tal sentido, la dignidad supone considerar a cada persona como fin en sí mismo y no como un medio.¹⁸ En el ámbito del enfoque, se entiende que una persona ha sido tratada como un fin en sí mismo cuando se le ha puesto en condiciones para vivir de forma humana y cuando está por debajo de ese nivel no ha sido capacitada a tal fin y por ende no ha sido tratado de acuerdo a su dignidad.¹⁹

Existe un principio adicional del enfoque, que se refiere a que el mismo trata la injusticia y las desigualdades sociales, “y, en especial, . . . aquellas fallas u omisiones que obedecen a la presencia de discriminación o marginación,”²⁰ lo cual coloca a manos del Estado obligaciones urgentes con la finalidad de reducir la injusticia y la desigualdad. En este tenor, la obligación consistiría en la adopción de medidas para mejorar la calidad de vida, la cual se mide por las capacidades de las personas en situación de marginalidad o discapacidad, como ya veremos.²¹

Mediante este enfoque se examina las posibilidades o las oportunidades reales de las personas necesarias para su desarrollo, incluso, podíamos agregar oportunidades efectivas, solo bajo este aspecto, de acuerdo al enfoque, puede ser comprendido el desarrollo

16. Véase NUSSBAUM, CREAR CAPACIDADES, *supra* nota 14, en 44–45 (definiendo capacidad como funcionamiento y explicando que la libertad se logra a través de la capacidad).

17. Véase Michael Ashley Stein, *Disability Human Rights [Discapacidad en materia de derechos humanos]*, 95 CAL. L. REV. 75, 104 (2007) (notando que el enfoque de las capacidades destaca la importancia de la dignidad y el valor personal).

18. Véase *id.* en 106 (sugiriendo que el enfoque en la dignidad obliga la sociedad a reconocer el valor de las personas con discapacidad por su valor intrínseco y no como un medio para otro fin).

19. Véase MARTHA C. NUSSBAUM, LAS MUJERES Y EL DESARROLLO HUMANO 115 (2da ed., 2002).

20. NUSSBAUM, CREAR CAPACIDADES, *supra* nota 14, en 38–39.

21. *Id.* en 39.

en términos de libertad según expansión de las capacidades.²² De modo que el enfoque se trata no de las cosas que se hacen o de lo que es, sino de las oportunidades para hacer o ser en el marco de la libertad.

Partiendo del enfoque de las capacidades se puede determinar no solo cuáles son las oportunidades reales que una persona posee, también para saber qué oportunidades una persona no tiene. Se evalúa como las políticas públicas o bien conductas tienen un impacto en las capacidades de las personas para ser o hacer lo que estimen.²³ Estos elementos no pueden limitarse únicamente a cuestiones de salud, también pueden valorarse si los constreñimientos a las capacidades son el resultado de cuestiones sociales.²⁴ Es posible, sin embargo, que las oportunidades reales puedan ser limitadas a cuestiones económicas, pero una visión política nos permite extender esto a cuestiones propias de habilidades o talentos de las personas, o bien también a cuestiones de personalidad.²⁵

Nussbaum sostiene que no todas las personas cuentan con las mismas condiciones respecto a los demás,²⁶ y al ignorar esto, y por ende enfocarse únicamente respecto a aquellos que compartan cierta equidad en sus circunstancias, lleva a un trato injusto y poco equitativo entre todos.²⁷ El enfoque de las capacidades nos permite identificar que existen circunstancias, condiciones y capacidades que no son equiparables entre sí, sea porque derive de obstáculos físicos,

22. Véase Fascioli, *supra* nota 9, en 61 (observando que las capacidades manifiestan la libertad real de una persona).

23. Véase Robeyns, *El enfoque de capacidades: un estudio teórico*, *supra* nota 10, en 95 (explicando que el enfoque de las capacidades ayuda a observar que el bienestar, la justicia y el desarrollo son determinados por la capacidad de funcionar del individuo).

24. Véase *id.* en 96 (enumerando algunos elementos que el enfoque tiene en cuenta incluyendo: el acceso a educación de alta calidad, una verdadera participación política y la libertad de pensamiento).

25. Véase *id.* en 94, 104 (planteando que el enfoque de las capacidades es una amplia normativa para evaluar el bienestar y la disposición social de una persona).

26. Véase Brooks, *supra* nota 10, en 19 (notando que las personas no se encuentran en puestos similares y que las nociones de justicia varían entre las personas).

27. Véase García Guzmán, *supra* nota 7, en 106 (aceptando que el reconocimiento de la diversidad humana es necesario para que las personas que no cuentan con iguales condiciones puedan acceder un trato justo y respetuoso).

mentales u originados por el entorno social. Solo podrá hablarse de una sociedad justa, desde la óptica de una teoría de justicia social, si desde un principio se toman en cuenta el grado de capacidades y necesidades de las personas.²⁸

En efecto, a través del enfoque podemos observar la desigualdad material existente entre las personas, por lo que nos ayuda a respetar y garantizar en mayor grado la igualdad entre estas.²⁹ Por ello, como se trata de una perspectiva basada en una teoría de justicia social, el enfoque de las capacidades nos lleva a considerar la existencia de un mínimo social básico de cada persona para el pleno goce sus capacidades, para permitirle el ejercicio de su libertad y bienestar tendente a ser y hacer. El mínimo de capacidades básicas corresponden a: la vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego: control sobre el propio entorno.³⁰

Por ello, el bienestar, la libertad, la justicia y el desarrollo, deben ser conceptualizados en términos de las capacidades de cada persona para el alcance de sus funcionalidades.³¹ En efecto, incluir la preocupación por aquellos cuya capacidad se ve de una manera u otra desconsiderada, implica descartar que la capacidad y posesión de capacidades sea esencial para considerar una persona digna y destinatario de respeto en igualdad con los demás.³² Este enfoque, por ejemplo, nos ayudaría a abandonar la idea de la asistencia para sobrellevar ciertas discapacidades, para convertirla en políticas o medidas de reparación que ayuden a llevar la capacidad obstaculizada o inexistente a un nivel social mínimo que permita el desenvolvimiento de la persona de su libertad en términos de bienestar por el acceso o disfrute de oportunidades.

28. Véase *id.* en 106 (adoptando la propuesta que una teoría de la justicia social requiere el reconocimiento de las distintas necesidades y capacidades desde el inicio de la vida).

29. Véase Brooks, *supra* nota 10, en 20 (exponiendo que el enfoque de las capacidades crea un umbral que asegura la igualdad de las personas).

30. Véase NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 36.

31. Véase Robeyns, *El enfoque de capacidades*, *supra* nota 3, en § 2.5.

32. NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 37 (sugiriendo que la igualdad de trato se puede lograr aun cuando no todas las personas participen en las elecciones de los principios políticos).

Entonces, el enfoque de las capacidades resulta ser una perspectiva política-filosófica, de razón práctica, que ha de ser respetada y reconocida a todas las personas a fin de que sean tratados con dignidad.³³ En la medida que estas capacidades son optimizadas, sea por el respeto o por garantía efectiva, la dignidad de las personas es así respetada. Las capacidades entonces, una vez traducidas como decisiones políticas/jurídicas por medio de constituciones o tratados, como por otros medios, pasarían ser los pilares esenciales que permitirán el desarrollo humano.³⁴

Ante esto es bueno tener en cuenta que la insuficiencia de las capacidades no puede ser entendida como una pérdida de libertad, sino de la existencia de obstáculos respecto los cuales se necesita asistencia para su remoción, al afectar el status de persona afectado por el obstáculo. Por ello, se hace necesario este enfoque para partir, concretamente, de cuáles son los obstáculos y carencias contra las cuales se debe actuar para llevar a la persona al alcance, en la medida que sus propias condiciones le permitan, el disfrute de las distintas funcionalidades por medio de las capacidades.

Entonces, las capacidades deberán entenderse como mínimos a seguir, no máximos de la calidad de vida de las personas. Las circunstancias y el tiempo inciden en su maleabilidad y sus exigencias. Se convergen como títulos o prerrogativas de las personas, que a su no reconocimiento puede causar un daño, y cuya reparación puede ser requerida; por ello que, como principios políticos, su expresión jurídica y entendimiento como tal ayuda a entender la efectividad de los derechos de las personas en términos reales.

33. *Id.* en 83 (explicando que el enfoque de las capacidades es una teoría cuya base filosófica es el respeto de la dignidad humana).

34. Véase NUSSBAUM, CREAR CAPACIDADES, *supra* nota 14, en 52–53, 60–62; NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, 87–90 (exponiendo que los principios políticos forman la base de la dignidad humana).

B. LA DISCAPACIDAD Y EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES

La discapacidad es un concepto en desarrollo constante.³⁵ En efecto, la discapacidad era, y en cierta forma todavía lo es, vista estrictamente desde la perspectiva médica, no así desde una perspectiva basada en cuestiones sociales, como desde una perspectiva de derechos humanos o fundamentales.³⁶ Esto lleva, sin duda, a considerar las tareas respecto a las personas con discapacidad o capacidad diferenciada como cuestiones de paternalismo, caridad, o política pública de carácter social, que no hacía más que perpetuar el *status* de discapacidad médica que no hacía más que erosionar la existencia humana mas que complicarla.³⁷

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“CDPD”),³⁸ plantea que dentro del ámbito de aplicación de sus disposición, las personas con discapacidad incluyen aquellos que “tengan deficiencias físicas mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”³⁹ Una apreciación parecida la vemos en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (“CIADDIS”),⁴⁰ pero que a diferencia de la anterior, sí prevé un

35. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, 13 dic. 2006, 2515 U.N.T.S. 3, preámbulo [en adelante CDPD] (“Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”).

36. Véase Jason Scott Palmer, *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Will Ratification Lead to a Holistic Approach to Postsecondary Education for Persons with Disabilities?* [La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Conducirá la ratificación a un enfoque holístico a la educación postsecundaria para las personas con discapacidad?], 43 SETON HALL L. REV. 551, 575 (2013) (describiendo que el modelo médico considera las discapacidades como un problema que debe ser tratado médicamente).

37. Véase Gerard Quinn & Charles O’Mahony, *Disability and Human Rights: a new field in the United Nations* [Discapacidad y derechos humanos: un nuevo campo de acción en las Naciones Unidas], en INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: A TEXTBOOK 265 (Catarina Kause & Martin Scheinin eds., 2012).

38. CDPD, *supra* nota 35.

39. *Id.*, art. 1.

40. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 8 jun. 1999, O.E.A. Nro. A–

significado para “discapacidad” y la define como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico.”⁴¹

Ambas convenciones parten de una idea común y es que la capacidad es causada o agravada por circunstancias propias del entorno social o económico, y es la interacción con barreras existentes que impiden la participación o integración de las personas con deficiencias mentales, sensoriales o intelectuales.⁴²

El lenguaje de los derechos, por sí solos, puede ser insuficiente para determinar el nivel de satisfacción de aquello que es el objeto del derecho que incide en el desarrollo de las personas en la sociedad. Para ello, el enfoque de las capacidades ha constituido una poderosa herramienta complementaria.⁴³ De esto, se revela un cambio desde un enfoque médico de la discapacidad hacia un enfoque social, y que, como consecuencia del argumento defendido en el presente trabajo, se mueve a un enfoque holístico.

Bajo el enfoque médico, las personas con discapacidad encuentran dificultades en su interacción como consecuencia de su discapacidad, lo que implicaba que la atención se enfoque exclusivamente en la discapacidad y no en la persona.⁴⁴ El enfoque o modelo social de las discapacidades argumenta que no son más que las condiciones sociales reinantes, más que las condiciones de orden biológicas, que inciden en las limitaciones funcionales de las personas,⁴⁵ comienzan

65 [en adelante CIADDIS].

41. *Id.* art. 1.

42. Véase Furlan y Familiares v. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (serie C) Nro. 246, ¶ 133 (31 ago. 2012) (enumerando barreras físicas, arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas como algunas de las limitaciones que encuentran las personas con discapacidad).

43. Véase Martha C. Nussbaum, *Capabilities and Human Rights* [Capacidades y derechos humanos] 66 FORDHAM L. REV. 273, 725 (1997) (comentando que la Organización de Naciones Unidas ha utilizado el enfoque de las capacidades para evaluar la calidad de vida en varios países desde 1993).

44. Véase Palmer, *supra* nota 36, en 575 (explicando que el enfoque médico era notable por el uso del término “persona discapacitada”).

45. Véase Stein, *supra* nota 17, en 85 (indicando que el uso del modelo social es limitado en derechos humanos aunque varias leyes internacionales han adoptado

a concentrarse no en sí en la discapacidad sino en la persona, sin realizar consideraciones sobre el carácter inherentemente negativo o problemático de la misma.⁴⁶

En este tenor, los factores de orden externo son los que tienen un impacto significativo en las funcionalidades de las personas, más que las limitaciones biológicas, que son propias del enfoque médico de las discapacidades.⁴⁷ Por lo que, solo mediante la eliminación de las barreras exógenas o sociales se puede promover la integración de las personas con discapacidad, pero no necesariamente asegura que estas puedan participar en la igualdad de condiciones y en pleno respeto de su dignidad.

Una aproximación holística o comprensiva de la discapacidad no se enfoca en los impedimentos, sino en una perspectiva distinta que, si bien no excluye la cuestión de los impedimentos, no la hace parte esencial de su objetivo.⁴⁸ En este tenor, la aproximación holística de la discapacidad se enfoca en la cuestión de la igualdad y de las barreras sociales⁴⁹ que impide el disfrute efectivo de los derechos. En efecto, las barreras políticas, socio-económicas y jurídicas, no solo son impedimentos aislados, sino también los obstáculos derivados de la interrelación entre deficiencia y entorno no adecuado, hasta el punto de que las personas con discapacidad no puedan ejercer efectivamente sus derechos en igualdad de condiciones a los

preceptos del modelo).

46. Véase Palmer, *supra* nota 36, en 577 (explicando que el objeto del modelo social consistía en remediar las barreras sociales en vez de la discapacidad).

47. Véase Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, G.A. Res. 37/52, O.N.U. Doc. A/RES/37/52 (3 dic. 1982), ¶¶ 12, 21 (concluyendo que las medidas de rehabilitación no son suficientes para ayudar a personas con discapacidad porque el entorno determina el impacto de una discapacidad en la vida de una persona); Ron Amundson, *Disability, Handicap and the Environment [Discapacidad, minusvalía y el medio ambiente]* 23 J. SOC. PHIL. 105 (1992); Stein, *supra* nota 17, en 85 (argumentando que las condiciones sociales restringen las habilidades de una persona y crean una categoría de discapacidad).

48. Véase Palmer, *supra* nota 36, en 577 (comentando que la CDPD alienta que la sociedad piense en términos de igualdad y justicias en vez de enfocarse solamente en impedimentos).

49. Véase *id.* (notando que un enfoque holístico para eliminar las barreras jurídicas y sociales promueve la responsabilidad de la sociedad para entender las discapacidades en vez de dejar esta responsabilidad en manos de personas con discapacidad).

demás.⁵⁰

Tanto la CDPD y la CIADDIS tienen, como piedra angular, la igualdad en un sentido sustantivo o material.⁵¹ Aunque es posible formular argumentos en favor de nuevos derechos a favor de las personas con discapacidad (lo cual no cuestionamos), pero visto desde la base de igualdad que proponen tales convenios, tratan de defender las situaciones o posiciones jurídicas a la luz de derechos existentes,⁵² lo que promovía la visión de la discapacidad desde un enfoque holístico o de derechos, lo cual está acorde con el concepto no cerrado de discapacidad.⁵³

Esto nos lleva observar que la aproximación holística en derechos humanos de la discapacidad es una aproximación que debe ser llevado desde el enfoque de las capacidades, ya que permite examinar los distintos tipos de capacidades, grados o distinciones, y si estas, tal como están desplegadas en cada persona resultan ser suficientes para el desarrollo de su bienestar y el disfrute de oportunidades como entes sociales.⁵⁴

La ausencia de un entorno apropiado para el desarrollo de las personas, incide significativamente en las potenciales o el disfrute de oportunidades de las personas en el desenvolvimiento de sus funcionalidades o en el disfrute de sus derechos de manera efectiva, y que de permanecer estas circunstancias no se colocan en iguales niveles de capacidad respecto a las demás personas.⁵⁵ Siendo esta idea de igualdad sustantiva, en cuanto a equiparación respecto a

50. Véase *Furlan y Familiares*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 246, ¶ 133 (observando que en la CDPD y la CIADDIS “se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva”).

51. CDPD, *supra* nota 35, preámbulo; CIADDIS, *supra* nota 40, preámbulo.

52. Véase *Quinn & O’Mahony*, *supra* nota 37, en 275.

53. Véase *id.* en 279 (discutiendo la cuestión interpretativa del concepto y su relación con la igualdad sustantiva).

54. Véase *Robeyns*, *El enfoque de capacidades*, *supra* nota 3, en § 2.2 (explicando que el enfoque de discapacidades requiere una aproximación holística para identificar el conjunto de capacidades que tiene una persona).

55. Véase *García Guzmán*, *supra* nota 7, en 112 (expresando que la justicia requiere que se le coloque al discapacitado al mismo nivel que los “capacitados” y que se le presenten las mismas oportunidades).

otros, la base esencial del derecho de los derechos de las personas con discapacidad.⁵⁶

Observar la discapacidad desde el enfoque de las capacidades significa observar vidas reales en el marco de sus ámbitos materiales y sociales,⁵⁷ para que de esa forma se pueda promover la participación en igualdad de oportunidades y condicionales para que garantizar tales marcos necesarios para la realización de las capacidades.⁵⁸ Esto es particularmente relevante en condiciones sociales que solo están adaptadas para las personas que no padecen de alguna deficiencia mental, sensorial o física, y entonces, al momento en las cuales las personas con tales deficiencias entran en relación con ese espacio público diseñado para las personas que no la padecen, no pueden efectivamente promover sus potencialidades.

El trato dispensado a las personas con capacidades diferenciadas o con discapacidad, debe basarse no en un criterio paternalista, caritativo o de políticas públicas, sino en una perspectiva de oportunidades respecto a las cuales estas personas tengan derecho a ellas como reclamo o pretensión.⁵⁹ En efecto, aunque es posible, observar de las CDPD y CIADDIS que promueven una igualdad de trato, un enfoque holístico que nos lleve a considerar de lo que se trata es de igualdad de oportunidades; que visto desde el enfoque de

56. CDPD, *supra* nota 35, en arts. 1–3, 5; CIADDIS, *supra* nota 40, en arts. I–II; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 11(e) G.A Res. 2106 (XX), U.N. GAOR, 34th Sess. Supp. No. 46, U.N. Doc. A/34/46, at 193, (3 sept. 1981); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, art. 18, 16 nov. 1999, O.A.S.T.S. No. 69, 28 ILM 156 [en adelante Protocolo de San Salvador]; véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 5, Personas con Discapacidades (11° Período de Sesiones, 1994), ¶¶ 15–18, U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994); Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Proyecto de Observación General sobre el Artículo 12: Igual Reconocimiento como Persona Ante la Ley, (11° Período de Sesiones, 1994), ¶ 10, CRPD/C/11/4 [en adelante Observación General sobre Artículo 12] *disponible en* <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>.

57. Véase NUSSBAUM, CREAR CAPACIDADES, *supra* nota 14, en 112.

58. Véase García Guzmán, *supra* nota 7, en 112 (reconociendo que es necesario situar las personas en el mismo nivel de capacidad para asegurar la justicia para personas con discapacidad).

59. Véase Palmer, *supra* nota 36, en 578 (expresando que el enfoque de los derechos humanos se basa en que las personas con discapacidad reciben las necesidades fundamentales como su derecho y no como la caridad).

las capacidades, se inclina por la efectividad del ejercicio de las potencialidades en condiciones tanto formales como materiales para

que así lo permitan.⁶⁰ En las palabras de Nussbaum:

Realizar uno de los puntos de la lista [de capacidades] para los ciudadanos de una nación implica no solamente promover el desarrollo apropiado de sus potencialidades internas, sino preparar también el entorno, de tal manera que sea favorable para el ejercicio de la razón práctica y de las demás funciones mayores.⁶¹

Este entorno, mediante el levantamiento de las barreras políticas y socioeconómicas, promueve, más que una igualdad de trato, una igualdad de oportunidad para poder realizar las habilidades u potencialidades que se ven minimizadas por la interrelación de las deficiencias con tales barreras. Por ello es que la discriminación es en sí misma una falla en la promoción de las capacidades, traducida en el trato indigno y de humillación a las personas con discapacidad.⁶² Si la igualdad de oportunidades es parte esencial de la aproximación holística de los derechos de las personas con discapacidad,⁶³ por lo tanto, su objetivo debe responder a la promoción de un alto grado de igualdad de material.⁶⁴

Sin embargo, tanto la CDPD y la CIADDIS carecen de mecanismos de garantías jurisdiccionales que hagan efectivos los derechos contenidos en ambos instrumentos.⁶⁵ Los comités de recepción de informes o peticiones no gozan de los caracteres que identifican a un órgano jurisdiccional, lo cual pone en peligro la cuestión de la justiciabilidad de los mismos cuando el Estado ha fallado en sus obligaciones respecto a las personas con discapacidad. Sucede lo mismo respecto al Protocolo de San Salvador,⁶⁶ que impide que la justiciabilidad ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (“Corte IDH”) la protección de las personas con discapacidad.

60. Véase *id.* en 578 (sosteniendo que adoptando este enfoque ayuda que las personas con discapacidad dejen de ser objetos de caridad y que sean consideradas como miembros de la sociedad).

61. NUSSBAUM, *CREAR CAPACIDADES*, *supra* nota 14, en 129.

62. *Id.* en 130.

63. Véase Palmer, *supra* nota 36, en 578 (notando que la igualdad de oportunidades es importante para que la sociedad deje de perpetuar el estigma de las discapacidades).

64. Véase NUSSBAUM, *CREAR CAPACIDADES*, *supra* nota 14, en 130.

65. CDPD, *supra* nota 35, arts. 1–3; CIADDIS, *supra* nota 40, art. III.

66. Protocolo de San Salvador, *supra* nota 56, art. 19.6.

¿Es posible, por medio de la CADH, promover las condiciones de justiciabilidad de los derechos de las personas con discapacidad, a pesar de ser un tratado internacional tradicional no concebido para ellas? Y si es así, ¿es posible realizar una protección efectiva de las personas con discapacidad desde el enfoque de las capacidades?

III. LA CADH BAJO EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La discapacidad no supone la pérdida de derechos, sino la motivación por la cual es necesario realizar ajustes razonables para el disfrute de los derechos reconocidos. De lo contrario, no solo están privados del disfrute de derechos, también del disfrute de oportunidades. Si esto es así, si la ineficacia de derechos es la pérdida de oportunidades reales para ser y hacer, ¿qué supone esto para el planteamiento de la obligación de respeto y garantía?

Cuando se ha tratado de las obligaciones de respeto y garantía con relación a las personas con discapacidad, acá la obligación no es cualquier sino una obligación reforzada. Como la violación de un derecho es una situación urgente que debe ser remediada para no provocar un daño irreparable,⁶⁷ es claro que, por las circunstancias particulares y de desventaja material para una persona con discapacidad, ese daño es más impactante para su vida digna y proyecto de vida.

El derecho internacional de los derechos humanos de las personas con discapacidad debe ser visto desde el punto de vista de la eliminación de la exclusión y discriminación que impide el disfrute de sus derechos.⁶⁸ Desde el enfoque de las capacidades, los derechos son vistos como las garantías jurídicas de oportunidades⁶⁹ por la que

67. Véase RODOLFO ARANGO, LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES 298 (2005) (“Un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto”).

68. Véase Observación General Nro. 5: Personas con Discapacidades, *supra* nota 56, en ¶¶ 15–18 (destacando que las personas con discapacidades tienen una larga historia de discriminación y para prevenir futuras discriminaciones es necesario que los Estados apliquen un marco jurídico basado en el derecho de igualdad a todas las personas).

69. Véase Furlan y Familiares, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 246, ¶¶ 136, 201

la CADH puede ser vista de esta forma. La Corte IDH podría utilizar algunos presupuestos de la CIADDIS, la CDPD y el Protocolo de San Salvador como elementos interpretativos para dar una interpretación convencionalmente adecuada a los derechos de la convención respecto a las personas con discapacidad.

De modo que, los avances esenciales en términos de igualdad material que prevé tanto la CIADDIS y la CDPD, constituyen elementos interpretativos esenciales para interpretar la CADH, la cual es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de los tiempos y condiciones de vida propia de la actualidad.⁷⁰ Si es que el análisis de los derechos de las personas con discapacidad sea limitado, y se quisiera adoptar un enfoque de las capacidades, es decir, de las oportunidades reales para el disfrute de sus derechos y obligaciones, esta interpretación puede ser realizada de manera completa y adecuada por medio de los cánones del artículo 29 de la CADH.⁷¹

En efecto, el artículo 29 de la CADH permite interpretar otros tratados de los cuales sean parte los Estados parte de la CADH, así como interpretar esta última dentro del sistema al cual pertenecen, es decir, en el marco del sistema de protección internacional de derechos humanos.⁷² La Corte IDH ha extendido el espectro de aplicación de este artículo, al utilizar tales acuerdos como parámetros

(afirmando que los tribunales tienen la mayor responsabilidad de respetar y garantizar los derechos de una persona con discapacidad y deben tener en cuenta las características que aumentan la vulnerabilidad de personas discapacitadas).

70. *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) v. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 257, ¶ 245 (28 nov. 2012) (indicando que tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las reglas establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); *Karen Atala Riffo v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 239, ¶ 83 (24 feb. 2012); *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 125, ¶ 125 (17 jun. 2005).

71. Convención Americana, *supra* nota 1, art. 29.

72. Véase *Artavia Murillo y otros*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 257, ¶ 191 (explicando que en su interpretación de un tratado el Tribunal no sólo toma en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados sino también el sistema dentro del cual se inscribe); *González y otros ("Campo Algodonero") v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 205, ¶ 43 (16 nov. 2009).

de interpretación de disposiciones contenidas en la CADH.⁷³ En efecto, en las palabras de la Corte IDH:

En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento). Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua, Paraguay y Surinam, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio N° 169 de la OIT.⁷⁴

Más aún, en el caso particular de las personas con discapacidad, la CADH puede ser un instrumento para promover su protección de manera efectiva al ser interpretado de esta forma.⁷⁵ Por ejemplo, en el caso de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (“Declaración Americana”),⁷⁶ por el hecho de que la propia CADH

73. Véase “Masacre de Mapiripán” v. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 134, ¶ 115 (15 sept. 2005) (reconociendo que el Tribunal no puede declarar la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de derecho internacional humanitario).

74. Véase Pueblo Indígena Kichwas de Sarayaku v. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 245, ¶ 161 (27 jun. 2012).

75. Véase *Masacre de Mapiripán*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 134, ¶¶ 112–114 (explicando que la Corte IDH lo ha hecho, aunque sin elaborar una argumentación debida y concreta para el caso de las personas con discapacidad).

76. Véase Organización de los Estados Americanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVI, O.A.S. Res. XXX (1948) [en adelante Declaración Americana] (“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”); véase también Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos

reconoce un valor interpretativo en la Declaración Americana respecto a las disposiciones en la misma,⁷⁷ a pesar de que no puede ser atribuida responsabilidad internacional al amparo de la declaración por ser la CADH la fuente directa de sus obligaciones internacionales.⁷⁸ Como también, en base a una lectura conexas de los derechos, las disposiciones del Protocolo de San Salvador pueden ser un elemento de interpretación por medio de la CADH.⁷⁹

En efecto, los avances que prevén estos tratados en materia de prohibición de discriminación y promoción de una igualdad material de personas con discapacidad respecto a personas que carecen de esta, pueden ser tomados en cuenta para determinar la aplicabilidad y el alcance de un derecho protegido en la convención objeto de vulneración. No se determinará la responsabilidad del Estado bajo la CIADDIS o la CDPD, como también el Protocolo de San Salvador, sino que se tomarán los mismos como criterios hermenéuticos para la concreción de los derechos de la CADH al caso y determinar si la meta de la igualdad real y efectiva (material) ha sido satisfecha en beneficio de una persona con discapacidad distinta.

Humanos, Opinión Consultiva, Corte I.D.H. (ser. A) Nro. 10, ¶ 2 (14 jul. 1989) [en adelante Interpretación de la Declaración Americana, Opinión Consultiva].

77. Véase también *Comunidad Moiwana v. Surinam Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 124, ¶ 63 (15 jun. 2005) (aclarando que la corte generalmente considera las disposiciones de la Declaración Americana en su interpretación de la protección de los derechos humanos en la Convención propia). Véase generalmente, Convención Americana, *supra* nota 1, art. 29 (reconociendo que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza).

78. Véase Julio José Rojas Báez, *El establecimiento de la responsabilidad internacional del estado por violación a normas contenidas en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre*, 25 (1) AM. U. INT'L L. REV. 8, 14–33 (2009) (notando que la Declaración Americana no puede depender del significado o valor que se le dio en 1948, necesario tomar en cuenta los cambios en materia de derechos humanos).

79. Véase *Albán Cornejo v. Ecuador, Fondo Reparaciones y Costas*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 171 (22 nov. 2007) (avanzando que la obligación del estado es de proteger la vida y la integridad, la salud y el derecho de los individuos por diversos medios); véase también *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 210 (24 nov. 2009).

A. OBLIGACIÓN GENERAL DE GARANTÍA CONTRA LA DESIGUALDAD MATERIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CADH BAJO EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES

Interpretar la CADH por medio de otros tratados permite una visión de la CADH más adecuada a las necesidades de las personas con capacidades diferenciadas. En efecto, permite que el disfrute de los derechos sea efectivo y en igualdad. La igualdad en términos de efectividad supone el goce o el disfrute de oportunidades verdaderas, no teóricas, para el ser y hacer respecto a los cuales es libre el individuo con capacidades distintas.⁸⁰ Esto es así porque al final de cuentas, la CADH protege derechos reales y no teóricos,⁸¹ y respecto a las personas con capacidades diferenciadas, se requiere una aproximación hermenéutica distinta para garantizar y tutelar efectivamente sus derechos y garantizar sus oportunidades, como parte de una calidad de vida.⁸²

La CADH tiene dos obligaciones esenciales predicables a todos los derechos de la convención,⁸³ una negativa y una obligación positiva, particularmente en la adopción de cualquier tipo de medida para garantizarlos.⁸⁴ En este marco, la vulneración de cualesquiera derechos de la CADH supone por igual un desconocimiento del artículo 1.1 CADH, en cuanto a la obligación de garantía.⁸⁵ Por lo

80. Véase CDPD, *supra* nota 35, art. 3 (incluyendo la igualdad de oportunidades, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad).

81. Véase *inter alia* Stanev v. Bulgaria, Corte E.D.H. Sol. Nro. 36760/06, ¶ 231 (2012); Airey v. Irlanda, Corte E.D.H. Sol. Nro. 6289/73, ¶ 24 (1979); véase también Andrejeva v. Letonia, Corte E.D.H. Sol. Nro. 55707/00, ¶ 98 (2009) (aludiendo que la convención es para ofrecer derechos prácticos y efectivos); Pérez v. Francia, Corte E.D.H. Sol. Nro. 47287/99, ¶ 80 (2004); Artico v. Italia, Corte E.D.H. Sol. Nro. 6694/74, ¶ 33 (1980).

82. Véase Plesó v. Hungría, Corte E.D.H. Sol. Nro. 41242/08, ¶ 60 (2012).

83. Véase Convención Americana, *supra* nota 1, art. 29.

84. Véase Masacre de Santo Domingo v. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 259, ¶ 188 (30 nov. 2012); Velázquez Rodríguez v. Honduras, Fondo, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 4, ¶¶ 165–166 (29 jul. 1988); véase también Suárez Peralta v. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, (ser. C) Nro. 261, ¶ 127 (21 mayo 2013).

85. Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H., (ser. C) 118, ¶ 76 (1 mar. 2005) (“Los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos . . . todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos

que es inseparable la obligación general de respeto y garantía del principio de igualdad y no discriminación.⁸⁶ Esto supone que los Estados deberán adoptar medidas para evitar situaciones de desigualdad material y contrarrestar la discriminación, que en términos de capacidades, ayuda a combatir las barreras para el disfrute de oportunidades reales para el ejercicio de la autonomía de las personas con discapacidad.⁸⁷ La naturaleza, de esas medidas, depende de las circunstancias personales del individuo o de su situación especial.⁸⁸

Si las condiciones para el disfrute de los derechos no son garantizados, atendiendo a las circunstancias de las personas con capacidad diferenciadas, entonces, no están en igualdad de condiciones que le permitan plenamente disfrutar de sus derechos.⁸⁹ Por lo que, dicha omisión o tratamiento que tienda a contribuir con el contexto de disfrute desigual de los derechos respecto a otros, es considerado *per se* incompatible con la CADH⁹⁰ por ser discriminatorias.⁹¹

Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.”).

86. Véase Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 214, ¶ 268 (24 ago. 2010) (sumando que el tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma).

87. Véase generalmente CDPD, *supra* nota 35, art. 3 (explicando que la autonomía del individuo incluye la libertad de tomar propias decisiones y tener independencia total).

88. Véase *González y otras*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 205, ¶ 25 (considerando que el Tribunal debe verificar la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes).

89. Véase Observación General Nro. 5: Personas con Discapacidades, *supra* nota 56, en 12 (explicando que en el caso donde un individuo o grupo produce resultados insatisfactorios, corresponde al gobierno a tomar medidas para compensar o anular el resultado).

90. Véase Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, ¶ 53 (afirmando que sin discriminación, todas las disposiciones se extienden a la obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades).

91. Véase generalmente Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *supra* nota 56, art. 15 (reconociendo que la discriminación se presenta en distintas formas, desde la negación de la oportunidad educativa a segregación).

El enfoque de las capacidades coloca a la persona en la centralidad, lo que implica promover un concepto de bien que beneficia de todas de las personas, excluyendo así promover esto a favor de cuerpo social como ente separado de las personas,⁹² cuyas capacidades deben ser efectivamente optimizadas. Aquí reside parte del principal problema de la teoría política-jurídica de los derechos, en los cuales aquellos que diseñan los principios de justicia, son los mismos destinatarios de tales principios, creando un ámbito de exclusión de aquellos que, por circunstancias físicas mentales o sociales, no se encuentran en las mismas condiciones.⁹³

Los obstáculos para las oportunidades reales son excesivamente altos y costosos para las personas con capacidades diferenciadas. En este tenor, de acuerdo con la Corte IDH, la situación de vulnerabilidad de una persona (o grupo de personas en esta situación) supone deberes especiales que el Estado deberá cumplir para garantizar los derechos, mediante la adopción de medidas a la par de las necesidades del sujeto, en razón de su discapacidad.⁹⁴

Las personas con capacidad diferenciada se encuentran en una posición de desventaja inicial, en particular porque el mundo exterior o público está diseñado para las personas que carecen de dichas deficiencias.⁹⁵ Por lo que se encuentran frente a oportunidades a las cuales no podrán tener acceso, por efecto de que los medios puestos a su disposición responden a un ambiente que no hace más que convertir su circunstancia física, mental o cognitiva en un obstáculo.

En tal sentido, la garantía del disfrute de los derechos supone “tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que

92. Véase Anabella di Tulio Arias, *¿Hacia una justicia sin fronteras? El enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum y los límites de la justicia*, 58 REVISTA INT'L DE FILOSOFÍA 51, 67 (2013).

93. Véase NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 36 (notando que los principios de justicia se eligen basados en los intereses de quienes los crean, sin tomar en consideración las necesidades de personas que no tienen las mismas capacidades).

94. Véase *Ximenes Lopes v. Brasil*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 149, ¶ 103 (4 jul. 2006); véase también Observación General Nro. 5: Personas con Discapacidades, *supra* nota 56, en 9 (indicando que recursos adicionales son necesarios para tomar las medidas apropiadas y ayudar problemas específicos).

95. Véase NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 174 (apuntando que todos los autobuses, las aceras y todos los edificios deberían tener rampas y ascensores accesibles para sillas de ruedas).

puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce".⁹⁶ En efecto, existe una:

obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.⁹⁷

Tal como, existe una obligación de "tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce".⁹⁸ El criterio, *entre otros*, del ajuste razonable entra a jugar un rol preponderante en el disfrute de oportunidades reales para que las personas con discapacidad desarrollen su funcionamiento, en términos de capacidades.⁹⁹

Por ello, los derechos no solo constituyen las garantías de esto, también originan los espacios para su exigibilidad: en efecto, desde el enfoque de las capacidades, la violación de un derecho no solo significa el desconocimiento de una obligación jurídica, en el caso particular de las personas con discapacidad, significa la pérdida de una oportunidad para ser y/o hacer.

Como se trata cuestiones de igualdad material de las personas con capacidad diferenciada y respecto a los demás, respecto al Estado no solo se requiere el cumplimiento de obligaciones de medios sino de

96. Véase *Hilaire v. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Tribunal Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 94, ¶ 151 (21 jun. 2002) (detallando que si el estado tolera circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención).

97. Véase *Artavia Murillo*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 257, ¶ 292; *Furlan y Familiares*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 246, ¶ 134; Observación General Nro. 5: *Personas con Discapacidades*, *supra* nota 56, en 134.

98. *Hilaire*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 94, ¶ 151.

99. Véase *CIADDIS*, *supra* nota 40 (estableciendo que los Estados parte se comprometen a adoptar medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad y a adoptar medidas para eliminar los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan). Véase *generalmente* CDPD, *supra* nota 35, art. III.

resultados para implementar los derechos humanos.¹⁰⁰ La obligación reforzada también se aplica por ser parte del contenido mínimo de los derechos reconocidos en la CADH y ser una obligación internacional que no admite derogación, a propósito del principio de igualdad y no discriminación.¹⁰¹ En términos sustantivos, para el caso de las personas con discapacidad, ayuda a romper el ciclo de desventajas vinculados a los grupos marginados; igualdad para romper con el ciclo de estereotipos vinculados al estatus de marginalización;¹⁰² afirmación positiva y reconocimiento de la identidad marginalizada; y facilitación de plena participación en la sociedad,¹⁰³ en particular en el ámbito de la vida política.¹⁰⁴

En efecto, existen personas o grupos de personas que son más dables a sufrir pérdidas de capacidades para su funcionamiento, para lo cual el Estado tiene un deber especial de protección ante situaciones de discriminación directa e indirecta, así como *de jure* o

100. Véase Janet E. Lord & Rebecca Brown, *The Role of Reasonable Accommodation in Securing Substantive Equality for Persons with Disabilities: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities [El Papel de ajustes razonables para conseguir la igualdad sustantiva para personas con discapacidad: la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad]* 3 (2010) disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1618903 (indicando que en contraste con la igualdad formal, la igualdad sustantiva requiere que el Estado cumpla con su obligación en el proceso de implementación de los derechos humanos).

101. Véase también *Yatama v. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 127, ¶ 184 (23 jun. 2005) (explicando que el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* dada la evolución del derecho internacional). Véase generalmente *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 214, ¶ 269; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva, OC-18/03, Corte I.D.H. (ser. A) Nro. 18, ¶ 101 (17 sept. 2003).

102. Véase *Kiss v. Hungría*, Corte E.D.H. Sol. Nro. 38832/06, ¶ 42 (2010).

103. Véase Lord & Brown, *supra* nota 100, en 3; Sandra Fredman, *Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide [Proporcionando igualdad: la igualdad sustantiva y obligación positiva de proveer]*, 21 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 163, 167 (2005) (detallando que la igualdad sustantiva debe aspirar a romper el ciclo de desventaja, promover respeto para así corregir el estigma, implicar afirmación positiva, celebrar la identidad dentro de la comunidad y facilitar la participación en la sociedad).

104. Véase *Kiss*, Corte E.D.H. Sol. Nro. 38832/06, ¶ 42 (explicando que tal perjuicio puede entrañar estereotipos legislativos que prohíbe la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades).

de facto.¹⁰⁵ La situación de vulnerabilidad se origina como consecuencia de la discapacidad creada o agravada por el entorno, y al entrar en contacto con este, en términos de capacidades, las personas con discapacidad no se encuentran en igualdad de condiciones.

En este tenor, se trata de personas en situaciones de vulnerabilidad, las cuales requieren un mayor ámbito de protección y de medidas positivas.¹⁰⁶ Esto tendría el efecto de prevenir las discapacidades originales o agravadas por el entorno; o bien responder a las discapacidades existentes generadas o creadas por el entorno por igual.¹⁰⁷ De esta forma, para asegurar la igualdad y evitar la discriminación, lo cual garantiza el disfrute de las capacidades básicas, “los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, legal, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole,¹⁰⁸ necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.”¹⁰⁹

Por otro lado, la igualdad constituye, *entre otras*, la más concreta expresión de la dignidad del individuo, en su *status* de persona dentro de una comunidad política. En este tenor, la dignidad no es un concepto de contenido valorativo o de un conglomerado de valores,¹¹⁰ se trata de que un individuo posee un determinado *status* por efecto de gozar de prerrogativas, derechos, garantías, capacidades, etc. En este sentido, el hecho de ser persona, lo hace

105. Véase Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva, OC-18/03, ¶ 103; véase también *Comunidad Indígena Xáknok Kásek*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 214, ¶ 271.

106. Véase generalmente Convención Americana, *supra* nota 1, art. 1; CDPD, *supra* nota 35, art. 4; CIADDIS, *supra* nota 40; *Plesó*, Corte E.D.H. Sol. Nro. 41242/08, ¶ 60.

107. Véase *Ximenes Lopes*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 63, ¶ 103.

108. Véase CIADDIS, *supra* nota 40; véase también *Albán Cornejo*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 171, ¶ 118.

109. *Ximenes Lopes*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 63, ¶ 105; véase CIADDIS, *supra* nota 40; véase generalmente, CDPD, *supra* nota 35, art. 4.

110. Véase generalmente Jeremy Waldron, *Is Dignity the Foundation of Human Rights?* [¿La dignidad es la base de derechos humanos?] 24 (2013) disponible en <http://ssrn.com/abstract=2196074> (reconociendo que dignidad como un estado de derecho es una combinación de los derechos, poderes, discapacidades, deberes, privilegios, inmunidades y responsabilidades que corresponden a una persona en virtud de la situación en que se encuentran).

tener o ser titular de un *status* que le hace merecedor de prerrogativas e intereses que, a falta de satisfacción o reconocimiento, produce un daño.

La dignidad de una persona es una cuestión de *status*, es decir, que demanda de otros su respeto y del Estado.¹¹¹ Una persona que ostenta el *status* no solo tiene en su haber una serie de prerrogativas o determinados títulos, sino cuando el reconocimiento de esos derechos o prerrogativas son fundamentales para como uno es en sí tratado,¹¹² y por ende se concretiza la demanda o la exigencia de su respeto. En efecto, el respeto por la dignidad, respeto como reconocimiento, es la prerrogativa de que otras personas le tomen en serio y ponderen apropiadamente el hecho que es una persona deliberando sobre qué hacer,¹¹³ es decir, con los mismas libertades, derechos y atributos que todos los demás, generando así exigencias de respeto y trato de acuerdo a ese trato.¹¹⁴

Las personas con discapacidad tienen dignidad, lo cual supone una exigencia de su respeto mediante el reconocimiento de todo lo que implica: intereses, prerrogativas e inmunidades bajo la forma de derechos protegidos por la CADH. En la medida que los derechos no son objeto de reconocimiento o satisfacción en determinadas circunstancias, su dignidad es desconocida. Como el obstáculo o la barrera provocada o agravada por el entorno afecta la posición de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, respecto a los que no la tienen, esto supone que real y efectivamente su *status* como personas sujeto de derecho bajo la CADH no es reconocido y por lo tanto su dignidad es desconocida y producto de la discriminación en razón de la discapacidad.¹¹⁵

111. Véase *id.* en 85; NUSSBAUM, CREAR CAPACIDADES, *supra* nota 14, en 50–51.

112. Véase Waldron, *supra* nota 110, en 85.

113. Véase *id.* en 87; véase también Stephen L. Darwall, *Two Kinds of Respect* [Dos tipos de respeto] 88 ETHICS 36, 38 (1977) (reconociendo que el respeto implica que una persona tome con seriedad las propuestas de una persona con discapacidad).

114. Véase Waldron, *supra* nota 110, en 219–20 (explicando que la dignidad puede considerarse mundano, pero en la cuestión de la condición de miembro de la sociedad, es el derecho de defensa de las libertades, protecciones y poderes).

115. Véase Brooks, *supra* nota 10, en 21 (explicando que las capacidades no deben considerarse como características adicionales, sino que deben formar parte de una doctrina integral).

No garantizar las capacidades básicas de una persona, por el solo hecho de su discapacidad, supone no solo promover un estatuto de desigualdad material respecto a otras personas, producto de la barrera provocada por el entorno. Además, supone la desconsideración del individuo con discapacidad como persona, un concepto que implica un *status* que le hace merecedor de prerrogativas, pretensiones, intereses e inmunidades, sujeto de satisfacción por el Estado, a propósito de su dignidad.

B. EL DERECHO A LA VIDA DIGNA COMO AL PROYECTO DE VIDA DE LAS PERSONAS CON CAPACIDADES DIFERENCIADAS: EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES

El enfoque de las capacidades expone una lista de diez capacidades mínimas¹¹⁶ que constituyen un umbral, que por debajo del cual, no se puede tener una vida digna.¹¹⁷ Los derechos en la CADH constituyen el reflejo jurídico de las capacidades mínimas que una persona deberá tener, en términos reales y efectivos, para sus funcionamientos, es decir, para su ser y hacer.¹¹⁸ Como la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran las personas con discapacidad no solo impacta en el núcleo de la consideración de igualdad, también en la calidad de la vida actual, así como su proyección hacia el futuro.

116. Véase NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 36 (notando que estos requisitos tienen consecuencias para el trato que reciben las personas con discapacidad como receptores o sujetos de la justicia en la sociedad resultante).

117. Véase NUSSBAUM, CREAR CAPACIDADES, *supra* nota 14, en 53–56; NUSSBAUM, LAS MUJERES, *supra* nota 19, en 90.

118. Véase NUSSBAUM, LAS MUJERES, *supra* nota 19, en 90; NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 90.

En el primer caso, hablamos del derecho a la vida digna, el cual implica no solo el hecho de no ser privado arbitrariamente de la vida, también el de disponer de las condiciones esenciales para tener una existencia digna. La Corte IDH ha sostenido lo siguiente:

En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados no tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atentan contra él.¹¹⁹

La vida digna de las personas con discapacidad se ve comprometida cuando no existen las condiciones reales que les permita acceder a oportunidades para desarrollarse.¹²⁰ Esta ausencia de condiciones se traduce en que las personas con discapacidad al no estar en igualdad de condiciones respecto a los demás, no se encuentran por encima del umbral de las capacidades para funcionar, en sentido verdaderamente humano.¹²¹ Por ello, que es necesario proceder con los ajustes razonables necesarios respecto al espacio público que impide la materialización de estas condiciones, en particular si dicho espacio público está diseñado para las personas que carecen de las deficiencias.¹²²

No tener estas condiciones que permiten las oportunidades que materialicen los distintos *seres y haceres* que una persona libre, y en plena autonomía, puede crear desigualdad de condiciones respecto a los demás, lo cual no solo afecte su vida digna, pero también su proyecto de vida. En este tenor, debido a que la incapacidad se origina o se agrava por efecto de la interacción entre la deficiencia y el mundo exterior, las oportunidades son mínimas o nulas, la cual

119. Véase *Los Niños de la Calle*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 63, ¶ 144 (afirmando que sin el respeto, todos los derechos carecen de sentido).

120. Véase Lord & Brown, *supra* nota 100, en 3 (concluyendo que, para marcar una diferencia, es necesario ir más allá de proscripción discriminatoria en las leyes, se requiere la inclusión de personas con discapacidad que han sido, históricamente, objetos de discriminación).

121. Véase NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 83.

122. Véase *id.* en 174 (mostrando la importancia de tener acceso para sillas de ruedas en autobuses y edificios y demostrando que la restructuración del espacio público es esencial para la dignidad de las personas).

impide que la persona de discapacidad diferenciada o de distinta capacidad no pueda desarrollarse plenamente de acuerdo a sus intereses o convicciones en igualdad de condiciones.

De acuerdo a la Corte IDH, “el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.¹²³ Tomar la CADH en términos de capacidades significa promover y observar los derechos como espacios jurídicamente determinados para el disfrute de oportunidades para su realización personal; por ello es que la cuestión de la protección de las personas con discapacidad radica en la prohibición de la discriminación y, *entre otras cosas*, en la realización de ajustes razonables para el disfrute de los derechos en igualdad de condiciones, en pleno ejercicio de su autonomía en el espacio público.

Solamente así, las personas con discapacidades pueden tener oportunidades reales para su propia realización personal, lo cual se “sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone.”¹²⁴ El proyecto de vida se refiere, concretamente, a las expresiones de las capacidades, es decir, de las posibilidades para llevar a cabo los funcionamientos que no son más que las distintas opciones que tiene a su disposición.¹²⁵ Como estas no se encuentran, por circunstancias particulares, en igualdad de condiciones, deben ser sujetas a acciones positivas diferenciadas que le permitan acceder a las opciones que tiene a su favor. Por lo que la “cancelación o menoscabo” de esas opciones “implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor” para el desarrollo del individuo.¹²⁶

Como la CADH no es en sí un tratado cuya disposiciones han sido diseñadas para tratar efectivamente con las circunstancias concretas de las personas con discapacidad, por medio del enfoque puede convertirse la CADH en un instrumento para tutelar efectivamente de

123. Véase *Loayza Tamayo v. Perú*, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 42, ¶ 147 (27 nov. 1998).

124. Véase *id.* ¶ 148.

125. Véase *id.*

126. Véase *id.*

los derechos para permitir una vida digna y el desarrollo personal expresado en la distintas opciones a las cuales tiene reales oportunidades abierta a su disposición.

Construir un estándar para la garantía efectiva de los derechos de las personas con discapacidad es un intento para dar coherencia a una concepción teórica abstracta de los derechos en la CADH, a una concepción de que los derechos son prácticos y no ilusorios. Por ello, los derechos deben ser vistos como oportunidades garantizados en términos jurídicos, donde son posibles los funcionamientos o posibilidades de ser y hacer que el individuo tiene a su disposición.

En base a esto, se puede reelaborar una visión, convencionalmente adecuada, de cuáles son las características que definen las obligaciones positivas del Estado en términos de capacidades. En efecto, bajo el enfoque de las capacidades, tal como hemos postulado, no toda obligación de respeto y garantía es convencionalmente adecuada, sino aquella que realmente vaya al núcleo del problema respecto a las capacidades de las personas no satisfechas o no optimizadas atendiendo a las circunstancias particulares y concretas de ellas.

El enfoque de las capacidades, al ser una teoría normativa, es posible extender su análisis hacia una perspectiva más jurídica del derecho internacional de los derechos humanos, ya que constituyen una especificación de los derechos humanos.¹²⁷ Este último es particularmente importante, porque parte de una idea de persona que, en muchos aspectos, coincide con su desarrollo, lo cual se logra a través del respeto y garantía de los derechos que le son reconocidos. Por ende, desde la situación particular de las personas con discapacidades que se encuentran en una situación especial o de vulnerabilidad, es necesario plantear la visión de los derechos en la CADH desde un enfoque de oportunidades en los siguientes términos:

1. Los derechos en la CADH significan que deben ser prácticos y no teóricos.¹²⁸ Si se observa desde la perspectiva de derechos que

127. Véase NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 92.

128. Véase *Stanev*, Corte E.D.H. Sol. Nro. 36760/06, ¶ 142 (explicando que las autoridades deben tener la obligación de prever medidas adecuadas y menos restrictivas de la libertad personal, y de asegurar atención médica y servicios sociales para las personas con trastornos mentales).

sean reales y efectivos, se debe examinar siempre el cumplimiento de las obligaciones bajo la Convención desde la perspectiva particular y concreta del sujeto de que se trate, y no en ajeno a esta.¹²⁹ Los derechos deben ser vistos con instrumentos que garantizan no solo posiciones jurídicas, sino también *oportunidades* para ser y hacer en autonomía e igualdad. Por ello, toda violación de un derecho, más que desconocer un orden jurídico concreto, para el individuo, supone la pérdida de una oportunidad o el impedimento para disfrutar de ella.¹³⁰

En el caso de las personas con discapacidad, entendido en términos de capacidades, su protección debe partir de cómo maximizar el rango de oportunidades para el disfrute de oportunidades reales y efectivas. Solo si esas capacidades básicas son satisfechas, las cuales son protegidas por los derechos, se puede asegurar dos elementos básicos de las personas con discapacidad: i) la autonomía;¹³¹ y ii) y la participación sin discriminación y en igualdad de condiciones.¹³²

2. Ver los derechos en términos de capacidades, en el conjunto de oportunidades básicas para ser y hacer, se imponen obligaciones positivas cuyo cumplimiento deberá examinarse desde un estándar de efectividad y realidad.¹³³ Más allá de medidas simples, se deberá determinar si la acción es suficiente o si se ha omitido toda acción en la protección, por ello el estándar de proporcionalidad respecto a las medidas será el de acción u omisión insuficiente para la protección.¹³⁴ Aunque las medidas específicas podrán quedar bajo cierto margen de apreciación del Estado para su implementación, no

129. Véase *Nada*, Corte E.D.H. Sol. Nro. 10593/08, ¶ 225 (indicando que la diferencia entre la privación y la restricción de la libertad es uno de grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia).

130. Véase CDPD, *supra* nota 35, art. 12.

131. Véase *id.*, art. 3(a).

132. Véase *id.*, art. 3(b)(c)(e).

133. Véase NUSSBAUM, *CREAR CAPACIDADES*, *supra* nota 14, en 86 (argumentando que todos los derechos entrañan una acción positiva por parte del gobierno y que una acción como esta debe apoyar activamente las capacidades de las personas y no solo abstenerse de ponerles obstáculo, sino los derechos no son más que palabras en papel).

134. Véase JAN-R. SIECKMANN, *LA TEORÍA PRINCIPALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ESTUDIOS SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY* 169–206 (2011).

podrá ser válido dicho margen si en el ejercicio de dicha discreción suponga perpetrar la condición de vulnerabilidad y discriminación,¹³⁵ y que no suponga la satisfacción de aquellos ajustes razonables que ayuden a mitigar los efectos de las barreras provocadas por la interacción de la deficiencia respecto al entorno inadecuado para el disfrute de los derechos de la CADH cuando se trata de personas con discapacidad.

3. En este sentido, como una vida por debajo del umbral de las capacidades significa una vida no “humana” que impacta en el desarrollo individual y autónomo de la persona, en los términos que intenta proteger la CIADDIS y la CDPD. Ante esto, la ausencia de condiciones para el desarrollo afecta considerablemente la dignidad de la persona como estatus, y por ende, la capacidad de tener una vida digna y tener un proyecto de vida adecuado, impidiendo el disfrute de las opciones puestas a disposición del individuo para ejercer la libertad e igualdad que es reconocida y garantizada para las personas con discapacidad.

4. Como existen problemas que impiden el disfrute de las capacidades en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad, por la no implementación o protección efectiva de los derechos en su disfrute, entonces el entorno o espacio público continua siendo la causa que dio origen o agrava la discapacidad, para lo cual son imperativos, *entre otras cosas*, los ajustes razonables necesarios, como medidas positivas, para permitir el disfrute de las oportunidades reales para garantizar las libertades por medio de una vida digna y consecución del proyecto de vida, en términos de capacidades (*capabilities*).¹³⁶ Si no ha ocurrido, entonces, el Estado no ha garantizado efectivamente los derechos en la CADH para su disfrute su discriminación, situación nuclear de las personas con

135. Amaury A. Reyes-Torres, *El principio de igualdad y no discriminación como límite al margen de apreciación en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo*, 29 AM. U. INT’L L. REV. 766 (2014); véase también Kiyutin v. Rusia, Corte E.D.H. Sol. Nro. 2700/10, ¶ 63. (2011); Francisco R. Barbosa Delgado, *Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales*, 26 REVISTA DERECHO DEL ESTADO 107, 126 (2011) (aduciendo que tal prejuicio puede entrañar estereotipos legislativos que prohíben la evaluación individualizada de sus capacidades).

136. Véase NUSSBAUM, CREAR CAPACIDADES, *supra* nota 14, en 45.

discapacidad al interactuar en un espacio público diseñado para personas sin las deficiencias y perpetuando así la exclusión.

5. Como instrumento jurídico, la CADH no es un tratado pensado para personas con capacidades diferenciadas, problema que le puede ser atribuido por igual a las tradiciones de contratos sociales que conciben a las personas con un determinado conglomerado de características.¹³⁷ Sin embargo, la CADH es un instrumento vivo que por el hecho de que debe ser visto de acuerdo a las circunstancias y tiempos actuales,¹³⁸ deberá tomar en cuenta las circunstancias personales del individuo en cuestión, así como las especiales condiciones del mismo, con o podrían ser las capacidades diferenciadas.

Visto en términos de capacidades, la no adecuación o adopción de medidas que permitan considerar al individuo como persona sujeto de protección y en potencialidad de ser igual a los demás, significa excluirlo de protección y privarlo de oportunidades que son agravados o provocados por el entorno que puede ser trabajado por el estado mediante acciones positivas. Ello, a raíz del artículo 29 de la CADH, promueve que la Convención pueda ser vista a través de los lentes de convenciones específicas sobre protección de personas con discapacidad, para interpretar adecuadamente los derechos y permitir el disfrute de oportunidades para desarrollarse efectivamente, en términos de capacidades.

6. Los elementos básicos como la prohibición de la discriminación y el criterio de ajustes razonables, visto desde la óptica combinada del artículo 1.1 y desde el enfoque de capacidades, identifica la existencia de una obligación reforzada de garantía de los derechos en favor de las personas con discapacidad, por la posición de desventaja a raíz de interactuar en un espectro que no toma en cuenta las especiales circunstancias del grupo. Además, se observa que los ajustes razonables y la eliminación de la discriminación pueden actuar como mecanismos para promover oportunidades reales y efectivas para su desarrollo en espacios no diseñadas para ellas de esta forma. La protección de un derecho equivaldrá a la promoción

137. Véase NUSSBAUM, FRONTERAS DE LA JUSTICIA, *supra* nota 2, en 145, 147–48.

138. Véase *Artavia Murillo y otros*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 257, ¶ 24; *Karen Atala Riffo*, Corte I.D.H. (ser. C) Nro. 239, ¶ 83.

de una oportunidad para el desarrollo de la autonomía de las personas con discapacidad.

De esta forma se dan los pasos para el cierre de un ciclo en el cual las personas con discapacidad, por sus especiales circunstancias, históricamente han sido víctimas de discriminaciones y prejuicios, convirtiéndolas en el centro de estereotipos legislativos y de otro índole; evitando así que sus necesidades y circunstancias particulares sean correctamente adecuadas.¹³⁹ Si bien el Estado tendría un margen de apreciación para la implementación de las obligaciones de la convención, el mismo sería reducido al impactar los intereses de grupos vulnerables y que históricamente han sido víctima de discriminación, como las personas con capacidades diferenciadas o discapacidad.¹⁴⁰ De modo que, se exigiría un escrutinio estricto respecto a las actuaciones del Estado que tiendan a perpetuar o promover, directa e indirectamente, la discriminación, al tratarse de una categoría o “*class*” protegida contra la discriminación.¹⁴¹

7. En términos de capacidades, no es derecho aquel cuya tutela no sea real y efectiva, es decir, que no sea capaz de producir los efectos para los cuales han sido concebido y adecuado para promover la oportunidades real que permite el ser y hacer (funcionamiento). La protección real y efectiva de los derechos para su disfrute sin discriminación debe ser entendida en términos de capacidades, ya que si dicha protección no es posible, entonces, no solo existiría un derecho vulnerado, también la oportunidad perdida para el desarrollo.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Los derechos no perecen por la existencia de deficiencias físicas o cognitivas. La finalidad es permitir que la diversidad sea parte esencial del espacio público para evitar el paternalismo y la caridad, porque solo así podemos desarrollar plenamente nuestra autonomía y nuestros derechos. Las posiciones jurídicas que identifican un

139. Véase *Kiss*, Corte E.D.H. Sol. Nro. 38832/06, ¶ 42.

140. *Id.*

141. Véase *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 215, 216 (1944) (indicando que no todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles son inconstitucionales, pero haciendo hincapié que los tribunales deben someterlas a un escrutinio más rígido).

derecho (subjetivo) deben estar garantizadas y su efectividad debe ser la finalidad para la cual ha sido concebido, pero si no se conciben los derechos como garantía de oportunidades (*capabilities*) para el desarrollo personal, los derechos no serán más que el recordatorio de que aquellos que son distintos no podrán desarrollarse como los otros que se benefician de la exclusión de aquellos del espacio público.