

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

"RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN GUATEMALA"

TESIS DE POSGRADO

FRANCISCO JAVIER URIZAR PÉREZ

CARNET 10656-01

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2018
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

"RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN GUATEMALA"

TESIS DE POSGRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
FRANCISCO JAVIER URIZAR PÉREZ

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2018
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. ANA RUTH MÉRIDA VÁSQUEZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
DRA. AYLIN BRIZEIDA ORDÓÑEZ REYNA
MGTR. SILVIA GUADALUPE DUBÓN ESPINOZA DE PIVARAL
MGTR. VANIA CAROLINA SOTO PERALTA

Guatemala, 3 de enero del 2017

Señores

Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rafael Landívar

Honorables Señores del Consejo de Facultad:

Reciban un cordial saludo. El motivo de la presente es para rendirles dictamen favorable sobre la tesis titulada "RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL E INTELECTUAL EN GUATEMALA" elaborada por el Abogado y Notario Francisco Javier Urizar Pérez.

El presente trabajo de investigación es sumamente valioso para el goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en nuestro país, porque aborda desde la investigación jurídica descriptiva uno de los grandes pendientes que tiene el Estado de Guatemala en cuanto debe promover el cumplimiento del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dicha investigación presenta de forma objetiva y clara todos los aspectos necesarios para analizar y comprender cómo nuestra normativa actual contradice Tratados en materia de derechos humanos, así como contraviene varios artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala, sus principios y valores. Lográndose alcanzar el objetivo de la investigación, el cual era: "Determinar la trascendencia constitucional del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Guatemala en materia de derechos humanos".

No me queda más que reiterar que el dictamen que emito es favorable, así como el agrado que me ha dado el haber participado como revisora de un trabajo de investigación tan importante para el respeto de los derechos de las personas con discapacidad.

Con mis muestras de consideración y estima, me despido.

Deferentemente,



M. A. Ana Ruth Mérida Vásquez



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071952-2018

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado del estudiante FRANCISCO JAVIER URIZAR PÉREZ, Carnet 10656-01 en la carrera MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07632-2018 de fecha 5 de noviembre de 2018, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN GUATEMALA"

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 6 días del mes de noviembre del año 2018.

LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



A Carolina, mis papás, mis hermanos y Adrianita

LISTADO DE ABREVIATURAS

APA	Asociación Americana de Psiquiatría (inglés)
APAL	Asociación Psiquiátrica de América Latina.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CAT	Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.
CAT	Comité contra la Tortura.
CCPR	Comité de Derechos Humanos.
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.
CEDAW	Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer.
CEDDIS	Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad.
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIE	Clasificación Internacional de Enfermedades.
CIPCD	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
COEA	Carta de la Organización de Estados Americanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CRC	Convención sobre los Derechos del Niño.
CRC	Comité de los Derechos del Niño.
CRPD	Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad.
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DSM	Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (inglés)
GLADP	Guía Latinoamericana de Diagnóstico Psiquiátrico.
ICERD	Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de

Discriminación Racial.

OEA	Organización de Estados Americanos.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONSEC	Oficina Nacional del Servicio Civil.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

ÍNDICE

Introducción	1
Discapacidad	4
1.1 Conceptualización.....	4
1.2 Modelos de abordaje.....	12
1.3 Procedimientos para la determinación médico-legal de algunos tipos de discapacidad intelectual en el procedimiento de declaratoria de interdicción en Guatemala.....	18
1.3.1 Los manuales de diagnóstico.....	23
1.4 Discapacidad y derechos fundamentales.....	28
1.4.1 Dignidad Humana.....	30
1.4.2 Autonomía.....	33
1.4.3 Igualdad.....	35
1.4.4 Solidaridad.....	36
Obligaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos	38
2.1. Las obligaciones asumidas por el Estado de Guatemala por medio de los tratados internacionales.....	38
2.2. Obligaciones asumidas por el Estado de Guatemala por medio de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.....	42
2.2.1. Respetar los derechos reconocidos en los tratados.....	46
2.2.2. Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos.....	49
2.2.3. Adoptar las medidas necesarias para que los derechos sean efectivos.....	57
Marco legal internacional de los derechos de las personas con discapacidad	60
3.1 Sistema Universal.....	60
3.1.1 Instrumentos de protección general.....	60
3.1.2 Instrumentos de protección específica.....	72
3.2 Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.....	81
3.2.1 Instrumentos de protección general.....	81
3.2.2 Instrumento de protección específica.....	86
La Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en Guatemala	88
4.1 Marco regulatorio interno de la discapacidad.....	89
4.1.1 Constitución Política de la República de Guatemala.....	89
4.1.2 Ley de Atención a las Personas con Discapacidad.....	95
4.1.3 Códigos Civil y Procesal Civil y Mercantil.....	95
4.2 Observaciones finales del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad sobre Guatemala:.....	108
Relevancia constitucional del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad	111
5.1 Análisis de constitucionalidad de los artículos 9 y 308 del Código Civil.....	112
5.1.1 ¿Los artículos 9 y 308 del Código Civil contradicen los valores y principios que integran la Constitución Política de la República de Guatemala?.....	116
5.1.2 ¿Los artículos 9 y 308 del Código Civil contradicen alguna norma de carácter sustantivo de la Constitución Política de la República de Guatemala?.....	125
5.2 Posibles soluciones para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.....	128
5.2.1 La acción de inconstitucionalidad general de los artículos 9 y 308 del Código Civil. ...	128
5.2.2 El pronunciamiento de una sentencia atípica como posible solución a la inactividad del Estado en materia de derechos de las personas con discapacidad.....	129
5.2.3 El control difuso de convencionalidad por parte de las autoridades nacionales.....	133
5.2.4 La reforma legislativa.....	136
Conclusiones	142
Recomendaciones	145
Listado de Referencias	146

RESUMEN

Abordar la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos es una tarea pendiente en Guatemala. A pesar de existir compromisos asumidos por el Estado en esta materia y de contar con varios precedentes a nivel internacional, se sigue considerando a las personas con discapacidad como objetos de caridad o enfermos. Una muestra de esta realidad es que continúa vigente en el país un modelo de incapacitación que sustituye completamente la voluntad del individuo en la de un tutor.

Pasar de un modelo médico a uno social o de derechos humanos en el abordaje de la discapacidad implica reconocer esta condición como parte de la diversidad humana y atender las problemáticas que le son propias desde el respeto a la autonomía y la voluntad de las personas, procurando la igualdad de oportunidades y asumiendo que la discapacidad no es resultado solo de una deficiencia, sino de la relación de esta con las barreras que como sociedad se van imponiendo a estas personas. La sociedad también necesita ser rehabilitada.

El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual es un derecho reconocido en instrumentos internacionales que han sido considerados parte del bloque de constitucionalidad lo que exige la intervención de la Corte de Constitucionalidad y otros poderes del Estado para actualizar y armonizar la legislación nacional, así como la actuación de jueces y otras autoridades para que, al realizar el respectivo control de convencionalidad, garanticen los derechos fundamentales de quienes se ven sujetos a su competencia.

INTRODUCCIÓN

La capacidad jurídica es un derecho humano reconocido en varios instrumentos internacionales porque se constituye en una especie de llave para acceder a los derechos fundamentales de las personas. En el caso de las personas con discapacidad, el tema se complica por las múltiples doctrinas que existen en cuanto a su aptitud para desarrollarse dentro de la sociedad, las cuales están directamente vinculadas con los diferentes modelos que se han desarrollado a lo largo de la historia para abarcar la situación.

Dentro de los modelos más conocidos y que tienen vigencia actualmente, se encuentra por un lado el modelo médico-asistencialista, en el cual la persona con discapacidad es considerada como ‘enferma’ que debe ser curada y cuidada por personas que, si no son especialistas, son caritativas, por lo que la persona es reducida al objeto de la caridad de los demás. El otro modelo relativamente vigente es el de los derechos humanos, que busca, a través del reconocimiento de la dignidad de las personas con discapacidad, integrarlas a la sociedad para que opten por una vida plena, en igualdad de condiciones.

El trabajo se presenta como una monografía que tuvo como objetivo general determinar si el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es trascendente en el ámbito constitucional a la luz de las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado de Guatemala en materia de derechos humanos. Asimismo, se plantearon cuatro objetivos específicos: Estudiar la evolución histórica del concepto “discapacidad”; analizar las oportunidades de las personas con discapacidad de ejercitar sus derechos fundamentales; determinar si es necesaria una reforma a la legislación ordinaria guatemalteca en materia de derechos de las personas con discapacidad; proponer, si fuera necesario, las fórmulas de reforma a la legislación guatemalteca de acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

La investigación se inició con dos preguntas principales ¿Cuál es el fundamento del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad? ¿Cuáles son los estándares que podrían aplicarse para el ejercicio del derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Guatemala? Para responderlas, se

llevó a cabo una investigación de tipo documental en la que se recurrió principalmente al método inductivo-deductivo y a las doctrinas de la supremacía constitucional, el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

La tesis se divide en cinco capítulos, en el primero, se aborda el concepto de discapacidad y su evolución a lo largo del tiempo, los modelos de abordaje, los procedimientos para la determinación médico-legal de algunos tipos de discapacidad intelectual en el procedimiento de declaratoria de interdicción en Guatemala; y, la relación que existe entre la discapacidad, los derechos fundamentales y los principios y valores que recoge la actual Constitución Política de la República de Guatemala.

En el segundo capítulo, se realiza una breve revisión de algunos conceptos básicos del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la luz del contenido de la Constitución Política de la República y la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, en particular las relacionadas a respetar los derechos reconocidos en los tratados; garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos y adoptar las medidas necesarias para que los derechos sean efectivos.

En el capítulo tercero se analiza el marco legal internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad para lo cual se utilizó el método deductivo, partiendo de los instrumentos de protección general hacia los de protección específica, utilizando como fuente los instrumentos internacionales de los sistemas Universal e Interamericano de protección de los derechos humanos.

En el capítulo cuarto, se entra a conocer la situación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Guatemala, se tomaron como fuentes normativas la Constitución Política de la República, la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad y los códigos Civil y Procesal Civil y Mercantil. Además, se analizan las Observaciones Finales del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad sobre Guatemala, en lo que se refiere al tema de la tesis.

En el capítulo quinto se analiza la relevancia que puede tener para el derecho constitucional el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para lo cual, se plantea el análisis de constitucionalidad de los artículos 9 y 308 del Código Civil respecto a la Constitución Política de la República y el bloque de constitucionalidad por cuanto existe contradicción con los valores y principios que los integran, así como con normas sustantivas. En este mismo capítulo se plantean como soluciones la promoción de acciones de inconstitucionalidad general de los citados artículos del Código Civil, el pronunciamiento de una sentencia atípica por parte de la Corte de Constitucionalidad, la aplicación del control difuso de convencionalidad por parte de las autoridades nacionales que actualmente conocen las solicitudes de declaratoria de interdicción y, por último, se hace referencia a la legislación desarrollada en Costa Rica, Colombia y Argentina sobre el tema del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el respeto a su autonomía y voluntad y la protección de sus derechos fundamentales en general.

Finalmente, se concluye en la necesidad de adoptar el modelo social o de derechos humanos en el abordaje de la discapacidad en Guatemala a nivel general y, en particular, en lo referente a los procesos en los que se pone en entredicho la capacidad jurídica de las personas con discapacidad por cuanto es una obligación asumida por el Estado frente a sus habitantes y a la comunidad internacional y que redundará en un mayor reconocimiento de la dignidad humana y por ende, en una mayor vigencia de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales en materia de derechos humanos adoptados por Guatemala en beneficio de toda la población.

CAPÍTULO I

DISCAPACIDAD

1.1 Conceptualización.

Para entrar a determinar la posibilidad de construir un concepto sobre discapacidad es necesario tener en cuenta que este término, como lo establece la misma Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, es evolutivo¹. La discapacidad, al ser parte de la condición humana y ser una situación en la que se encuentran las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales, varía de acuerdo al entorno y a las barreras que se podrían encontrar para desarrollarse libre y plenamente en la sociedad. En consecuencia, analizar los asuntos conceptuales del tema no es un proceso sencillo y no puede resolverse con la simple visita a un diccionario.

La construcción del concepto de discapacidad es el resultado del nivel de avance o estancamiento que tiene una sociedad para reconocerla como parte de la diversidad humana. En consecuencia, tiene mucho que ver con el alcance del reconocimiento de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales en cada país. No es la intención con este trabajo agotar las oportunidades de desarrollar una conceptualización propia para el Estado guatemalteco de la discapacidad, por lo que se recurrirá a fuentes de carácter global y científicas de sobre el tema para poder construir un concepto a nivel general y abstracto, que se desarrolle desde la lógica del reconocimiento de la dignidad humana y con respeto de los derechos fundamentales de todas las personas.

Escribano Tortajada propone algunos criterios para ir determinando el concepto de discapacidad. Según esta autora, es importante tener en cuenta que al abordar este tema desde un punto de vista jurídico, hay que tener la precaución de entender que, por lo regular, el concepto viene determinado por la ley, lo que implica un alto grado de “confusión terminológica y una inseguridad jurídica importante”². En ese sentido,

¹ Cfr. Preámbulo, inciso e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

² Escribano Tortajada, Patricia. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2012. Pág. 28. Disponible en: ProQuestebrary. Fecha de la consulta: 9 de abril de 2016.

poniendo como ejemplo la legislación española, menciona que se utilizan dos conceptos, el de discapacitados y el de incapacitados judicialmente, lo cual acarrea consecuencias jurídicas distintas.³

Para afrontar este problema, la autora propone plantearse al menos tres interrogantes que aplican al caso español; sin embargo, para analizar el tema a nivel general, se usarán como guía únicamente dos de ellas. En ese sentido, Escribano Tortajada afirma:

...debemos de hacernos varias cuestiones: la primera de ellas, es la de si el concepto de persona con discapacidad que se usa en el Derecho Civil, es el mismo que usa en otras ramas como en el Derecho Laboral o el utilizado por la Organización Mundial de la Salud. En segundo lugar, hemos de determinar si las personas con discapacidad son personas incapacitadas judicialmente.⁴

Es fundamental responder a la primera pregunta planteada por la autora citada, toda vez que la definición legal de un concepto puede ser abismalmente distinta dependiendo del cuerpo normativo al que se recurra. En el caso guatemalteco, por ejemplo, no es el mismo sentido el que se le da a la discapacidad en el Código Civil, que en la Constitución Política de la República o en la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad. Esto responde, como se verá *infra* a las diferentes concepciones que han existido a lo largo del tiempo sobre el tema y al modelo de abordaje desde el cual se construye ese concepto.

La segunda pregunta, referida a la situación jurídica de las personas con discapacidad, podría considerarse fuera del ámbito que interesa al hecho de construir un concepto sobre el tema; sin embargo, es fundamental para establecer los límites de una definición legal. Si el concepto de discapacidad se relaciona *ipso facto* con el de inhabilitación judicial, se estaría ante un problema jurídico muy grave, toda vez que esa relación alcanzaría a muchas personas que viven con discapacidad y son absolutamente funcionales en la sociedad.

Debido a que el concepto de discapacidad no se aplica sobre cosas sino sobre personas, es muy importante tener en cuenta que los alcances del mismo repercutirán en el estilo y

³ Cfr. *Loc. Cit.*

⁴ *Loc. Cit.*

condiciones de vida, las oportunidades, las opciones de desarrollo y otras consideraciones que forman parte del bienestar de la persona dentro de una sociedad.

Sin entrar a desarrollar el tema que abordará el siguiente apartado, se citarán algunos ejemplos de conceptos sobre discapacidad que forman parte del acervo científico y legal que acompaña a la materia y que han sido elaborados por diversas instancias desde la última mitad del siglo XX.

En los años de la década de 1950 la Asamblea General de Naciones Unidas y el Consejo Económico y Social aprobaron varias resoluciones que estaban encaminadas a la prevención y rehabilitación de la discapacidad. Estas resoluciones se produjeron desde un enfoque que entendía la discapacidad como una enfermedad que debía ser curada; sin embargo, en la década de 1970 surgen los primeros instrumentos que tienden al abordaje del concepto con un criterio de derechos humanos.⁵

El primero de estos instrumentos fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1971 y contiene la “*Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*”. De acuerdo con de Lorenzo y Palacios, esta inicia “afirmando que esas personas deben gozar de los mismos derechos que los demás seres humanos.” Además, “se advierte contra la posibilidad de que la mera incapacidad de ejercicio pleno de los derechos origine la eliminación completa de dichos derechos.”⁶

El segundo instrumento fue adoptado en 1975 y se trata de la “*Declaración de los Derechos de los Impedidos*”, en la cual se afirma que los llamados ‘impedidos’ tienen “los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos y que se tomen las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible.”⁷

⁵ Cfr. De Lorenzo, Rafael y Palacios, Agustina. Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional. En: Laorden, Javier (Dir.). Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Volumen I Aspectos Jurídicos. Consejo General del Poder Judicial. España, 2007. Pág. 37.

⁶ *Loc. Cit.*

⁷ *Loc. Cit.*

En esta línea, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año 1980 dentro de la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías* propone un concepto de discapacidad que va en una nueva línea, la cual, según Egea García y Sarabia Sánchez, propuso una nueva forma de entender la discapacidad, superando la idea de que esta es una mera enfermedad y fue pionera en incluir elementos sociales dentro de los criterios de definición del concepto. En este sentido, los autores sostienen que el aporte de la OMS radica en que se cambia el esquema de enfermedad: “Etiología⁸→ Patología⁹→Manifestación”, por uno nuevo: “Enfermedad → Deficiencia → Discapacidad→ Minusvalía”.¹⁰

De acuerdo con Egea García y Sarabia Sánchez, el contenido de este nuevo esquema sobre la discapacidad debe entenderse de la siguiente forma:

La **enfermedad** es una situación intrínseca que abarca cualquier tipo de enfermedad, trastorno o accidente. La enfermedad está clasificada por la OMS en su Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados (CIE).

La **deficiencia** es la exteriorización directa de las consecuencias de la enfermedad y se manifiesta tanto en los órganos del cuerpo como en sus funciones (incluidas las psicológicas).

La **discapacidad** es la objetivación de la deficiencia en el sujeto y con una repercusión directa en su capacidad de realizar actividades en los términos considerados normales para cualquier sujeto de sus características (edad, género,...).

La **minusvalía** es la socialización de la problemática causada en un sujeto por las consecuencias de una enfermedad, manifestada a través de la deficiencia y/o la discapacidad, y que afecta al desempeño del rol social que le es propio.¹¹

⁸ Etiología: Conjunto de causas de una enfermedad. (Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Lengua Española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>)

⁹ Patología: Conjunto de síntomas de una enfermedad. (*Loc. Cit.*)

¹⁰ Egea García, Carlos y Sarabia Sánchez, Alicia. Clasificación de la OMS sobre discapacidad. Artículos y Notas. Pág. 16. Disponible en: <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/art/ClasificacionesOMSDiscapacidad.pdf>. Fecha de la consulta: 9 de abril de 2016.

¹¹ *Loc. Cit.*

Entendiendo el esquema propuesto por la OMS en 1980, la discapacidad es la manifestación, tanto a nivel físico, como moral y social de una enfermedad sobre una persona. La propuesta claramente establece que las causas y consecuencias de la discapacidad se desarrollan a nivel personal, tanto en el aspecto biológico como biográfico de la persona. Se tiene como un elemento consecuente con la discapacidad el de la minusvalía, la cual hace referencia a la capacidad de las personas de desarrollarse en la sociedad, cumpliendo su respectivo rol en condiciones de normalidad. En el siguiente apartado se hará un análisis de las implicaciones y el contenido de esta conceptualización y se le enmarcará dentro de la corriente de pensamiento que le corresponde. En este punto, lo importante es dejar claridad sobre los puntos que toca esta propuesta: Enfermedad → Discapacidad → Minusvalía, todos ellos a nivel y con implicaciones estrictamente personales, aunque se dieran en un entorno social.¹²

Dentro de la propuesta de la OMS de 1980 las deficiencias se agrupan en distintos grupos: intelectuales, psicológicas, del lenguaje, de los órganos de la audición, del órgano de la visión, viscerales, músculo-esqueléticas, desfigurados, y generalizadas, sensitivas y otras.¹³ Las discapacidades se referían a “la conducta, la comunicación, el cuidado personal, la locomoción, la disposición del cuerpo, la destreza, de situación, de una determinada aptitud, y otras restricciones de la actividad.”¹⁴ Y, finalmente, las minusvalías

¹² Escribano Tortajada al analizar la propuesta de la OMS de 1980 concluye que la misma se basa en un proceso concatenado de cuatro pasos “El primero de ellos es el referente a la presencia de una circunstancia anormal en un individuo ya sea en el momento del nacimiento o en un momento posterior. Una serie de causas, o “etiología”, hace que se produzcan unos cambios en la estructura o funcionamiento del cuerpo, que es la “patología”. Ésta puede manifestarse de un modo u otro, a través de lo que serían los síntomas o signos de la enfermedad. Por tanto, es una situación extrínseca. Si se muestra al exterior la patología, la persona que la sufre se da cuenta de que le ocurre algo, es decir, que está enfermo. Como señala la CIDDM que existe una “deficiencia”, que es la anormalidad en la estructura y en la apariencia corporal y en el funcionamiento de un órgano o sistema. Como consecuencia de ello, las actividades que realizaba normalmente esa persona, pueden verse alteradas de algún modo y no poder realizarlas, por lo que estaríamos en el plano de la discapacidad, que como determina la CIDDM, serían consecuencias de las deficiencias desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo. En último lugar, esa persona por diversos motivos, puede situarse o encontrarse en una situación de desventaja respecto de los demás, entrando en juego el componente social. Según la CIDDM, “este plano refleja la respuesta de la sociedad a la experiencia del individuo ya sea que se exprese mediante actitudes, como generando un estigma, o a través del comportamiento, pudiendo plasmarse en instrumentos específicos, como sería la legislación”. *Op. Cit.* Pág. 35.

¹³ *Ibíd.* Pág. 36.

¹⁴ *Loc. Cit.*

“se basaban en la orientación, en la independencia física, la movilidad, ocupacional, de integración social, autosuficiencia económica, y otras.”¹⁵

Entender el contenido de estos ámbitos de la enfermedad, es fundamental para comprender el espíritu de la clasificación propuesta por la OMS, en la cual, se pueden definir con claridad dos pretensiones:

“La intención de *evitar la sustantivación de situaciones adjetivas*. Se trataba de mostrar al individuo antes como persona que como sujeto de una determinada situación limitante. La manera de lograrlo era anteponer siempre el «persona con...», haciendo de esta manera más relevante la integridad individual que la situación adjetiva (por descriptiva) de una circunstancia personal concreta. Por otro lado, se trataba de evitar la distinta interpretación que sobre los diferentes marcos de las consecuencias de la enfermedad tenga cada persona, según la perspectiva que el observador externo tenga de las mismas.

De la propuesta de la OMS de 1980 quedan como aspectos positivos el inicio de la toma de conciencia sobre las implicaciones sociales de la discapacidad y la preminencia del elemento subjetivo sobre el adjetivo de la discapacidad, razón por la que hasta ahora es impropio decir “persona discapacitada, discapacitado” y se usa de forma más apropiada el término “persona *con* discapacidad”.

El 3 de diciembre de 1982 mediante resolución 37/52 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el “*Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*” que se plantea tres objetivos: la prevención, la rehabilitación y la equiparación de oportunidades. Aquí debe hacerse mención de que los primeros dos reflejan una tendencia médico-asistencialista, mientras el tercero es el que plantea una apertura hacia un modelo social o de derechos humanos.¹⁶

El párrafo 12 del citado programa establece que “la equiparación de oportunidades significa el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio

¹⁵ *Loc. Cit.*

¹⁶ Cfr. De Lorenzo y Palacios. *Op. Cit.* Pág. 38.

físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos.”

Finalmente, el documento afirma que “la experiencia ha demostrado que es, en gran parte, el medio el que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona.”

Como se ve, el Programa de Acción Mundial de 1982 aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas plantea un nuevo hito en el tema de la discapacidad, se empieza a introducir en el contenido del concepto el hecho de que la limitación, deficiencia o incapacidad en sí mismas no son las que producen la discapacidad, sino que es el medio en el que la persona se desarrolla el que la discapacita. La discapacidad es el efecto que causa una deficiencia o incapacidad dentro de un medio que no hace intentos por equiparar las oportunidades de todas las personas.

En el año 2001, la Organización Mundial de la Salud (OMS) aprobó la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, que es una revisión del texto que la misma organización produjo en el año 1980. Una de las causas que motivó a la revisión del texto anterior fue la incidencia de los colectivos de personas con discapacidad en contra de los términos en los que se había construido. Además, se argumentó que era necesaria una nueva nomenclatura por “la naturaleza unidimensional, el predominio de la perspectiva negativa centrada en las deficiencias, el punto de vista de la discapacidad como hecho individual y el escaso enfoque de los aspectos sociales y contextuales”.¹⁷

El resultado de esta revisión fue bastante positivo. No solo se logra el cambio de nomenclatura, además, se adopta el criterio de la interrelación entre los factores biológicos y sociales para determinar la discapacidad de una persona. “Ya no se centra principalmente en la deficiencia, la discapacidad o la minusvalía de una persona como un

¹⁷ Escribano Tortajada. *Op. Cit.* Pág. 37

factor producido por una enfermedad o un accidente, sino que, a través de una serie de elementos y factores, analiza la interacción de esa persona en el contexto o entorno en el que vive.”¹⁸

Se abandona el criterio de las tres consecuencias de la enfermedad y se adopta uno nuevo, en virtud del cual, se divide el tema en dos bloques, el primero referido al funcionamiento y la discapacidad; y, el segundo, a los factores contextuales.

En relación al funcionamiento, la clasificación de 2001 establece que comprende: a) Las funciones orgánicas y las estructuras corporales de la persona. b) La capacidad de desarrollar una actividad. c) La posibilidad de participación en la sociedad. Por su parte, el concepto de discapacidad, engloba: a) Las funciones orgánicas y las estructuras corporales de la persona. b) La capacidad de desarrollar una actividad. c) La posibilidad de participación en la sociedad.

Sobre los factores contextuales, la OMS en el 2001, adoptó el criterio de que se los encuentra de naturaleza ambiental y personal. En consecuencia, los factores ambientales “hacen referencia a los elementos externos, ya sean físicos, sociales o actitudinales que inciden en la persona.”¹⁹ Los factores personales, “se basan en los atributos y características de una persona.”²⁰

En esta nueva clasificación, la OMS adopta por completo el criterio de que la discapacidad es un tema que está en íntima relación con la sociedad y el ambiente en el que se desarrolla la persona con limitaciones o deficiencias. Se supera el término ‘minusvalía’ y por ende, el su derivado minusválido, ya no es aplicable a las personas con discapacidad.

En el año 2006, luego de muchas discusiones y del arduo trabajo que llevaron a cabo los colectivos de personas con discapacidad, se aprueba la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, misma que es el marco legal por excelencia a nivel

¹⁸ *Loc. Cit.*

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 38.

²⁰ *Ibíd.* Pág. 39.

internacional que sirve como referente para el desarrollo de legislación regional o nacional en la materia. Su contenido abarca la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos, promoviendo la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad. Se introducen términos como ajustes necesarios, salvaguardas y diseño universal, que pretenden favorecer la actualización de las sociedades para no obstaculizar la inclusión y participación plena de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida.

De conformidad con el inciso e) del Preámbulo de la citada convención, la discapacidad no es un concepto estático, 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 que las demás.” Este concepto será utilizado como base de interpretación en el desarrollo del presente trabajo, en consecuencia, se entenderá como persona con discapacidad aquella que tiene alguna limitación física, sensorial, mental o intelectual de corto o largo plazo y que por las barreras que son impuestas por el ambiente en el que se desarrolla, ve limitadas sus posibilidades de desarrollarse en igualdad de condiciones que las demás.

1.2 Modelos de abordaje.

Si bien el tema conceptual se abordó en el apartado anterior, es importante tener en cuenta que al hablar de discapacidad y de personas con discapacidad son muchos los términos que se utilizan. Esto tiene que ver con la concepción que las personas puedan tener del tema. Es evidente que en términos morales y jurídicos no es lo mismo hablar de una persona con discapacidad que de un discapacitado, un impedido, o un minusválido. El término que se utiliza para la referirse a la persona que se encuentra en condición de discapacidad trae consigo una carga política y moral y hace referencia directa a la forma en la que supone que debe tratarse tanto a la persona en particular como a la materia en general.

A lo largo de la historia se han venido desarrollando varios modelos de abordaje o tratamiento de la discapacidad que han tratado de definir el problema y la forma de

responder ante él. Los modelos de los que tradicionalmente se habla son tres: el de prescindencia, que a su vez se subdivide en los modelos eugenésico y de marginación; el modelo médico o rehabilitador; y, el modelo social o de derechos humanos.

El *modelo de prescindencia* es el más antiguo de todos, tiene sus orígenes en Grecia y Roma y se mantuvo durante la Edad Media, el cual supone que “las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso.”²¹ En la conceptualización de la discapacidad que se hace desde este modelo, las personas que la tienen son consideradas innecesarias, como una carga para sus familias y para la sociedad.

La respuesta a la discapacidad era la prescindencia y podía darse en dos formas: las prácticas eugenésicas, en función de las cuales las personas con algún tipo de deficiencia eran eliminadas físicamente, como sucedía en las antiguas Grecia y Roma²²; o bien, la marginación, que obligaba a las personas con discapacidad a vivir en los espacios reservados para los anormales. El denominador común en este modelo fue que las personas eran tratadas como objeto de la caridad y la asistencia de los demás.

En la práctica del submodelo eugenésico la crueldad tenía un espacio. Esto es comprensible si se tiene en cuenta que la presencia de una persona con alguna limitación o deficiencia dentro del seno de la familia o la sociedad era vista como un castigo o maldición por lo que era natural y necesario llevar a cabo acciones que tendieran a eliminar el riesgo para el grupo, siendo el exterminio una forma de hacerlo.²³

²¹ *Ibíd.* Pág. 12.

²² “Tanto la sociedad griega como la romana, basándose en motivos religiosos y políticos, consideraban inconveniente el desarrollo y crecimiento de niños con deficiencia. En primer lugar, la explicación respecto de las causas que daban origen a la discapacidad era religiosa: el nacimiento de un niño con discapacidad era el resultado de un pecado cometido por los padres en el caso de Grecia, o una advertencia de que la alianza con los dioses se encontraba rota en el caso de Roma. Ello, unido a la idea de que la vida de una persona con discapacidad no merecía la pena ser vivida, sumada a la consideración acerca de su condición de carga.” Escribano Tortajada. Op.Cit. Pág. 13.

²³ “Un abominable ejemplo de estas conductas, eran las que se llevaban a cabo por ejemplo en Esparta, ya que las leyes de Licurgo permitían despeñar a los niños que nacían con malformaciones o deformaciones por el Monte Taigeto provocando así su muerte. A este respecto habría que hacer una precisión, y es que no es necesario remontarnos tantos siglos atrás, ya que una manifestación clara de este modelo es la política que se llevaba a cabo por el régimen nazi en la Segunda Guerra Mundial sobre las personas con discapacidad

La evolución de este submodelo al incluirse elementos de caridad y misericordia fue la marginación, la cual prevaleció en la Edad Media y tenía como principio rector el hecho de que no se le podía privar de la vida a una persona; sin embargo, se les enviaba a espacios alejados de la sociedad a vivir según su suerte, lo cual, en muchos casos acarrea la muerte. De Lorenzo y Palacios manifiestan que “las personas con discapacidad se encontraban insertas dentro del grupo de los pobres y los marginados, y signadas por un destino marcado esencialmente por la exclusión.”²⁴

El hecho de que se considerara que la discapacidad tuviera un origen religioso provocó que el dictamen para determinar si se trataba de un proceso natural o uno diabólico, estuviera en manos de los médicos y los sacerdotes. La exclusión era la respuesta de la sociedad y con ello, se obligaba a las personas con discapacidad a vivir de la caridad o convertirse en objetos de entretenimiento.²⁵

El segundo modelo es el denominado *médico o rehabilitador*. Se pasa de la consideración de causas religiosas de la discapacidad a las causas científicas. Las personas con discapacidad ya no son consideradas innecesarias, ni cargas para la familia o la sociedad, siempre y cuando sean rehabilitadas. Según de Lorenzo y Palacios, “el fin primordial que se persigue desde este paradigma es normalizar a las personas con discapacidad, aunque ello implique en ciertas ocasiones forzar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma representa.”²⁶ El problema, según este modelo, se centraba en la persona que tenía limitaciones, a la cual había que rehabilitar a toda costa.

Este modelo empezó a ser aplicado con la entrada de la Modernidad, pero se consolidó al finalizar la Primera Guerra Mundial. Jacques Stiker, citado por de Lorenzo y Palacios, afirma que:

prisioneras, las cuales o bien eran utilizadas como mano de obra y posteriormente se les abandonaba a su suerte, o bien eran asesinadas de manera brutal.” Escribano Tortajada. *Op. Cit.* Pág. 30.

²⁴ De Lorenzo y Palacios. *Op. Cit.* Pág. 13.

²⁵ Cfr. *Ibíd.* Pág. 14.

²⁶ *Loc. Cit.*

...al finalizar la Primera Guerra Mundial, un número alarmante de hombres quedaron *heridos de por vida*. Estas personas fueron denominadas *mutilados de guerra* sobre la base –y a fin de distinguirlas- de aquellas *discapacitadas* por accidentes laborales. El mutilado era una persona a quien le faltaba algo, ya fuera un órgano, un sentido o una función. La primer (sic) imagen presentada por este cambio en la terminología fue la de daño, la de perjuicio. La sensación era que la guerra se había llevado algo que se debía reemplazar.²⁷

En este contexto, se relacionó la discapacidad con las heridas de guerra y, en consecuencia, se empezó a ver como una deficiencia que debía ser erradicada.

Desde el modelo rehabilitador se considera que la discapacidad es un problema exclusivamente de la persona y que es ocasionado por la enfermedad o accidente que la provoca. La persona con discapacidad es el ‘paciente’ a quien debe brindársele los cuidados médicos necesarios a fin de que reciba un tratamiento para conseguir una cura, una mejor adaptación al medio social o un cambio en su conducta. En el campo jurídico, la discapacidad es un tema de asistencia y seguridad social y se abarca en materia civil desde la incapacitación y la tutela.²⁸

Al colocar el “problema” de la discapacidad exclusivamente en el plano personal, se entiende que la misma tiene relación únicamente con las limitaciones y deficiencias que pudiera presentar la persona, por lo que la respuesta es brindar un tratamiento con el fin de normalizarla para que se integre a la sociedad. “El pasaporte de la integración, pasa a ser de este modo la desaparición o, mejor dicho, el ocultamiento de la diferencia. Ello porque desde la perspectiva de este modelo, la persona con discapacidad se considera desviada de un supuesto estándar de normalidad.”²⁹

Finalmente, el *modelo social* o *de derechos humanos* plantea que el origen de la discapacidad no es de tipo religioso o científico, sino que es sobre todo social y que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en la misma proporción que las

²⁷ *Ibíd.* Pág. 15.

²⁸ Cfr. *Ibíd.* Pág. 16.

²⁹ *Ibíd.* Pág. 17.

personas sin discapacidad, para lo cual deben hacerse las valoraciones y realizar los ajustes necesarios para respetar las diferencias.³⁰

Históricamente, de Lorenzo y Palacios ubican el surgimiento del modelo social a finales de la década de los 70 y principios de los 80 del siglo XX en Estados Unidos e Inglaterra. Según estos autores, desde finales de la década de los 60 “[l]os activistas con discapacidad y las organizaciones de personas con discapacidad se unieron para condenar su estatus como “ciudadanos de segunda clase”, reorientaron la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que *discapacitaban* a las personas con deficiencias.”³¹

Si se tiene en cuenta que las causas de la discapacidad no están en la persona sino en la sociedad, esta última es la que debe ser rehabilitada, a fin de que permita el desarrollo integral de todas las personas, respetando las diferencias y reconociendo la diversidad.

Para comprender este modelo, es muy útil la conclusión a la que llegan de Lorenzo y Palacios cuando afirman:

...el modelo bajo análisis considera a la discapacidad como un fenómeno que se integra por un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. En consecuencia, el manejo del problema requiere la realización de todas las modificaciones y adaptaciones necesarias, a los fines de alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida en comunidad. (...) El Problema requiere la introducción

³⁰ “En primer lugar, se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. En cuanto al segundo presupuesto –que se refiere a la utilidad para la comunidad– se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas –sin discapacidad–. De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia.”. Serra, María Laura. *Feminismo y discapacidad*. En: Dykinson, ed. *Derechos y libertades*. Número 31. Dykinson. España, 2014. ProQuestebary. Fecha de la consulta: 10 de abril de 2016.

³¹ De Lorenzo y Palacios. *Op. Cit.* Págs. 18 y 19.

de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos. Se centra en la dignidad intrínseca del ser humano, y de manera accesoria en las características médicas de la persona. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema fuera de la persona, en la sociedad.³²

Abordada ya la conceptualización y los modelos de tratamiento de la discapacidad tiene mayor validez y relevancia la afirmación que se hiciera anteriormente en este mismo trabajo. Los términos que se utilizan para referirse a la discapacidad y a las personas con discapacidad están revestidos de una carga política y moral que implica un método de abordaje y de convivencia con la condición y con la persona que la tiene.

Es necesario aclarar que el presente trabajo se inclina por el modelo social o de derechos humanos, por considerar que el mismo es el único que tiene en cuenta la dignidad de la persona como punto de partida y que permite la inclusión y participación de las personas con discapacidad dentro de la sociedad, en condiciones de respeto de las diferencias y la diversidad humana, rompiendo los paradigmas de modelos ‘normales’ de humanidad y asumiendo que todas las personas, en todas las condiciones y situaciones, deben tener acceso a los mismos derechos y libertades, con los ajustes y salvaguardas que se relacionan directamente con su situación, que debe ser tomada en cuenta, pero no como un elemento de definición sino como uno de inclusión.

La aplicación de cualquiera de los otros modelos en las disposiciones políticas, legislativas o judiciales del Estado, estaría violando el principio constitucional de igualdad de las personas y el reconocimiento de su dignidad intrínseca, por lo que estaría en contravención a los compromisos que el Estado guatemalteco ha asumido a favor de sus habitantes, con lo que estaría negando la esencia misma de su texto fundamental, es decir, el reconocimiento de la primacía de la persona humana.

Desde este punto se puede entender con mayor facilidad la necesidad de garantizar a las personas con discapacidad el acceso a los altos bienes que pretende el catálogo de

³² *Ibíd.* Pág. 21

derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la República de Guatemala y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado es parte, entre los que se encuentra el reconocimiento de su capacidad jurídica y a partir de ello, la oportunidad de acceder en forma ilimitada a aquellos derechos y a las libertades que deberían gozar todos los seres humanos, sin discriminación alguna.

1.3 Procedimientos para la determinación médico-legal de algunos tipos de discapacidad intelectual en el procedimiento de declaratoria de interdicción en Guatemala.

La consecuencia de tener una deficiencia física, mental, sensorial o intelectual de largo plazo³³ varía según las barreras a las que cada persona se enfrente y la sociedad en la que se desarrolle. No será lo mismo ser ciego en lugares como Noruega que en Guatemala, y en la Ciudad de Guatemala que en Quiché. La deficiencia no es sinónimo de discapacidad, porque esta no es el resultado directo de aquella. La discapacidad es consecuencia de las barreras a las que una persona con deficiencias debe enfrentarse.

En el caso que ocupa al presente trabajo, una de las consecuencias que puede enfrentar una persona con discapacidad mental o intelectual puede ser, en el medio guatemalteco, la declaratoria de interdicción, que, en otros países, como España, se conoce con el nombre de incapacidad. Para el efecto, se llevan a cabo una serie de pruebas para determinar el grado de intensidad de la deficiencia y obtener una declaración judicial que confirme la incapacidad de la persona para gobernarse por sí misma y, en consecuencia, le sea limitada su capacidad de ejercer libremente sus derechos y se le nombre a una persona que lo haga por ella.

Más adelante se hará el análisis respectivo de la normativa que se refiere a los procedimientos de declaratoria de interdicción en Guatemala y se harán los comentarios que correspondan; sin embargo, en este apartado, se abordará el tema de las pruebas que se utilizan para diagnosticar a una persona como deficiente mental o intelectual.

³³ Cfr. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Art. 1.

El informe emitido por el médico psiquiatra Hector Mauricio Aquino Matamoros el día 22 de febrero de 2011 dentro del expediente 01057-2008-778 a cargo del oficial y notificador primero del Juzgado Quinto de Familia de Guatemala, puede servir de punto de partida para abordar el tema de este apartado. El médico llevó a cabo las pruebas de diagnóstico sobre un paciente masculino de 35 años de edad, que dependía de la madre para sobrevivir. En el informe de evaluación psiquiátrica puede leerse:

DATOS GENERALES: Masculino, con fecha de nacimiento el 9 de septiembre de 1975, actualmente 35 años, con No. De Cédula: A-1, Registro: 12345³⁴, (a la vista) soltero. Sin oficio, sin escolaridad. La persona referente es la mamá (...)³⁵

Es evidente que el caso se refiere a un adulto “que adolece de enfermedad mental que lo priva de discernimiento”³⁶. Es importante resaltar en este punto, aunque más adelante será objeto de un análisis más detenido, que la persona sujeta a la evaluación psiquiátrica no cuenta con ningún oficio o escolaridad.

Al describir la historia del paciente, el informe señala según lo dicho por la madre, que ha padecido de enfermedades psiconeurológicas desde la primera infancia, lo cual ha impedido su desarrollo. Además, que es una persona que depende de la familia a nivel físico, económico, psicológico y social, que el paciente no trabaja, no desempeña labores del hogar, no ha desarrollado su vida según las expectativas y que es dependiente de su madre y su hermano gemelo. Un antecedente que es tomado en cuenta por el profesional es que el paciente, cuando tenía tres días de edad “no quiso mamar y se le pusieron los labios morados. Ponía los ojos blancos. Lo atendieron los médicos del hospital y le administraron oxígeno y lo pusieron en incubadora.”³⁷ Luego, le indicaron a la madre que probablemente tuvo hipoxia cerebral. Parte de la historia clínica del evaluado es que a los cuarenta días de edad tuvo una hernia y le dio un paro cardíaco, además que no tenía los testículos descendidos y finalmente, que a los dos años le dio varicela y luego rubeola.

³⁴ Por cuestiones de confidencialidad el número de cédula no es el real.

³⁵ Aquino Matamoros, Héctor Mauricio. Informe de la Evaluación Psiquiátrica. Expediente 01057-2008-778 Juzgado Quinto de Familia de Guatemala. Guatemala, 2011.

³⁶ Cfr. Código Civil. Art. 9.

³⁷ Cfr. Aquino Matamoros. *Op. Cit.*

El psiquiatra procedió a realizar el examen del estado mental, en el que resalta:

No desarrolla lenguaje ni socializa de manera normal con el entrevistador. Se observa que es dependiente de la mamá para su supervivencia, no sabe la fecha de manera efectiva. Las funciones mentales son deficientes para la edad de la persona. No es posible desarrollar más el examen de Estado Mental pues las respuestas a las demás preguntas son nulas, por su deficiencia mental.³⁸

En las conclusiones emitidas por el galeno, se establece que, tomando en cuenta la historia clínica, los antecedentes de enfermedades, el cuadro clínico y el examen del estado mental, "...se puede determinar que el Diagnóstico de RETRASO MENTAL MODERADO A SEVERO, es consecuencia."³⁹ Ello conlleva que la persona está incapacitada para el desenvolvimiento normal y para desarrollar su vida eficientemente. Además, que es dependiente y no puede tomar decisiones debido a que no tiene capacidad para entender su situación existencial. Afirma también que el retraso mental que padece la persona tiene características discapacitantes, crónicas e irreversibles. Finalmente, recomienda al juzgado que declare el estado de interdicción de la persona. El profesional utilizó como base para emitir su informe la "Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud"⁴⁰ de la Organización Mundial de la Salud.

Otro caso que podría servir para ilustrar el método que se utiliza para determinar médicamente la discapacidad es el contenido dentro del expediente 01057-2007-13133 a

³⁸ *Loc. Cit.*

³⁹ *Loc. Cit.*

⁴⁰ De conformidad con esta publicación, se entiende por retraso mental: "Estado de desarrollo mental incompleto o detenido caracterizado especialmente por un deterioro de las capacidades que se manifiestan durante la fase de desarrollo, capacidades que contribuyen al nivel global de inteligencia, por ejemplo, las funciones cognoscitivas, el lenguaje y las habilidades motrices o sociales. El retraso puede tener lugar con o sin otra alteración mental o física.

Los grados de retraso mental se estiman, de manera convencional, a través de exámenes de inteligencia estandarizados. Estos pueden complementarse con escalas que evalúan la adaptación social en un medio ambiente determinado. Estas mediciones brindan una aproximación al grado de retraso mental. El diagnóstico dependerá, también, de la evaluación general del funcionamiento intelectual realizado por un evaluador calificado.

Las habilidades intelectuales y la adaptación social pueden cambiar con el tiempo y, aunque sean pobres, pueden mejorarse como resultado del adiestramiento y la rehabilitación. El diagnóstico deberá basarse en los niveles de funcionamiento actuales." (Organización Mundial de la Salud. Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud. Disponible en: <http://ais.paho.org/classifications/Chapters/>. Fecha de la consulta: 12 de abril de 2016.)

cargo del oficial tercero del Juzgado Quinto de Familia de Guatemala. En este caso, la persona sujeta a evaluación es una mujer joven. La información sobre su condición se encuentra en varias fuentes. La primera, es la certificación emitida el 5 de octubre de 2007 por la directora y la psicóloga del Centro de Educación Especial “Alida España de Arana” en la que se lee:

Por este medio se hace constar que la joven CARMEN⁴¹ de 19 años de edad, con fecha de nacimiento 21 de abril de 1988, asistió al Centro de Educación Especial Alida España de Arana en los años 1997-2000 como alumna regular en el Programa de Habilidades Sociales a nivel intermedio.

Siendo en ese entonces requisito para su ingreso el diagnóstico de Retraso mental, a lo cual su Diagnóstico inicial en ese entonces de acuerdo al DSM III fue:

- EJE I: Depresión no especificada. 311.00.
- EJE II: Retraso mental leve 317.00. Trastorno del Lenguaje receptivo y expresivo 315.31, Trastorno del desarrollo de la articulación 315.39.
- EJE III.
- EJE IV: Estrés crónico Moderado 3.
- EJE V GAF. Algunos síntomas leves 70.6, estado de ánimo deprimido, dificultad en la actividad social y escolar.

En este caso, se empieza a notar una diferencia en cuanto al trato hacia la persona con deficiencia, que fue parte de un programa que tenía por objetivo desarrollar sus habilidades sociales. Con este apoyo, el nivel de discapacidad se reduce, por cuanto la persona adquiere habilidades que le permitirán involucrarse y participar de una forma más plena en la sociedad.

La otra fuente es el informe de examen psiquiátrico practicado por el doctor Luis Carlos de León Zea, Perito Profesional de la medicina del Área de Psiquiatría del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, el cual fue emitido el día 3 de septiembre de 2008. En el mismo, el profesional destaca:

De acuerdo con su solicitud, se practicó examen psiquiátrico forense a CARMEN. A la persona examinada y su madre se les informó el motivo de la evaluación, el

⁴¹ Por cuestiones de confidencialidad este nombre no es el real.

uso que se dará a la misma y su derecho a tomar una decisión al respecto manifestando estar de acuerdo con la misma.

Es importante hacer notar que, en el presente caso, las personas interesadas, es decir la evaluada y su acompañante, fueron, según lo dicho por el profesional, informadas adecuadamente sobre la diligencia que se iba a practicar y sus consecuencias, así como el derecho que les asistía de manifestar si estaban de acuerdo con que se realizara o no.

Las técnicas y operaciones realizadas para la evaluación fueron la entrevista y la evaluación psiquiátrica. A través de ellas, el profesional determinó en el examen mental lo siguiente:

La evaluada se presenta a la clínica de Psiquiatría Forense acompañada por la mamá, características dismórficas; dificultad en la expresión de palabras y oraciones, conciente (sic), orientada en persona no en tiempo, regular en espacio, proceso de pensamiento de curso lento, concreto y específico; Regular memoria, no juicio crítico; capacidad intelectual disminuida; regular insight (sic).⁴²

Con base en las pruebas realizadas y la información recibida, el perito llega a la conclusión que:

CARMEN presenta características clínicas compatibles con el diagnóstico psiquiátrico de RETRASO MENTAL MODERADO; esta condición clínica coloca a la evaluada en una situación de vulnerabilidad por cuanto no se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales además no le permite desarrollarse de forma efectiva en su medio ambiente primario necesitando de la asistencia de familiares para la atención de sus necesidades básicas (alimentación, vestido, vivienda, etc.).⁴³

Asimismo, afirma que el padecimiento es de carácter irreversible y actualmente no tiene cura.

⁴² De León Zea, Luis Carlos. Informe de examen psiquiátrico forense. Expediente 01057-2007-13133 Juzgado Quinto de Familia de Guatemala. Guatemala, 2008.

⁴³ *Loc. Cit.*

Reiterando el diagnóstico se presenta el informe de la licenciada en Psicología Ana Judit Paxtor, el cual fue emitido el día 31 de marzo de 2011. La profesional da cuenta de las pruebas realizadas a la paciente de la siguiente forma:

Las pruebas se basaron en conocer la capacidad intelectual, relación social, comprensión y expresión verbal. Para la capacidad intelectual se utilizaron las pruebas de la figura humana de Goodenough, Beta III de Kellogg and N.W. Morton, para identificar la relación social, se utilizaron los indicadores emocionales de las pruebas de la figura humana de Koppitz, test Gestaltico Visomotor Bender, test de la familia, observación y entrevista, para la prueba de lenguaje se utilizaron evaluaciones del aparato fonador, capacidad de expresión oral, modo y punto de articulación, lenguaje expresivo y receptivo.

Las conclusiones alcanzadas en el estudio fueron las siguientes:

- Retraso mental moderado según el manual de diagnóstico CIE-10.
- Edad mental de 7 años.
- Manifiesta actitudes infantiles.
- Madurez emocional pobre, caracterizada por impulsividad, escasa coordinación motriz, hostilidad, ira, rebeldía, falta de capacidad para planear, poca tolerancia a la frustración, explosividad, ansiedad, timidez, retraimiento, agresividad, necesidad de protección, y supervisión constante por parte de la madre.
- En el área de lenguaje, leve dificultad en:
 - Articulación y producción de fonemas.
 - Comprensión y expresión del lenguaje.

En el informe la profesional recomienda recurrir a centros especializados para incrementar las habilidades intelectuales, de lenguaje y emocionales de la evaluada, así como que la familia estimule esas mismas habilidades. En este caso, la persona evaluada tuvo acceso a más oportunidades de diagnóstico, los profesionales que tuvieron contacto con ella mantuvieron el criterio del retraso mental, aunque las formas en las que proponen abordarlo son diferentes.

1.3.1 Los manuales de diagnóstico.

Existen al menos tres manuales de diagnóstico de los que se sirven los profesionales de la ciencia de la salud para determinar la situación de un paciente que pudiera presentar características de alguna deficiencia a nivel mental o intelectual.

Por un lado, se encuentra la *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud* (CIE) que es elaborada por la Organización Mundial de la Salud y que tiene por finalidad Permitir el registro sistemático, el análisis, la interpretación y la comparación de los datos de mortalidad y morbilidad recolectados en diferentes países o áreas y en diferentes épocas. Los trastornos de salud mental y del comportamiento están contenidos en el capítulo V en la clasificación que va de los códigos F00 hasta el F99. Incluye los trastornos del desarrollo psicológico y excluye los síntomas, signos y hallazgos anormales clínicos y de laboratorio, no clasificados en otra parte.⁴⁴

El contenido del capítulo se divide de la siguiente manera: F00–F09 Trastornos mentales orgánicos, incluidos los trastornos sintomáticos; F10–F19 Trastornos mentales y del comportamiento debidos al uso de sustancias psicoactivas; F20–F29 Esquizofrenia, trastornos esquizotípicos y trastornos delirantes; F30–F39 Trastornos del humor [afectivos]; F40–F48 Trastornos neuróticos, trastornos relacionados con el estrés y trastornos somatomorfos; F50–F59 Síndromes del comportamiento asociados con alteraciones fisiológicas y factores físicos; F60–F69 Trastornos de la personalidad y del comportamiento en adultos; F70–F79 Retraso mental; F80–F89 Trastornos del desarrollo psicológico; F90–F98 Trastornos emocionales y del comportamiento que aparecen habitualmente en la niñez y en la adolescencia; y, F99 Trastorno mental no especificado.

De conformidad con la Superintendencia de Servicios de Salud de la República de Argentina, la utilidad de esta herramienta radica en que, convertir los términos diagnósticos y de otros problemas de salud, de palabras a códigos alfanuméricos, permite su fácil almacenamiento y posterior recuperación para el análisis de la información. Además, establece que la CIE, “no es adecuada para indagar entidades clínicas

⁴⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Op. Cit.*

individuales y es adecuada para clasificar enfermedades y otros tipos de problemas de salud, consignados en distintos tipos de registros vitales y de salud.”⁴⁵

La CIE tiene como intención última la recolección de datos estadísticos que permitan establecer de una manera más o menos uniforme las causas de muerte y morbilidad de los sistemas de salud de todo el mundo. En consecuencia, su uso en el plano forense no siempre es adecuado, toda vez que la sistematización de la información está orientada a la obtención de datos y no a la determinación del estado civil de una persona.

Por otro lado, existe el Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM, por sus siglas en inglés) de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA, por sus siglas en inglés), que actualmente se encuentra en su quinta edición (DSM-5). Según este manual, los elementos que debe incluir una definición de trastorno mental son:

...un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento del individuo que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental. Habitualmente los trastornos mentales van asociados a un estrés significativo o a discapacidad, ya sea social, laboral o de otras actividades importantes. Una respuesta predecible o culturalmente aceptable ante un estrés usual o una pérdida, tal como la muerte de un ser querido, no constituye un trastorno mental. Los comportamientos socialmente anómalos (ya sean políticos, religiosos o sexuales) y los conflictos existentes principalmente entre el individuo y la sociedad no son trastornos mentales, salvo que la anomalía o el conflicto se deba a una disfunción del individuo como las descritas anteriormente.⁴⁶

El DSM-5 entiende que el diagnóstico de un trastorno mental debe tener una utilidad clínica, su función es que el médico pueda determinar el pronóstico, el tratamiento y los posibles resultados de la terapia en los pacientes, pero es claro al establecer que el diagnóstico no forzosamente equivale a la necesidad de tratamiento, ya que esta es una

⁴⁵ Cfr. Superintendencia de Servicios de Salud de la República de Argentina. Clasificación Internacional de Enfermedades 10°, CIE 10° REVISIÓN. Argentina. Disponible en: http://www.sssalud.gov.ar/hospitales/archivos/cie_10_revi.pdf. Fecha de la consulta: 12 de abril de 2016.

⁴⁶ Asociación Americana de Psiquiatría (APA). Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. Quinta Edición. Editorial Arlington. Estados Unidos de América, 2014. Pág. 20

decisión clínica compleja que debe tomar en cuenta varios factores de tipo personal, ético y social.

El manual propone que se validen los criterios diagnósticos con varios tipos de evidencia: factores validantes de los antecedentes como los marcadores genéticos similares, rasgos familiares, temperamento y exposición al entorno; factores validantes simultáneos como los sustratos neurales similares, biomarcadores, procesamiento emocional y cognitivo y similitud de síntomas; y, factores validantes predictivos como el curso clínico y respuesta al tratamiento.⁴⁷

La APA es muy prudente sobre el alcance del DSM-5 al afirmar que la definición de trastorno mental que contiene el manual se hizo con fines clínicos, de salud pública y de investigación y que es necesaria más información que la que contienen esos criterios de diagnóstico para hacer juicios legales sobre temas como la responsabilidad criminal, la elegibilidad para recibir una compensación por discapacidad y la competencia. Otro aporte importante que hace la APA es la marcar la separación que existe entre los conceptos de trastorno mental y de discapacidad.

Sobre los criterios diagnósticos, la APA manifiesta que están planteados como “directrices para establecer un diagnóstico y su utilización debe estar presidida por el juicio clínico.”⁴⁸ Además, que en la medida de lo posible se deben incluir los criterios específicos para definir la gravedad del trastorno, la cual puede ser leve, moderada, grave, o, extrema.

Es importante que los profesionales que aplican el Manual en sus diagnósticos tengan en cuenta que:

Quando se emplean las categorías, los criterios y las descripciones textuales del DSM-5 con fines legales, existe el riesgo de que la información sobre el diagnóstico se use o entienda incorrectamente. Estos peligros se derivan del desajuste existente entre las cuestiones fundamentales que interesan a la ley y la información que contiene el diagnóstico clínico. En la mayoría de los casos, el diagnóstico clínico de un trastorno mental del DSM-5, como una discapacidad

⁴⁷ Cfr. *Loc. Cit.*

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 21.

intelectual (trastorno del desarrollo intelectual), una esquizofrenia, un trastorno neurocognitivo mayor, una ludopatía o una pedofilia, no implica que el individuo con dicha afección cumpla los criterios legales respecto a la existencia de un trastorno mental, ni los de una norma legal concreta (por ejemplo, competencia, responsabilidad criminal o discapacidad). Para esto último acostumbra ser necesaria más información que la que contiene el diagnóstico del DSM-5, como podría ser la información sobre el deterioro funcional del individuo y sobre la forma en que éste afecta a las capacidades en cuestión. Precisamente por el hecho de que los impedimentos, las capacidades y las discapacidades pueden variar mucho dentro de cada categoría diagnóstica, la atribución de un diagnóstico concreto no implica un grado específico de desequilibrio o de discapacidad.⁴⁹

Por su parte, la Asociación Psiquiátrica de América Latina (APAL) publicó la *Guía Latinoamericana de Diagnóstico Psiquiátrico* (GLADP), que de conformidad con los autores, surge como una respuesta a la necesidad “de la psiquiatría latinoamericana de adaptar la clasificación internacional de los trastornos psiquiátricos de la OMS [Organización Mundial de la Salud] a las necesidades particulares de la población de América Latina.”⁵⁰

Es importante tomar en cuenta que la intención de la GLADP no es constituirse en una nueva clasificación psiquiátrica divorciada de la CIE-10 o en un texto de psiquiatría latinoamericana, tampoco pretende ser una nueva teoría o una escuela teórica fundamental. El propósito fundamental de esta guía es “mejorar la comunicación entre profesionales de las ciencias de la conducta en América Latina y con el resto del mundo.” Así como “asegurar un reporte lo más uniforme, fiable y válido posible de las estadísticas de salud mental en la región.”⁵¹

A nivel sociopolítico, se pretende que la GLADP contribuya en el impulso de una práctica científica psiquiátrica más autónoma en la región, que no se constituya en simple consumidora de los conocimientos generados en otras latitudes, sino que tenga la

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 25.

⁵⁰ Asociación Psiquiátrica de América Latina (APAL). *Guía Latinoamericana de Diagnóstico Psiquiátrico* (GLADP). Gráficos Jalisco. México, 2004. Pág. 13.

⁵¹ *Loc. Cit.*

posibilidad de generar conocimientos propios y contribuya significativamente al desarrollo de la psiquiatría en el plano internacional.

Esto es importante porque la salud mental está condicionada por los factores ambientales. En ese sentido, no es igual un trastorno vivido en Europa que en América. Los expertos que participaron en la elaboración de la GLADP tienen muy claro este extremo y llegan a afirmar:

Las necesidades de América Latina en materia de nosología psiquiátrica son particulares ya sólo por el hecho innegable de que la manera de enfermar de su población está influida fuertemente por su cultura. También, las circunstancias socioeconómicas de amplios sectores de esta población obligan a enfatizar aspectos de prevención y promoción de la salud, que requieren un enfoque particular a la manera de organizar los trastornos que aquejan a estos pacientes. Finalmente, se hace necesario proponer una manera apropiada de evaluar a los pacientes y de describir sus condiciones clínicas, de modo que el diagnóstico sirva a sus verdaderos propósitos de informar efectivamente el tratamiento, orientar los programas de prevención y facilitar los esfuerzos de promover la salud mental.⁵²

Al igual que los otros manuales que han sido citados en este trabajo, la GLADP reconoce que su vocación es clínica, su función no es forense. Es una herramienta diseñada para profesionales de las ciencias médicas y por ellos debe ser aplicada e interpretada. Si bien, puede servir como referencia en algún sentido para los profesionales del derecho, siempre tendrán que ser asistidos por un perito que pueda dar razón y explicación a lo que la guía contiene.

1.4 Discapacidad y derechos fundamentales.

Como se ha visto a lo largo de este capítulo, la discapacidad es algo muy distinto a la deficiencia y a la minusvalía. La discapacidad es un concepto que tiene más que ver con los derechos humanos que con la ciencia médica. Una persona con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, tendrá o no discapacidad en la medida en que el ambiente en el que se desarrolla, la sociedad en la que se desenvuelve, facilite los ajustes necesarios y las salvaguardas pertinentes a fin de garantizar su plena inclusión y participación en ella.

⁵² *Ibíd.* Pág. 12.

Desde la óptica del modelo social, el cual se abordó *supra*, la discapacidad es el resultado de la relación entre la deficiencia y las barreras a las que se enfrenta la persona.

El diagnóstico de una deficiencia a nivel mental o intelectual en una persona, no debería ser relacionada directamente con una discapacidad y tampoco debería darse de forma inmediata una relación de esta última con la incapacitación o declaratoria de interdicción. Como se abordó en el apartado anterior, los manuales de uso más común para el diagnóstico y calificación de los trastornos mentales e intelectuales en el medio guatemalteco, reconocen que son herramientas pensadas para la práctica clínica, estadística e investigativa, según sea el caso, y que los elementos que aportan no son suficientes para emitir dictámenes forenses sobre la capacidad de las personas.

La situación jurídica de la persona con discapacidad mental o intelectual frente a su Estado es una cuestión de derecho. Está más relacionada con el estado civil de la persona que con su estado clínico; por lo tanto, debe ser abordada desde la ciencia jurídica y para ello, se hace fundamental el análisis de los principios que deberían de aplicarse en los procedimientos que tienen por finalidad determinar si una persona es capaz o no de valerse por sí misma y el tipo de apoyos que necesita para integrarse en la sociedad como una persona con todos sus derechos en plena vigencia.

Vale la pena incluir en este apartado lo afirmado por Asís, citado por de Lorenzo y Palacios, al referirse al tema de la discapacidad y los derechos fundamentales:

Los principios que inspiran en este momento a las normas jurídicas (o a las políticas públicas) en materia de discapacidad son, sobre el papel, totalmente compatibles con un discurso igualitario sobre los derechos.⁵³

Al analizar este tema desde un enfoque de derechos es fundamental referirse a los principios y valores que han sido recogidos en la Constitución Política de la República como parte de la forma de organización del Estado y que rigen de forma obligatoria la situación jurídica de las personas respecto al poder público dentro del territorio nacional.

⁵³ De Lorenzo y Palacios. *Op. Cit.* Pág. 23.

Estos principios y valores deben ser utilizados como criterios de interpretación al momento de analizar la situación de las personas con discapacidad respecto a su capacidad jurídica.

1.4.1 Dignidad Humana.

La dignidad humana es la piedra fundamental sobre la que se erige el concepto de los derechos humanos y por ello, es el concepto que refuerza la idea de que las personas con discapacidad tienen un rol en la sociedad que no puede ser entendido desde una óptica de utilidad social o económica. Sobre esto, de Lorenzo y Palacios proponen una reflexión enfocada en dos temas:

La primera se refiere a la idea de dignidad humana que se mantiene desde el Renacimiento, la cual difícilmente puede ser aplicada a personas afectadas por algunos tipos de discapacidad. Dentro de esta reflexión se debe tomar en cuenta que la idea renacentista de la dignidad está caracterizada por una serie de rasgos humanos, pasando de la justificación de aquella supeditándola a la inteligencia, para supeditarla a Dios, a la nobleza, y, finalmente, a la razón y la virtud.⁵⁴

Rafael de Asís, citado por de Lorenzo y Palacios, afirma que “la teoría de los derechos humanos se encuentra fundamentada sobre un modelo de individuo, que es caracterizado, principalmente, por su «capacidad» para razonar, por su «capacidad» para sentir y por su «capacidad» para comunicarse.”⁵⁵ Si se toma como referencia este tipo de descripción, se podría llegar a la nefasta conclusión de que el conglomerado humano está integrado por seres dignos, y los seres dignos son solo aquellos que cumplen con esas características, es decir, cuentan con la capacidad para razonar, sentir y comunicarse, dejando fuera de la esfera de lo digno y del concepto de personas a quienes tengan alguna deficiencia que les permita cumplir con esas funciones.

⁵⁴ Cfr. *Ibíd.* Pág. 24.

⁵⁵ *Loc. Cit.*

Usar como referencia de dignidad la construcción realizada en la época renacentista tiene consecuencias bastante negativas en el mundo de los derechos humanos. Hay que entender que, al haberse construido el concepto de dignidad humana en torno a la razón, las personas que poseen esa dignidad están en la potestad de otorgársela a quienes no la poseen. Así, por ejemplo, una persona con discapacidad intelectual tendría que esperar el reconocimiento otorgado por quienes no tienen discapacidad para formar parte del colectivo de individuos que gozan de la dignidad humana, por lo que la de aquella no sería inherente, sino derivada, así como ha pasado con otros grupos humanos como las mujeres, los pueblos indígenas, los niños y otros.

Para ejemplificar este punto, vale la pena traer a colación la homilía que hiciera el fraile dominico Antón Montesino, el 21 de diciembre de 1511, cuarto domingo de adviento, en la isla La Española (hoy República Dominicana), que según Gustavo GUTIÉRREZ “es el primer jalón en un largo proceso de reivindicación de la dignidad humana de la población originaria del continente que hoy llamamos América Latina y el Caribe.”⁵⁶ El sermón del citado fraile dominico es un claro ejemplo de la valoración de la dignidad humana desde el principio racional, propio de su época:

Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué auctoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muerte y estragos nunca oídos habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades en que, de los excesivos trabajos que les dais, incurren y se os mueren y, por mejor decir, los matáis por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine y cognozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? *¿Éstos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos?*⁵⁷(El resaltado es propio).

⁵⁶ Gutiérrez, Gustavo. Texto del sermón de Antón Montesino según Bartolomé de las Casas y comentario de Gustavo Gutiérrez. Orden de los Predicadores, 2011. Disponible en: http://www.dominicos.org/kit_upload/file/especial-montesino/Montesino-gustavo-gutierrez.pdf. Fecha de la consulta: 17 de abril de 2016.

⁵⁷ *Ibíd.*

Después de la denuncia de los abusos cometidos contra los pobladores originarios de aquellas tierras, el clérigo increpa a los asistentes a la celebración religiosa con unas preguntas que ponen de manifiesto el pensamiento de aquella época sobre quiénes eran los que formaban parte del conglomerado humano. El elemento de la racionalidad se hace presente como una premisa indispensable, los separa del mundo animal que posee almas irracionales, y los hace hombres y, por lo tanto, los indígenas de aquellas tierras debían ser tratados por los españoles con las mismas prerrogativas que se trataban entre ellos.

Según de Asís, este modelo de dignidad debería ser replanteado y para ello, propone reflexionar sobre tres ideas que deberían ser analizadas, a las que denomina: reflexión sobre la diferencia en las capacidades; la reflexión sobre la potencialidad de las capacidades, y la reflexión sobre la dignidad en las posibilidades.

En cuanto a la reflexión acerca de las diferencias en las capacidades, distingue dos cuestiones, la primera relativa a que existen una serie de criterios que definen la idea de dignidad y el valor de los individuos en la sociedad según el lugar que ocupan en ella, lo cual no debería ni tendría que condicionar el discurso. Es decir, la dignidad no tendría que verse afectada por el lugar que la persona ocupa en la sociedad. La segunda consideración que hace en este punto, es relativa a la raíz de la diferencia de capacidades y reflexionar profundamente sobre si esta es de carácter natural o es construida por el conglomerado.

En este sentido, de Asís afirma que “es importante ser conscientes de que el sujeto capaz y con talento puede serlo porque ha tenido acceso a cosas que el sujeto con discapacidad o que el sujeto sin talento no ha podido acceder.”⁵⁸ Esta afirmación conlleva la reflexión sobre la importancia de la relación entre talento (capacidad) y dignidad, en el entendido de que a mayor talento, mayor dignidad; y diferenciar entre que las mayores capacidades y talentos de las personas pueden traer consigo una vida más digna (acomodada), pero que una vida más digna no implica, en ningún caso, mayor dignidad.

⁵⁸ De Lorenzo y Palacios. *Op. Cit.* Pág. 25.

Sobre el tema de la dignidad, de Lorenzo y Palacios afirman que hay que saber diferenciar la idea de dignidad como condición humana, por lo tanto inherente, irrenunciable e invulnerable y la idea de la vida digna, que como tal, puede ser vulnerada y depende de muchos factores, entre los que se pueden contar también algunos que dependen propiamente de la actitud de los individuos.

En todo caso, es fundamental para poder avanzar en el trabajo establecer con claridad que el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todos los seres humanos es un principio fundamental para el desarrollo de los derechos humanos y tiene particular relevancia cuando se trata de grupos que están sujetos a condiciones de vulnerabilidad y que son calificados desde una postura que, lejos de buscar la integración, trata de establecer gradas entre los seres humanos para reconocer mayor o menor dignidad, dependiendo del estrato en el que cada persona se encuentre. El concepto de dignidad humana va directamente relacionado con el de persona, y este último, es el punto de partida para obtener un estatuto jurídico frente al poder público. En este punto debería ser más claro por qué se habla de ‘personas con discapacidad’ y no de ‘discapacitados’ o ‘minusválidos’ desde una postura de derechos y no de diagnósticos.

1.4.2 Autonomía.

El tema de la autonomía es uno de los principales dentro del desarrollo de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Puede entenderse como un espacio que está reservado, sin ninguna restricción, para que la persona actúe voluntariamente. Está muy relacionado con la *libertad moral*, que es definida por de Asís como “un momento utópico individual de realización de los planes de vida, de los proyectos vitales, de satisfacción de necesidades, condicionado por la dimensión social de la actividad humana.”⁵⁹

La libertad moral se traduce en una puerta abierta para que la persona pueda llegar a ser lo que ella ha llegado a soñar de sí misma. No garantiza que se cumpla la expectativa, pero si la oportunidad de buscar la plenitud. En este sentido, debe ser generalizada, es un

⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 27.

derecho inherente a todo ser humano, por lo que la libertad social y los derechos, como instrumentos, deben permitir a toda persona moral el alcance de esta. Una de las premisas del modelo social es justamente que las personas con discapacidad tengan acceso a la libertad moral y que la sociedad provea las condiciones necesarias para que aquella no les sea negada.

La imagen del sujeto moral, según de Lorenzo y Palacios, plantea en el contexto de la discapacidad al menos dos grandes problemas: El primero se refiere a que se suele asociar la discapacidad con la carencia de capacidad para el ejercicio de la libertad moral. Ante esto, hay que reconocer que existen casos en los que efectivamente, un grado de discapacidad intelectual podría dificultar a una persona el ejercicio de esta libertad, sin embargo, eso no puede tenerse como argumento para limitar o negar este derecho a todas las personas con discapacidad.

Desde el modelo social se aboga por una concepción más amplia de la idea de autonomía, un planteamiento que no se incline excesivamente por detectar la incompetencia que, por tanto, otorgue la misma importancia a la necesidad de una protección efectiva de los derechos y los intereses de las personas con discapacidades intelectuales.⁶⁰

El hecho de que la autonomía se encuentre más restringida en algunos casos, no significa que deba ser anulada o ignorada. De esta idea es Christian Curtis quien afirma que:

Definir a una persona sólo por lo que no puede hacer, o en función de sus limitaciones supondría extender el rótulo de inútil o inservible a la humanidad entera. Prácticamente todo ser humano tiene limitaciones para desarrollar algunas actividades (...) Para la mayoría de las personas, el dato de sus limitaciones relativas a la realización de ciertas actividades es irrelevante. Las personas con discapacidad, sin embargo, han sufrido históricamente una rotulación que pone énfasis en las actividades en las que tienen limitaciones, en lugar de resaltar las actividades que sí pueden desarrollar sin dificultades.⁶¹

Al hablar de personas con discapacidad mental o intelectual seguramente se enfrentarán casos en los que la autonomía puede estar limitada. Pero es importante tener en cuenta

⁶⁰ *Loc. Cit.*

⁶¹ *Loc. Cit.*

que, por tratarse de un tema jurídico y no médico, el Derecho debe ser el que prime como una garantía para desarrollar plenamente el grado de autonomía existente, no importando si este es mínimo.

El otro problema se refiere a que “muchas veces la sociedad no se toma en serio la autonomía de las personas con discapacidad que tienen esa capacidad absoluta para el ejercicio de dicha libertad moral.”⁶² En esta situación se encuentran las personas con discapacidad física o sensorial, que tienen plenamente desarrolladas sus capacidades mentales e intelectuales pero que son restringidas en su libertad moral por el hecho mismo de la discapacidad. En este caso se ven claras negaciones por parte de la sociedad, que provee muy pocos apoyos para las personas con discapacidad, sea un triste ejemplo el caso de las universidades y escuelas que carecen de diseños accesibles. Una persona con una deficiencia física puede ser apta para el estudio del Derecho o la Medicina, pero puede que se vea imposibilitada de hacerlo, si no cuenta con espacios accesibles.

1.4.3 Igualdad.

Es otra de las premisas fundamentales del modelo social, parte del principio de que las personas, además de tener un valor intrínseco inestimable, son intrínsecamente iguales, independientemente de cualquier deficiencia física, mental, sensorial o intelectual. Para que una sociedad se considere respetuosa de este principio, debe adoptar un criterio inclusivo respecto a la diversidad humana de forma positiva.⁶³

Es bastante común que los puntos de acceso a las estructuras en las que se desarrolla la vida cotidiana sean establecidos con base únicamente en relación con la ‘normalidad’, o sea, las personas sin discapacidad. Las personas que no encajan en el estándar, que se desvían de ella, son objeto de sutiles pero gravísimas formas de discriminación. Esta situación no aplica únicamente a personas con discapacidad, sino también a otros colectivos humanos, ancianos, niños, mujeres, homosexuales, enfermos. En general, quien forma parte de la normalidad encontrará una facilidad para desarrollarse como persona

⁶² *Ibíd.* Pág. 28

⁶³ *Cfr. Loc. Cit.*

que *los otros* no encontrarán.⁶⁴ El derecho a la igualdad es concebido de muchas formas; sin embargo, en el ámbito de la discapacidad se ha construido un consenso en cuanto a este derecho en su versión de igualdad de oportunidades.⁶⁵

1.4.4 Solidaridad.

Este es un valor fundamental de los derechos humanos. Es un apoyo para poder brindar a todas las personas la posibilidad de participar en los procesos generales de la sociedad.⁶⁶

CAMPOY, citado por de Lorenzo y Palacios, sostiene que mediante “el valor solidaridad se intenta complementar el individualismo, con el trascendente papel que ha de tener la propia colectividad, precisamente para la consecución de los fines individuales.”⁶⁷

La aplicación del principio de solidaridad no debe dejar de lado el hecho de que se busca que la persona pueda desarrollarse individualmente dentro de la sociedad, es decir, trazar un proyecto de vida y llevarlo a cabo.

El autor considera que el valor solidaridad debe incorporar tres ideas fundamentales:

- La colectividad adquiere una importancia trascendental para la vida de los individuos, al punto que el individuo no tiene existencia real sin la colectividad.
- Se acepta la posibilidad de que el respeto, reconocimiento y protección por el cumplimiento de los planes de vida de terceros pueda, en ocasiones puntuales, exigir un sacrificio directo del cumplimiento de los propios planes de vida.
- Los sacrificios que se pueden exigir a los individuos no deben limitarse sólo en beneficio de individuos identificables, sino que también se pueden exigir en beneficio de ese ente más o menos abstracto que es la colectividad.⁶⁸

⁶⁴ Sobre este tema ver: Grosfoguel R, El concepto de «racismo» en Michel Foucault y Frantz Fanon: ¿teorizar desde la zona del ser o desde la zona del no-ser? Tabula Rasa 2012 79-102. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39624572006>. Fecha de la consulta: 12 de abril de 2016.

⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 29.

⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 30.

⁶⁷ *Loc. Cit.*

⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 31.

Se entiende que la propuesta del autor es hacia la colectividad como parte fundamental del individuo y que en ocasiones debe detener un poco su impulso para poder ver hacia todos lados, verificando que, en la lucha por alcanzar las metas personales, no sean atropellados los derechos de otros que, avanzan en la misma dirección, pero a velocidad distinta. Esta postura, se relaciona directamente con el concepto de bien común, que, según el texto constitucional guatemalteco, es el fin último del Estado.

CAPÍTULO II

OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El Estado de Guatemala ha asumido varios compromisos de frente a sus habitantes y a otros Estados a través de tratados internacionales. Estos, versan sobre varias materias, entre ellas, los derechos humanos. Los tratados internacionales de derechos humanos forman parte de una cultura de reconocimiento y promoción de la dignidad humana que se ha desarrollado con mucha fuerza a partir de las gravísimas situaciones vividas durante la II Guerra Mundial, que dejó como consecuencia una humanidad destrozada y empobrecida, a nivel material y moral.

Asumir un compromiso estatal de respeto a la dignidad de las personas y afirmarlo así frente a la comunidad de naciones democráticas implica una gran responsabilidad, al grado que supone sanciones en caso de incumplimiento. Pero también, y probablemente eso sea lo más importante, supone un mejor nivel de vida para los habitantes de cualquier Estado y con ello, mejores oportunidades para desarrollar y vivir en plenitud el proyecto de vida que cada individuo se plantea.

El respeto a los derechos consagrados en los diversos instrumentos internacionales es una garantía de sobrevivencia para los pueblos y, más que ello, una oportunidad de desarrollo que, de desperdiciarse, se podría constituir en un lastre pesadísimo para cualquier país.

En este capítulo se analizarán las obligaciones que ha asumido el Estado guatemalteco en materia de derechos humanos en general y la forma en la que éstas ingresan al derecho guatemalteco.

2.1. Las obligaciones asumidas por el Estado de Guatemala por medio de los tratados internacionales.

Para poder hacer una interpretación correcta del contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que Guatemala es parte, es fundamental hacer un breve recorrido por el tema que sirve como fundamento jurídico de la vigencia y

posibilidad de exigencia de aquellos en el ámbito nacional. El artículo 3 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), establece como principio que el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas. Evidentemente, los tratados internacionales de derechos humanos forman parte de esta materia y su cumplimiento constituye una obligación que recae sobre el Estado. La infracción a sus contenidos puede ser objeto de sanciones por parte de los órganos que controlan los instrumentos mencionados.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en los artículos 149 al 151 el tema de las relaciones internacionales del Estado. De importancia para este trabajo es el primero de los artículos mencionados, el cual establece:

“Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.”

La Corte de Constitucionalidad ha generado jurisprudencia respecto a este tema. De esta manera, en el auto de ejecución de fecha 10 de junio de 2010, dentro de los expedientes acumulados 1477, 1478, 1488, 1602 y 1630 – 2010, manifestó:

“Ese compromiso, obedeciendo al principio *pacta sunt servanda*, que es clave del ordenamiento jurídico internacional, debe ser honrado por Guatemala, no solo por lo que es conveniente a los fines del propio Estado, sino porque así lo dispone el artículo 149 de la Constitución Política de la República.”

Por otra parte, en la opinión consultiva del 4 de noviembre de 1998, dentro del expediente 482-98, el tribunal constitucional sostuvo:

“La República de Guatemala, organizada como Estado democrático, pertenece a la comunidad de países que se rigen por los valores, principios y normas del Derecho Internacional (convencional y consuetudinario). (...) Al interior, reconoce, por mandato del artículo 149 de la Constitución, su deber de normar sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales. Reconoce explícitamente la validez del Derecho internacional convencional en los preceptos contenidos en los artículos 46 y 204 del máximo

código jurídico del país. Esta Corte estima que las disposiciones convencionales de Derecho Internacional deben interpretarse conforme los principios *pacta sunt servanda* y de buena fe, por lo que, salvo una confrontación abierta con el texto constitucional interno, su intelección deberá hacerse del modo que más armonice con la finalidad del instrumento que las contiene.”

En la sentencia de fecha 31 de diciembre de 2000, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, sostuvo:

“Guatemala, siguiendo su tradición constitucional, reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *jus cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. De esta manera, el artículo 149 dispone que normará sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad y al respeto y defensa de los derechos humanos. Esta prescripción, no obstante su carácter unilateral, constituye un vínculo jurídico internacional.”

Respecto a los tratados internacionales, Maldonado Ríos reconoce que los principios que los rigen “han surgido y se han consolidado a través de la costumbre internacional y que finalmente fueron recogidos y positivados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁶⁹. En ese sentido, lista los siguientes:

a) *Pacta sunt servanda*:

Según Maldonado Ríos, este principio es el resultado de la formación de los tratados a través de la costumbre internacional. “Consiste en la generación y reconocimiento de las obligaciones internacionales derivadas para los Estados y demás sujetos de derecho internacional en virtud de un tratado internacional y su efectivo cumplimiento de acuerdo con la buena fe.”⁷⁰

Este principio se encuentra recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” Además, en el artículo 31 del mismo tratado que en

⁶⁹ Maldonado Ríos, Erick Mauricio. Derecho Guatemalteco de los Tratados Internacionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar. Guatemala, 2013. Pág. 9.

⁷⁰ *Loc. Cit.*

el numeral 1, dispone: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

b) *Res inter alios acta*:

Este principio se refiere a que el tratado genera obligaciones únicamente entre quienes lo suscriben, busca evitar la incertidumbre jurídica en la comunidad internacional. La Convención de Viena lo recoge en el artículo 34: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.”

c) Sujeción de los tratados internacionales al *ius cogens*⁷¹:

De acuerdo con Maldonado Ríos fue un principio sumamente discutido, sobre todo porque es muy dificultoso determinar con claridad cuándo una norma viola el *ius cogens*. “Al no estar definidas las normas del [*i*]us *cogens* taxativamente en ningún instrumento, la determinación y eventual declaración de un choque entre alguna de ellas y un tratado internacional corresponderá a la Corte Internacional de Justicia.”⁷²

d) Irretroactividad de los tratados:

Se encuentra contemplada en el artículo 28 de la Convención de Viena, que establece:

“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.”

⁷¹ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados proporciona una definición de las normas de *ius cogens*: “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

⁷² *Ibíd.* Pág. 10.

2.2. Obligaciones asumidas por el Estado de Guatemala por medio de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Técnicamente se conoce como derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) al conjunto de instrumentos internacionales destinados al reconocimiento, promoción y protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales. Wagner Mota expresa que esta rama del derecho internacional “tiene como propósito la protección de la persona y su dignidad humana.”⁷³ De acuerdo con la autora citada, el derecho internacional de los derechos humanos se distingue del derecho internacional general en que se “persigue el establecimiento de un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos.”⁷⁴

El DIDH se caracteriza principalmente por establecer criterios a través de los cuales debe regirse la actuación de los Estados y de los particulares en relación a personas individuales y colectivos humanos con atención especial a garantizar su subsistencia, el pleno reconocimiento de su dignidad y la vigencia de sus derechos. Wagner Mota desarrolla con mayor precisión este punto y según su criterio las características son las siguientes:

- a) Su objeto y fin es la protección y garantía de los derechos humanos en favor de toda persona sometida a la jurisdicción de los Estados. Es de vital importancia para entender este concepto y para lo que este trabajo desarrolla considerar que el DIDH reconoce a la persona como sujeto de derecho internacional.
- b) Norma las relaciones entre la persona y el Estado y se le impone a este una serie de obligaciones.
- c) Las garantías que ofrece el DIDH son lo mínimo, es decir que establece el piso sobre el cual pueden desarrollarse a través de las legislaciones internas un catálogo más amplio de libertades y derechos fundamentales. En consecuencia, es válido afirmar que el DIDH no se agota en sí mismo.

⁷³ Wagner Mota, Karin Paola. El derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones de los Estados. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar. Guatemala, 2013. Pág. 1.

⁷⁴ *Loc. Cit.*

- d) El DIDH es un derecho complementario del derecho interno, en consecuencia, el primer obligado a garantizar a las personas el efectivo goce de sus derechos es el Estado del cual son habitantes.
- e) Ha tenido una progresiva penetración en los sistemas jurídicos nacionales a través del derecho constitucional. En este sentido, Wagner Mota afirma que “la soberanía del Estado se ha visto afectada frente a esta incursión del DIDH (...), la soberanía ha sufrido un “proceso de adelgazamiento”, sin que llegue a desaparecer.”⁷⁵

Dentro del derecho guatemalteco, los tratados internacionales en materia de derechos humanos gozan de una condición especial, la cual está determinada en los artículos 44 y 46 del texto constitucional:

“Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana.”

“Artículo 46. Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

En la sentencia de inconstitucionalidad general parcial de fecha 17 de julio de 2012 dentro del expediente 1822-2011, en la que se abarca la violación de los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República por la omisión de elementos de tipificación del delito de Tortura en el Código Penal respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que Guatemala es parte, la Corte de Constitucionalidad manifestó:

“por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y

⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 3.

principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.”

En este caso, el tribunal constitucional guatemalteco reconoce expresamente la existencia del llamado bloque de constitucionalidad, institución propia del derecho francés y que ha sido desarrollada en otros sistemas jurídicos a través del reconocimiento del alcance constitucional de las normas de derechos que se encuentran contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos como parte del desarrollo de las protecciones y garantías que los Estados democráticos deben procurar a sus habitantes.

El reconocimiento de la existencia y la aplicación del concepto del bloque de constitucionalidad constituye un gran avance para cualquier Estado, toda vez que por la naturaleza de los textos constitucionales, no es viable ni prudente someterlos en forma constante a procesos de reforma; sin embargo, se puede ampliar el catálogo de los derechos reconocidos a través de la incorporación de estos instrumentos al derecho interno. En cuanto al alcance de esta figura dentro del derecho guatemalteco, la Corte de Constitucionalidad estableció:

“El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno.

Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél.”⁷⁶

Establecer con claridad que los tratados en materia de derechos humanos de los que Guatemala es parte y que son reconocidos por el tribunal constitucional como integrantes

⁷⁶ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de inconstitucionalidad general parcial de fecha 17 de julio de 2012 dentro del expediente 1822-2011. Guatemala, 2012.

del bloque de constitucionalidad son parámetro para realizar el control de constitucionalidad, supone una ampliación del espectro protector y garantista de la Constitución de la República, haciéndola más concorde con su espíritu humanista.

“En orden a la materia de estudio, se determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esa inclusión se realiza por remisión del artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de *ius cogens* que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (art. 149 constitucional).”

Según Herdegen, citado por Wagner, la lista clásica de las fuentes o del origen normativo del DIDH se encuentra en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece:

- a) “Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados (...);
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.”⁷⁷

La primera fuente de derecho a la que hace referencia el citado estatuto es la convencional. Los tratados (también llamados convenios, convenciones, pactos o protocolos según Wagner) son una fuente primaria de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.⁷⁸

En general, se reconoce que las obligaciones de los Estados en materia de DIDH son básicamente tres:

⁷⁷ Wagner Mota. *Op. Cit.* Pág. 5.

⁷⁸ Cabe tener en cuenta que la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha asumido en sus resoluciones el criterio establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual, también forma parte de las fuentes del DIDH la interpretación que hacen sobre los tratados los órganos de control de los mismos.

- a) Respetar los derechos reconocidos en los tratados;
- b) Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas bajo su jurisdicción; y,
- c) Adoptar las medidas necesarias para que esos derechos sean efectivos.⁷⁹

2.2.1. Respetar los derechos reconocidos en los tratados.

Esta obligación, de acuerdo con Wagner, tiene un carácter eminentemente negativo, porque implica que el Estado debe abstenerse de interferir en el desarrollo de los derechos humanos, implica también un límite al desempeño de las funciones públicas de los agentes del Estado y cualquier abuso o exlimitación constituye una violación a los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que los derechos humanos “son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.”⁸⁰ Esta misma tendencia tiene el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas que en la Observación General número 31 manifestó: “A los Estados partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción (...) los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe.”

Esta obligación de respetar según Dulitzky “exige que los Estados Parte eviten las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho de que se trate. Principalmente la obligación de respetar significa no violar por acción o por omisión alguno de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.”⁸¹ Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller son de la opinión que esta obligación “consiste en cumplir directamente con la

⁷⁹ Cfr. Dulitzky, Ariel. Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos. En: Martín, Claudia y otros (Comp.). Derecho internacional de los derechos humanos. Universidad Iberoamericana y Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University. México, 2004. Pág. 82.

⁸⁰ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (fondo). Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, número 4, párrafo 165. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, fecha de la consulta: 28 de mayo de 2016.

⁸¹ Dulitzky, Ariel. *Op. Cit.* Pág. 84.

norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación.”⁸² La obligación de respetar los derechos reconocidos se encuentra establecida en varios tratados internacionales:

a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁸³:

“**Artículo 2.** 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁸⁴:

“**Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

c) Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁸⁵:

⁸² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Pelayo Möller, Carlos María. La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana. Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. Estudios Constitucionales. México, 2012. Pág. 151. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038003>> ISSN 0718-0195, fecha de la consulta: 28 de junio de 2016.

⁸³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Guatemala lo ratificó el 19 de febrero de 1992 mediante el decreto legislativo 9-92 el cual fue publicado en el Diario Oficial el 21 del mismo mes y año y entró en vigencia el 1 de agosto de 1992. Cfr. Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE). Consulta de tratados internacionales vigentes. Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala, 2016, disponible en: http://www.minex.gob.gt/pBase.aspx?ID=/MAYT/MAYT_TRATADO_ACUERDO/MAYT_TRATADO_ACUERDO_VIGENTEWebReport.aspx, fecha de la consulta: 21 de mayo de 2016.

⁸⁴ Suscrita el 22 de noviembre de 1969, ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978 mediante acuerdo publicado el 13 de julio del mismo año en el Diario Oficial. Cfr. MRE. *Op. Cit.*

⁸⁵ Ratificada por Guatemala el 22 de mayo de 1990 según decreto 27-90 del 10 de mayo del mismo año, publicado en el Diario Oficial el 25 de febrero de 119. Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala (OACNUDG). Principales tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por Guatemala. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/documentoscc/ddhh/Ratificaciones.pdf>, fecha de la consulta: 28 de mayo de 2016.

“**Artículo 2.** 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”

d) Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁸⁶:

“**Artículo 7.** Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”

e) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁸⁷:

“**Artículo 4. Obligaciones generales.** 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: (...) d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella.”

Puede observarse en los artículos citados que existe una obligación asumida soberanamente por los Estados de respetar los derechos que contienen los distintos tratados, lo cual implica, según la CDPD, la jurisprudencia de la Corte IDH y el criterio del Comité de Derechos Humanos, la obligación de abstenerse de realizar actos que contraríen el contenido fundamental de los respectivos instrumentos, es decir, los derechos que le son reconocidos a las personas a título personal, que los hace ser sujetos de derecho internacional y ser objeto de protección por parte de los órganos de los tratados.

⁸⁶ Ratificada por Guatemala mediante decreto legislativo 61-97 del 23 de julio de 1997. Entró en vigencia el 1 de julio de 2003. Cfr. *Loc. Cit.*

⁸⁷ Ratificada por Guatemala según decreto legislativo 59-2008 del 29 de octubre de 2008. En vigencia para Guatemala a partir del 7 de mayo de 2009. Cfr. *Loc. Cit.*

Es importante tener en cuenta lo manifestado por Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möler en cuanto a que el contenido de la obligación estará definido “a partir del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las *acciones de cumplimiento*, que pueden ser *positivas o negativas* y estarán determinadas por cada derecho o libertad.”⁸⁸ (Las cursivas son propias).

Finalmente debe dejarse claro que la obligación de respetar los derechos que implica el derecho internacional de los derechos humanos excluye el principio de reciprocidad que caracteriza al Derecho Internacional clásico, ya que los Estados Partes de este tipo de tratados adquieren “la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado Parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde deriva la naturaleza *objetiva* de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos.”⁸⁹

2.2.2. Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos.

La obligación de garantizar el goce y ejercicio de los derechos ha sido desarrollada por la Corte IDH. Dentro de su jurisprudencia resalta lo establecido dentro del caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, que ha sido utilizada por varios autores para determinar su contenido.

Para Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller, “*La obligación de garantía* implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁹⁰ Wagner Mota afirma que la referida obligación “exige al Estado el deber de prevenir, investigar, juzgar y sancionar toda violación de los derechos humanos, así como de reparar adecuadamente a las víctimas.”⁹¹ Por su parte Dulitzky cita la jurisprudencia de la Corte

⁸⁸ Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller. *Op. Cit.* Pág. 152.

⁸⁹ *Loc. Cit.*

⁹⁰ *Ibid.* Pág. 154.

⁹¹ Wagner Mota. *Op. Cit.* Pág. 17.

IDH en el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras en cuanto a que el deber de garantizar “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁹²

De lo expuesto por los autores y por la Corte IDH puede colegirse que el deber de garantizar el ejercicio de los derechos implica la acción de parte del Estado para construir toda la plataforma que permita que todos los habitantes de su territorio y aquellos que estén sometidos a su jurisdicción tengan oportunidad de disfrutar plenamente de los derechos y libertades reconocidos en los tratados y que si existiera alguna violación a cualquier derecho, esa misma plataforma de goce construida mediante la acción estatal, tiene que tener la capacidad de investigar, juzgar, sancionar y reparar a la víctima.

Lo afirmado en el párrafo anterior tiene sustento en lo resuelto por la Corte IDH dentro del caso Velásquez Rodríguez vs Honduras y que puede leerse en el párrafo 166 de la sentencia citada anteriormente:

“Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación de los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”

En consecuencia, la obligación de los Estados de garantizar no se agota con la simple inactividad que evidencie la permisión de ejercitar los derechos. En este caso, se exige una acción de parte del Estado que desarrolle el medio para que los derechos humanos

⁹² Dulitzki, Ariel. *Op. Cit.* Pág. 85.

tengan plena validez en su territorio, y, abarca también la obligación de restituir en su derecho o reparar los daños sufridos por una violación a aquellos.

De acuerdo con la Corte IDH:

“la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁹³

La obligación de garantía tiene sus propias formas de cumplimiento⁹⁴, las cuales, vale la pena analizar:

- a. El deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos:

Esta forma de cumplimiento se configura en la obligación del Estado de adoptar medidas adecuadas para hacerle frente a las amenazas que pudieran surgir a los derechos que se garantizan internacionalmente a través de un tratado. La amenaza al derecho debe ser seria y la medida de protección debe ser proporcional; este deber implica que además de las medidas generales que puedan existir para garantizar los derechos humanos, se deben tomar medidas específicas para el caso particular. Sobre este punto Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller explican:

⁹³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. *Op. Cit.* Párr. 167.

⁹⁴ Existe una divergencia entre los autores consultados para realizar este trabajo en cuanto al lugar que ocupa la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los compromisos internacionales asumidos por la suscripción de tratados de derechos humanos. Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller la contemplan como una forma de cumplimiento de la obligación de garantizar y la colocan dentro de la obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. Wagner Mota la considera una obligación en sí misma y no la subsume dentro de la obligación de garantizar; finalmente, Dulitzky la contempla dentro de la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos. Se considera más oportuna la propuesta de Dulitzky, toda vez que la misma abarca de una manera más pedagógica e integral las implicaciones que trae la adecuación del derecho interno a las obligaciones internacionales, en consecuencia, se dejará fuera de las formas de cumplimiento de la obligación de garantizar este punto.

“(U)n Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción; sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una *situación real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.”⁹⁵

De acuerdo con la Corte IDH:

“Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por el hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o tratarla en los términos requeridos por la Convención.”

- b. Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos:

A diferencia de la forma de cumplimiento desarrollada arriba que se refiere a la prevención en caso de amenaza a la violación de un derecho, esta tiene lugar cuando la violación ya ha tenido lugar e implica que los hechos que configuran la violación al derecho deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de conformidad con la normativa nacional.

Fundamental para entender esta forma de cumplimiento de la obligación de garantizar es la jurisprudencia de la Corte IDH asentada en el caso *Rodríguez Velásquez vs Honduras*, en la que se establece:

“Si el aparato del Estado actúa de tal modo que tal violación quede impune y no se restablezca a la víctima en plenitud de sus derechos (en cuanto sea posible), puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre pleno ejercicio de las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que

⁹⁵ Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller. *Op. Cit.* Pág. 158.

los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la propia Convención.”⁹⁶

La naturaleza jurídica y los alcances del deber de investigar también son definidos por el tribunal interamericano en la misma sentencia, que en el párrafo 177 expone que es:

“una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que depende de la iniciativa de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.”

Según Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller, una vez las autoridades estatales tengan conocimiento de un hecho que pueda constituirse en una violación a los derechos humanos, deben iniciar de oficio y sin dilación una investigación *seria, imparcial y efectiva* por todos los medios legales que estén disponibles, la cual debe estar orientada a determinar la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores, lo cual es particularmente importante cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales.⁹⁷

c. Juzgar y sancionar a los responsables:

El deber de sancionar implica el sometimiento a los órganos jurisdiccionales de las personas que sean identificadas como autores materiales o intelectuales de los hechos que se constituyan en violatorios a los derechos humanos. De acuerdo con Dulitzky este deber puede “implicar la modificación de legislación interna”, es el caso, por ejemplo, de las

⁹⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. *Op. Cit.* Párr. 176.

⁹⁷ Cfr. Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller. *Op. Cit.* Pág. 160.

llamadas leyes de amnistía, para garantizar que las víctimas y familiares tengan acceso al derecho a la justicia que les asiste.⁹⁸

Es importante tener en cuenta que ante una violación a los derechos humanos, la impunidad es una de las principales violaciones al deber de garantía. En ese sentido es válido traer a colación la cita que hace Dulitzky de la jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto a que “el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.”⁹⁹

d. Reparar a las víctimas:

Cuando existe una violación a los derechos humanos, el Estado está en la obligación de reparar a las víctimas.

“El *derecho a la reparación* es un principio de Derecho Internacional. En este sentido, toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. (...) La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*); lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.”¹⁰⁰

Cuando no es posible la restitución plena a la víctima, lo que corresponde es determinar una serie de medidas que permitan garantizar los derechos violados, reparar las consecuencias de la violación y establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Para determinar la reparación se utilizan criterios del derecho internacional, por lo que los Estados no pueden modificarla o incumplirla alegando la aplicación del derecho interno.¹⁰¹

⁹⁸ Cfr. Dulitzky, Ariel. *Op. Cit.* Pág. 87.

⁹⁹ *Loc. Cit.*

¹⁰⁰ Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller. *Op. Cit.* Pág. 161.

¹⁰¹ Cfr. Dulitzky, Ariel. *Op. Cit.* Pág. 88.

e. Recurso efectivo:

De acuerdo con Wagner, el acceso a un recurso efectivo que ampare a las personas contra acciones u omisiones que violen sus derechos, comprendida como forma de cumplimiento del deber de garantía de los Estados, nace de lo establecido en el artículo 21.1 de la CADH, el cual establece:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

El mismo derecho es reconocido en el artículo 2.3 literal “a” del PIDCP, que ha sido objeto de interpretación por parte del Comité de Derechos Humanos, el cual, según Wagner Mota, se ha pronunciado en el sentido que “los Estados partes además de dar una protección efectiva a los derechos reconocidos en el PIDCP, deben garantizar que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces, los cuales deben adaptarse de manera adecuada a la “vulnerabilidad de determinadas categorías de personas, con inclusión en particular de los niños”; asimismo, el Comité atribuye especial importancia al establecimiento de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno.”¹⁰²

f. Cooperar con los órganos internacionales para que puedan desarrollar sus actividades de control.

Esta forma de cumplimiento del deber de garantizar los derechos es desarrollada por Ferrer Mac-Gregor y Tamayo Möller. Según estos autores, la obligación de cooperar que adquieren los Estados se traduce en “proporcionar información *oportuna, pertinente y veraz* respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo.”¹⁰³

¹⁰² Wagner Mota. *Op. Cit.* Pág. 19.

¹⁰³ Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller. *Op. Cit.* Pág. 163.

Según la Corte IDH:

“la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado- y particulares –penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.”¹⁰⁴

Según el tribunal interamericano, la opción que tienen los Estados para colaborar con la erradicación de la impunidad en materia de derechos humanos cuando se encuentran en su territorio personas que podrían ser responsables de violar derechos en otro Estado, tiene dos alternativas: la extradición o el juzgamiento y sanción a los responsables.

“la extradición se presenta como un importante instrumento para estos fines por lo que la Corte considera pertinente declarar que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en este caso, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Además, en virtud de los principios mencionados, un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos (...).”¹⁰⁵

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs Paraguay. Sentencia del 22 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas. Párr. 131. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf, fecha de la consulta: 29 de mayo de 2016.

¹⁰⁵ *Ibid.* Párr. 132. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Párr. 160. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf, fecha de la consulta: 29 de mayo de 2016.

2.2.3 Adoptar las medidas necesarias para que los derechos sean efectivos.

Esta obligación consiste en realizar actividades concretas para que las personas puedan gozar de los derechos reconocidos en los tratados. Para Dulitzky estas acciones requieren que “se adopten las disposiciones internas, incluidas pero no limitadas a la legislación necesaria para dar efectividad a las normas convencionales de protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno a fin de armonizarlas con las normas convencionales.”¹⁰⁶

Dentro de esta obligación se incluye el principio del efecto útil, según el cual, las medidas de derecho interno han de ser efectivas para la vigencia de los derechos reconocidos. De esa cuenta, el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para que lo que se encuentra establecido en el tratado sea cumplido efectivamente en su ordenamiento jurídico interno. La obligación de adoptar disposiciones internas que conduzcan a garantizar la efectividad de los derechos humanos no implica que la aplicación de los tratados dependa de la existencia de una legislación interna que los desarrolle.

El artículo 2.2 del PIDCP establece:

“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

Por su parte, el artículo 2 de la CADH, dispone lo siguiente:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

¹⁰⁶ Dulitzky, Ariel. *Op. Cit.* Pág. 89.

La obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno implica la aprobación de leyes que desarrollen el contenido de los tratados, la derogación de aquellas que los contravengan y el compromiso de no aprobar nuevas que pudieran vulnerar los derechos reconocidos. Si existen normas que atentan en contra de los derechos reconocidos convencionalmente y no son derogadas, las mismas deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico a través de los mecanismos que establece la ley, en el caso guatemalteco sería a través de la acción de inconstitucionalidad general, que según la jurisprudencia reciente de la Corte de Constitucionalidad, puede alegarse utilizando como parámetro de constitucionalidad los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que Guatemala sea parte.

Sin embargo, ante la inactividad del Poder Legislativo para procurar la adecuación del sistema jurídico, los jueces pueden ejercer un papel de suma importancia al aplicar el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en sus sentencias, ya sea como normas aplicables o como fundamento para abstenerse de aplicar las normas nacionales que contradigan las convencionales. La Corte Suprema de Justicia de Argentina, citada por Dulitzky, afirmó que:

entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin de (la Convención) deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercite en el caso concreto.¹⁰⁷

Esta obligación no se refiere exclusivamente al tema legal. Tiene una implicación en otros niveles de la vida nacional, es el caso de las barreras culturales que pudieran obstaculizar el pleno goce de los derechos. En este caso y sobre todo cuando existen grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales el Estado debe adoptar medidas que permitan la remoción de aquellas barreras, “haciendo una revisión cuidadosa de la manera en que opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes para

¹⁰⁷ *Ibíd.* Pág. 90.

el logro del objetivo de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos.”¹⁰⁸

En el caso González y otras vs México, conocido como “Campo Algodonero”, la Corte IDH estableció que:

...el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.¹⁰⁹

Por el carácter y la naturaleza de los tratados de derechos humanos, las obligaciones asumidas por los Estados contratantes deben ser cumplidas sin excusas, la falta de actividad de uno de los organismos del Estado no implica que otros tengan que realizar actos que puedan perjudicar su vigencia. Todas las autoridades están obligadas a respetar los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos de acuerdo a su ámbito de competencia, de lo contrario, el Estado incurriría en responsabilidad internacional con todas las consecuencias que esto puede acarrear.

¹⁰⁸ Ferrer Mac-Gregor y Tamayo Möller. *Op. Cit.* Pág. 156.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Párr. 252. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, fecha de la consulta: 29 de mayo de 2016.

CAPÍTULO III

MARCO LEGAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Habiéndose abarcado el tema de las obligaciones internacionales asumidas por Guatemala en materia de derechos humanos, es oportuno proceder a la delimitación de estas dentro del ámbito de las personas con discapacidad, que es el contenido que ocupa la presente investigación. Para cumplir con este objetivo, se presentará una recopilación de los criterios marcados tanto por el Sistema Universal como por el Interamericano de protección de los derechos humanos. Si bien el estudio que se realiza en este apartado pretende ser extenso, es necesario reconocer que la posibilidad de agotar el tema por completo es bastante limitada, debido a que las pautas marcadas por los diferentes órganos de control de los tratados en esta materia, se producen a un ritmo y a una especificidad que supera la capacidad de incluirlas en su totalidad dentro del presente trabajo.

Los instrumentos de derechos humanos pueden clasificarse de varias formas; sin embargo, en este trabajo, se clasificarán en instrumentos de protección general y de protección particular. En la primera se incluirán aquellos que sin ser específicamente dedicados al colectivo de personas con discapacidad, contienen normas que garantizan la igualdad y la no discriminación para todas las personas. En la segunda, se tomarán en cuenta los instrumentos que tienen como destinatarios específicos a las personas con discapacidad. Estas dos clasificaciones serán subdivididas para analizar las normas y criterios procedentes del Sistema Universal y del Sistema Interamericano.

3.1 Sistema Universal.

3.1.1 Instrumentos de protección general.

El Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos está integrado por el conjunto de instrumentos y organismos comprendidos dentro de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para tutelar los derechos de las personas en general y de los

grupos específicos en particular que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.¹¹⁰ En este bloque se analizarán las normas de carácter convencional, los órganos de los tratados, las observaciones generales, las observaciones finales y los dictámenes emitidos por denuncias individuales.

El primer instrumento en el que se puede observar y de donde nace la vocación por la igualdad de los demás tratados es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH), misma que reconoce en el preámbulo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, así como que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”. Además, se reconoce que los pueblos que integran la ONU reafirmaron “su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”.

Ya en la parte normativa, el artículo 2 de la DUDH reconoce que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados sin distinción por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), recoge en su preámbulo las intenciones manifestadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, afirmando que la justicia y paz mundiales tienen como base “el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Además, manifiesta la comprensión de los Estados partes en cuanto a que no se puede realizar el ideal de un ser humano libre del temor y de la miseria que disfrute de las libertades civiles y políticas, “a menos que se creen condiciones que

¹¹⁰ Cfr. Jacay Munguía, Sheilah Verena. Los derechos de las personas con discapacidad. Un balance de su protección en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y en los países de la Región Andina. Comisión Andina de Juristas. Perú, 2005. Pág. 19.

permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como sus derechos económicos, sociales y culturales.”

Un aporte importante que se hace en el PIDCP es la inclusión del concepto de horizontalidad en cuanto a la obligación que pesa sobre todas las personas de esforzarse para conseguir que los derechos que se reconocen en ese pacto sean alcanzados y observados en la sociedad a la que pertenecen. En este sentido, es necesario tomar nota de esta obligación, toda vez que amplía el concepto de igualdad por cuanto supone que todas las personas, sin atender a ningún tipo de exclusión, tienen el deber de trabajar para alcanzar el ideal de sociedad que se plantea en el Pacto.

A nivel normativo el artículo 2.1 establece la obligación de los Estados de garantizar y respetar los derechos incluidos en el pacto a todas las personas, sin hacer distinciones de ningún tipo; importa particularmente la frase “cualquier otra condición social” en la que se ha incluido a las personas con discapacidad. Esta misma cláusula de igualdad y no discriminación está contenida en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). Por otro lado, el artículo 26 del mismo pacto, reconoce el derecho de todas las personas a igual protección, igual y efectiva, contra la discriminación.

Uno de los problemas más graves que afectan a varios colectivos de personas con discapacidad es la interseccionalidad, la cual tiene lugar cuando la condición de persona con discapacidad se cruza con otra condición que genera vulnerabilidad. En ese sentido, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* (ICERD), protege a todas las personas que pertenecen a grupos raciales, nacionales o étnicos que han sido tradicionalmente discriminados. La ICERD retoma el reconocimiento que han hecho los Estados de la dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos y el compromiso que han asumido para tomar medidas para promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todas las personas. Esta misma apreciación se hace en la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW)

y en la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (CRMW).

La *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN), por su parte, además de incluir los principios de igualdad, dignidad intrínseca de los seres humanos¹¹¹ y no discriminación¹¹², contiene normas aplicables específicamente a los niños con discapacidad. Sigue prevaleciendo el modelo médico asistencialista, pero se empiezan a incluir algunos rasgos que caracterizan al modelo social o de derechos humanos, estos son: el reconocimiento de su dignidad, de la autonomía y de su pertenencia a la comunidad. En el artículo 23 de la citada convención se reconocen con bastante claridad los derechos de los niños con discapacidad a recibir atención especializada, a tener acceso a los derechos económicos, sociales y culturales; y, la obligación de los Estados de compartir información que permita ampliar los conocimientos y experiencias sobre los métodos de rehabilitación, la enseñanza y la formación profesional.

La *Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes* (CAT), reconoce nuevamente los principios de igualdad, no discriminación e dignidad intrínseca de las personas¹¹³, pero además, establece una protección especial para un grupo particular de personas con discapacidad mental o intelectual, ya que, por

¹¹¹ **Preámbulo:** Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

¹¹² **Artículo 2**

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

¹¹³ **Preámbulo:** Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana,

Considerando la obligación que incumbe a los Estados en virtud de la Carta, en particular del Artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

cuanto alcanza a las personas privadas de su libertad, es aplicable a aquellas que se encuentran recluidas en hospitales psiquiátricos, hogares, albergues y otros centros de salud mental en los que se pueden ver afectados varios derechos fundamentales.

Otra fuente del derecho internacional de los derechos humanos dentro del Sistema Universal, está constituido por las *Observaciones Generales*, que son las pautas que guían el proceso de implementación de los tratados de derechos humanos, su función es la de establecer reglas de interpretación o clarificación y definición de conceptos, crean un cuerpo jurídico universal y vivo en materia de derechos humanos. Son elaboradas por comités especializados que han sido creados para facilitar la protección y aplicación de los derechos contenidos en el tratado que corresponda¹¹⁴.

El *Comité de Derechos Humanos* (CDH) es el encargado de velar por el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹⁵, aunque ha emitido al menos treinta y cinco observaciones generales¹¹⁶, ninguna se ha enfocado específicamente a las personas con discapacidad y sus derechos. Sin embargo, en las interpretaciones que se han hecho sobre el contenido y los alcances de los derechos reconocidos en el Pacto, sí se ha hecho referencia a la condición de discapacidad.

En la *Observación General número 8 de 1982*, sobre el Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9), el CDH establece que la protección del artículo 9 del PIDCP abarca todas las formas de privación de libertad, incluidas las que tienen que ver con el internamiento por enfermedades mentales. En ese sentido, reconoce que los derechos a la libertad y seguridad personal son aplicables a quienes se encuentran en situación de internamiento y que en virtud de ello, la garantía fundamental del derecho a

¹¹⁴ Cfr. Lidón Heras, L. Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos. Revista Española de Discapacidad. España, 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5569/2340-5104.01.01.03>, fecha de la consulta: 07 de junio de 2016.

¹¹⁵ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comité de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm>, fecha de la consulta: 07 de junio de 2016.

¹¹⁶ Ver: Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos, disponible en: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html, fecha de la consulta 07 de junio de 2016.

recurrir ante un tribunal para determinar la legalidad de su situación y la obligación de garantizar un recurso efectivo en caso que la persona alegue que ha sido privada de la libertad en violación del Pacto, también son aplicables a las personas con discapacidad mental o intelectual internadas en centros de salud mental¹¹⁷.

En la *Observación General número 19 de 1990*, sobre la familia (artículo 23), el Comité señala que los Estados partes deberían indicar en sus informes si en sus respectivas legislaciones existen impedimentos al ejercicio del derecho a contraer matrimonio sobre la base de factores especiales como la incapacidad mental¹¹⁸. En la *Observación General número 20 de 1992*, sobre la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (artículo 7); el Comité establece que el Estado tiene la obligación de brindar a todas las personas, a través de medidas legislativas y de otra índole, la protección que sea necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, ya sea que estos sean infligidos por funcionarios públicos o a título privado; además, se resalta la prohibición de realizar experimentos médicos o científicos en cualquier persona que se encuentre privada de dar su consentimiento válidamente¹¹⁹.

La *Observación General número 25 de 1996*, sobre el derecho a tomar parte en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar y a ser elegido, y el derecho a tener acceso a la función pública (artículo 25), es un referente para establecer límites a las limitaciones que se imponen a las personas con discapacidad en sus derechos políticos. En esta ocasión el Comité declaró la exclusión de la discapacidad física como criterio para restringir el derecho al voto, la necesidad de contar con una verificación de la discapacidad mental para negar el derecho al voto o a ocupar un cargo público, la secretividad del voto, el derecho de las personas con discapacidad a ser asistidas por personas neutrales e

¹¹⁷ Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos. *Op. Cit.*

¹¹⁸ *Loc. Cit.*

¹¹⁹ *Loc. Cit.*

independientes; y, el derecho de las personas con discapacidad a ser informadas sobre las garantías que les asisten para emitir su voto¹²⁰.

Finalmente, la *Observación General número 35 de 2014*, sobre el derecho a la libertad y seguridad personales, que sustituye a la *Observación General número 8 de 1982* (artículo 9), desarrolla con mayor amplitud la protección y garantía de los derechos reconocidos en el Pacto para las personas con discapacidad. En relación con las implicaciones y situaciones en las que se puede dar una privación de libertad, en el párrafo cinco de la *Observación General*, el Comité señala que “La privación de libertad implica una restricción de movimientos más estricta en un espacio más limitado que la mera interferencia con la libertad de circulación” y cita como ejemplos de esta “la hospitalización involuntaria, el internamiento de niños en instituciones” y además las restricciones adicionales que se puedan imponer a personas ya reclusas, como puede ser el régimen de aislamiento o la utilización de dispositivos de reducción de la movilidad.

Por otro lado, se declara la responsabilidad del Estado respecto a las violaciones al artículo 9 del PIDCP que puedan suceder a nivel privado, siempre que se haya dado una autorización para ejercer competencia en materia de reclusión, tal y como sucede con los centros de acogida, hogares, asilos, y otros que funcionan en el país.

¹²⁰ “4. Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. (...) El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público.”

“10. El derecho a votar en elecciones y referendos debe estar establecido por la ley y sólo podrá ser objeto de restricciones razonables, como la fijación de un límite mínimo de edad para poder ejercer tal derecho. No es razonable restringir el derecho de voto por motivos de discapacidad física ni imponer requisitos o restricciones relacionados con la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción o la situación económica.”

“20. Debe establecerse una junta electoral independiente para que supervise el proceso electoral y garantice que se desarrolla en forma justa e imparcial y de conformidad con disposiciones jurídicas compatibles con el Pacto. Los Estados deben tomar medidas para garantizar el carácter secreto del voto durante las elecciones, incluida la votación cuando se está ausente de la residencia habitual, si existe este sistema. Ello comporta la necesidad de que los votantes estén protegidos contra toda forma de coacción para revelar cómo van a votar o cómo han votado, y contra toda injerencia ilícita en el proceso electoral. (...) La asistencia que se preste a los discapacitados, los ciegos o los analfabetos deberá tener carácter independiente. Deberá informarse plenamente a los electores acerca de estas garantías.”

También, en el párrafo 9, el Comité define el contenido del derecho a la seguridad personal, al afirmar que “protege a las personas contra lesiones físicas o psicológicas infligidas de manera intencionada, independientemente de que la víctima esté o no privada de libertad”, e insta a los Estados a tomar medidas para prevenir lesiones, así como para aplicar la legislación penal en respuesta a las lesiones que ya se han ocasionado. Además, resalta la obligación de los Estados de responder de forma adecuada ante cuadros de violencia contra ciertas categorías de víctimas, entre las que señala la que se ejerce contra las personas con discapacidad.

En cuanto al internamiento con motivo de una discapacidad, el párrafo 19 de la Observación General 35, manifiesta con mucha claridad 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 e haga daño o cause lesiones a terceros” además, establece que debe ser una medida aplicada solo como último recurso y por un periodo de tiempo que sea apropiado y lo más breve posible. Esta medida deberá ser acompañada de “garantías procesales y sustantivas adecuadas establecidas por ley” y debe garantizarse que los procedimientos aseguren el respeto de las opiniones de la persona, así como que “todo representante verdaderamente represente y defienda la voluntad y los intereses de la persona”.

Además, el párrafo 19 manifiesta la obligación de los Estados de ofrecer a las personas internas programas de tratamiento y rehabilitación; de reevaluar con periodicidad la privación de libertad para determinar si es necesario mantenerla; de prestar asistencia a las personas para que tengan acceso a los recursos que les permitan reivindicar sus derechos, los cuales deben incluir la revisión judicial inicial y periódica de la medida, con el objeto de impedir condiciones de reclusión que sean incompatibles con el Pacto.

En cuanto al derecho a ser notificado de las causas de detención, el Comité señala que la notificación directa al detenido no puede considerarse como suficiente cuando se realiza a algunas categorías de personas vulnerables, entre las que se encuentran las personas con discapacidad mental, ante las cuales:

“28. (...), la detención y sus razones deberán ser notificadas también directamente a las personas que esas personas hayan designado o a los familiares que corresponda. Tal vez sea necesario un tiempo adicional para identificar a las terceras personas pertinentes y ponerse en contacto con ellas, pero la notificación deberá hacerse lo antes posible.”

En cuanto al derecho a recurrir ante un tribunal por la privación de la libertad, el Comité señala que es una disposición que consagra el *habeas corpus* y que este derecho es aplicable a todo tipo de reclusión, incluyendo la hospitalización involuntaria. Según el Comité el Pacto deja en manos de la persona reclusa o de quien le represente la interposición del recurso, el cual debe ser efectivo, ya que el derecho no se agota con la presentación de este, toda vez que el recurrente tiene derecho a obtener una resolución.¹²¹

El Comité ha considerado que la privación de la libertad abre la puerta para actos de tortura. De acuerdo al Comité, entre las salvaguardas generales que son necesarias para prevenir la tortura en los centros de detención, existen dos que son específicas para las personas con discapacidad. La primera, referida a brindar información en Braille para las personas con discapacidad visual y, la segunda, la visita e inspección de las instituciones de salud mental por parte de mecanismos independientes e imparciales, lo cual, en el medio guatemalteco tiene especial relevancia si se toma en cuenta la situación en la que se encuentran las personas reclusas en el Hospital Nacional de Salud Mental.

Dentro del ámbito de sus atribuciones el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (CDESC), emitió en 1994 la *Observación General número 5*, sobre las Personas con Discapacidad. En este instrumento, el CDESC manifiesta que la discapacidad forma parte del contenido de la frase “otra condición social” que contiene el artículo 2 del PIDESC para prohibir la discriminación en el goce de los derechos¹²² y

¹²¹ Cfr. Párr. 39, 40, 44, 46 y 47.

¹²² 5. El Pacto no se refiere explícitamente a personas con discapacidad. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos y, como las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto. Además, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados Partes han de adoptar medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos

ofrece una definición del término “discriminación fundada en discapacidad”¹²³. Además, se establece que la imposibilidad de las personas con discapacidad para ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales, muchas veces es producida por la negligencia, ignorancia, prejuicios y falsas suposiciones que la sociedad tiene respecto a aquellas, lo cual produce su exclusión, distinción y separación del resto de la comunidad.

El *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW)*¹²⁴ emitió la *Recomendación general número 18 de 1991*, sobre las mujeres discapacitadas, en la que se solicita a los Estados incluir en los informes periódicos información sobre las mujeres “discapacitadas” y las medidas que hayan adoptado para hacer frente a su situación particular. Evidentemente el lenguaje del Comité en esta observación está impregnado por el modelo médico rehabilitador, sin embargo, es un gran avance que se reconozca la situación particular de las mujeres con discapacidad.

El *Comité de los Derechos del Niño (Comité CDN)* dentro de la *Observación General número 9 de 2006*, sobre los derechos de los niños con discapacidad, reconoció que estos pertenecen a un grupo particularmente vulnerable y que por ello se les incluyó específicamente dentro del articulado de la Convención, además, hace hincapié en la gravedad de la situación en la que se encuentran los niños y niñas que están sujetos a otras condiciones de discriminación. Finalmente, es importante resaltar que la observación pone de manifiesto la necesidad de que los Estados lleven a cabo acciones que garanticen el

especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad. Además, el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza "el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna" basada en determinados motivos especificados "o cualquier otra condición social" se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad.

¹²³ 15. (...) A los efectos del Pacto, la "discriminación fundada en la discapacidad" puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales.

¹²⁴ Otras recomendaciones generales del CEDAW tratan el tema de las mujeres con discapacidad de forma transversal pero bastante limitada: Recomendación General 24, sobre salud y muerte; Recomendación General 25, medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer); Recomendación General 27, mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos; Recomendación General 28, relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

pleno ejercicio de los derechos reconocidos dentro de la respectiva Convención y que asuman los compromisos adquiridos para modificar sus legislaciones y prácticas internas¹²⁵.

El *Comité contra la Tortura* (Comité CAT) ha emitido dos observaciones generales que tocan el tema de la discapacidad en forma transversal. La *Observación General número 2 de 2007*, sobre la aplicación del artículo 2 de la CAT recuerda que los Estados tienen la obligación de prohibir, impedir y castigar los actos de tortura y malos tratos en situaciones de privación o limitación de la libertad en general, dentro de las que se encuentran los hospitales, escuelas o instituciones que atiendan a personas con enfermedades mentales o con discapacidad; y, la *Observación General número 3 de 2012*, sobre la aplicación del artículo 14, establece que el derecho a la reparación en los casos de las personas con discapacidad incluye la rehabilitación, la cual debe enfocarse en lograr la mayor autonomía de la persona y puede conllevar la implementación de cambios en sus entornos físico y social.

Otra de las fuentes que puede ser consultada para iluminar este tema son los *Dictámenes*, que son las resoluciones que producen los órganos de los tratados como consecuencia de una denuncia individual. Para este trabajo se analizaron cuatro dictámenes emitidos por el Comité de Derechos Humanos por violaciones al PIDCP que abordan el tema de discapacidad.

El caso *Clement Francis vs Jamaica de 1995*¹²⁶, se refiere a las condiciones de prisionalización a las que estuvo sometido durante doce años en el pabellón de la muerte el señor Clement Francis, a la espera de que se ejecutara la sentencia de muerte en la horca que había sido dictada en su contra. Se alegó que la víctima fue sometida a una serie de tratos crueles e inhumanos que le provocaron una perturbación que deterioró su salud mental. El Comité estableció que las condiciones en las que se encontraba prisionera la

¹²⁵ Cfr. CDN. Observación General número 9, Los derechos de los niños con discapacidad. Suiza, 2006.

¹²⁶ Comité de Derechos Humanos. *Clement Francis v. Jamaica*, Comunicación No. 606/1994, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/606/1994 (1995). Párr. 4.4.

víctima violaban el PIDCP y que esto había derivado, efectivamente, en el deterioro de su salud mental, lo cual era imputable al Estado.

En el caso *Hamilton vs Jamaica de 1999*, el Comité determinó que era obligación del Estado tratar humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano a toda persona privada de libertad. El caso se refiere a la situación del señor Hamilton, quien perdió la movilidad de sus miembros inferiores a raíz de un disparo que le impactó en la columna vertebral, en una prisión de Jamaica y que debido a su discapacidad tenía que ser cargado por otros reclusos para poder transportarse dentro de las instalaciones penitenciarias¹²⁷.

En el caso *Fijalkowska vs Polonia de 2005*, la autora de la denuncia, señora Bozena Fijalkowska alegó la violación de su derecho al acceso a un recurso efectivo por su internamiento involuntario en un hospital psiquiátrico. El Comité estableció que el internamiento de una persona en un hospital psiquiátrico equivale al reconocimiento de la disminución de la capacidad, legal o de otra clase, de esa persona. Además, que el tribunal que llevó la causa, debió haber estado en la debió velar porque la víctima estuviera suficientemente asistida o representada para salvaguardar sus derechos durante la totalidad de las actuaciones y que la hermana de la autora no estaba en condiciones de ofrecer dicha asistencia o representación ya que ella había sido quien solicitó personalmente el internamiento en el hospital psiquiátrico. De particular importancia, resulta la declaración del Comité en cuanto a que la orden de internar a una persona sin que se disponga de asistencia o representación suficiente para salvaguardar sus derechos puede darse únicamente cuando la salud de una persona esté tan perturbada que sea el único medio para evitar que se dañe a ella misma o a otros pero que este extremo debe ser debidamente probado durante el proceso¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. Comité de Derechos Humanos. Zephinah Hamilton v. Jamaica, Comunicación No. 616/1995, U.N. Doc. CCPR/C/66/D/616/1995 (1999). Párr. 3.1.

¹²⁸ Comité de Derechos Humanos. Bozena Fijalkowska v. Polonia, Comunicación N° 1061/2002, U.N. Doc. CCPR/C/84/D/1061/2002 (2005). Párr. 8.3 y 8.4.

Finalmente, en el caso *Fardon vs Australia de 2010* el Comité recuerda que aunque existen limitaciones permisibles al derecho de todo individuo a la libertad y seguridad personales, tales como el internamiento de personas aquejadas de enfermedades mentales u otros trastornos, la determinación formal de las causas y el procedimiento en una ley que tenga como objetivo autorizar dichas limitaciones no es suficiente para dar cumplimiento al artículo 9.1 del Pacto si “las causas y el procedimiento así determinados son en sí arbitrarios o si menoscaban injustificada o innecesariamente el propio derecho”¹²⁹.

3.1.2 Instrumentos de protección específica.

La *Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD), entró en vigor el 3 de mayo de 2008. En sus normas se desarrollan de forma específica los derechos y garantías que deben ser reconocidos en los Estados Partes para que las personas con discapacidad puedan desarrollarse plenamente en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones con las personas que no tienen discapacidad.

Respecto a esta Convención, de Lorenzo y Palacios afirman que su tarea fundamental es adaptar las normas de los Tratados de derechos humanos al contexto específico de la discapacidad, lo cual implica, “establecer los mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad.”¹³⁰

En el preámbulo de la CDPD, los Estados Partes hacen una serie de consideraciones y reconocimientos sobre la situación de las personas con discapacidad, en ese sentido, algunos párrafos resaltan la actualización hacia el modelo social en cuanto a la forma de entender y abordar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

Sobre el concepto de discapacidad se establece:

“e) (...) es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno

¹²⁹ Comité de Derechos Humanos. Robert John Fardon v. Australia, Comunicación N° 1629/2007, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1629/2007 (2010). Párr. 7.3.

¹³⁰ De Lorenzo y Palacios. *Op. Cit.* Pág. 43.

que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Respecto a la situación de las personas con discapacidad y la protección de sus derechos, se afirma:

“k) (...) las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo.”

En cuanto a la forma de entender a las personas con discapacidad con relación al medio social, el preámbulo de la Convención indica:

“m) Reconociendo el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza.”

El preámbulo también contiene declaraciones en cuanto a la importancia de la autonomía y la independencia individual para las personas con discapacidad, así como el reconocimiento de la necesidad de su participación en la toma de decisiones sobre los asuntos públicos, en especial, aquellos que les afecten.¹³¹ Además, se reconoce la importancia de que las personas tienen la responsabilidad, respecto a otras personas y a las sociedades en las que se desenvuelven, de procurar que se respeten y desarrollen los derechos humanos.¹³²

¹³¹ n) Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, o) Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente.

¹³² w) Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Así pues, la Convención desde su parte considerativa, que determina el espíritu moral en el que fue discutida y aprobada, rompe el paradigma del modelo médico asistencialista y deposita en los Estados y a los ciudadanos la necesidad de desarrollar una nueva cultura en la que las personas con discapacidad sean miembros activos y respetados de la sociedad, para lo cual, es fundamental su reconocimiento como personas, sujetos de derechos, que gozan de todas las prerrogativas que eso implica.

En su parte normativa la CDPD desarrolla y reconoce derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, los cuales están positivados en los artículos del 10 al 30. Es importante remarcar el hecho que “la Convención no establece ningún derecho nuevo para las personas con discapacidad; más bien profundiza en lo que significan para las personas con discapacidad los derechos humanos existentes y aclara las obligaciones de los Estados partes de proteger y promover esos derechos.”¹³³ Además de reconocer derechos la Convención incluye artículos que contienen temas de vital importancia para que la aplicación de la misma sea una realidad: la toma de conciencia, la accesibilidad, las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias, el acceso a la justicia, la movilidad personal, la habilitación y rehabilitación, y, la recopilación de datos y estadísticas.¹³⁴

El órgano de control de esta Convención es el *Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad* (CRPD), el cual es un grupo de expertos independientes que vigilan la aplicación de la CDPD. Los Estados Partes deben entregar periódicamente un informe exhaustivo de las medidas que han tomado para cumplir con las obligaciones que han

¹³³ OACNUD. Vigilancia y cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2010. Pág. 24.

¹³⁴ Derechos que son recogidos por la CDPD: A la vida (Art. 10); Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (Art. 11), Igual reconocimiento como persona ante la ley (Art. 12), Acceso a la justicia (Art. 13), Libertad y seguridad de la persona (Art. 14), Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Art. 15), Protección contra la explotación, la violencia y el abuso (Art. 16), Protección de la integridad personal (Art. 17), Libertad de desplazamiento y nacionalidad (Art. 18), Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (Art. 19), Movilidad personal (Art. 20), Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (Art. 21), Respeto de la privacidad (Art. 22), Respeto del hogar y de la familia (Art. 23), Educación (Art. 24), Salud (Art. 25), Habilitación y rehabilitación (Art. 26), Trabajo y empleo (Art. 27), Nivel de vida adecuado y protección social (Art. 28), Participación en la vida política y pública (Art. 29), Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (Art. 30).

asumido a favor de las personas con discapacidad en sus respectivas jurisdicciones. En virtud del protocolo facultativo de la Convención, el CRPD está facultado para recibir y considerar comunicaciones de individuos que consideren que han sido víctimas de una violación a los derechos reconocidos en la Convención.

Al igual que otros órganos de tratados, el CRPD puede emitir observaciones generales respecto a la interpretación y alcances de las normas contenidas en la CDPD y observaciones finales sobre los informes periódicos que presentan los Estados Partes.

a. Observaciones generales.

Hasta el momento, el Comité ha adoptado seis observaciones generales. La *Observación General número 1 de 2014*¹³⁵, sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley (Artículo 12), en esta Observación General el CRPD desarrolla el contenido del derecho que tienen las personas con discapacidad a ser reconocidos como personas ante la ley en cualquier circunstancia y establece la necesidad de pasar de un modelo en el que se sustituye la voluntad de la persona con discapacidad por la de su tutor o encargado a un modelo de respeto a la dignidad y autonomía de la persona en el que se le brinde asistencia para tomar sus propias decisiones.

En la *Observación General número 2 de 2014*¹³⁶, el Comité desarrolla el contenido del derecho a la accesibilidad (Artículo 9), la que considera la condición previa para que las personas con discapacidad puedan participar activamente en la sociedad y vivir de forma independiente, reconociendo que aquellas se enfrentan cotidianamente a barreras técnicas y ambientales en las estructuras edificadas por el hombre.

¹³⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 1 (2014), sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley CRPD/C/GC/1. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

¹³⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 2 (2014), sobre el artículo 9: Accesibilidad CRPD/C/GC/2. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/16/PDF/G1403316.pdf?OpenElement>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

La *Observación General número 3 de 2016*¹³⁷, sobre mujeres y niñas con discapacidad, explica el contenido del artículo 6 de la Convención de acuerdo a los principios generales contenidos en el artículo 3. Se provee información interpretativa sobre discriminación e incluye la discriminación interseccional, expone la vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad a la violencia, la explotación y el abuso. En la *Observación General número 4 de 2016*¹³⁸, sobre el artículo 24: Derecho a la educación inclusiva, el Comité proporciona una definición interpretativa del derecho a la educación inclusiva, la explicación de las obligaciones básicas de los Estados y las medidas que se consideran necesarias para poner en práctica los sistemas educativos inclusivos.

En la *Observación General número 5 de 2017*¹³⁹, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, el Comité recuerda que el artículo 19 de la Convención pone en relieve que las personas con discapacidad son sujetos y titulares de derechos y que reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir en igualdad de condiciones, de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, con la libertad de elegir y controlar su vida; el Comité señala que a lo largo de la historia se les ha negado a las personas con discapacidad la posibilidad de tomar opciones y ejercer el control de manera persona e individual en todas las esferas de su vida, que se invierten recursos en instituciones y no en el desarrollo de las posibilidades que tienen las personas con discapacidad de vivir en forma independiente en una comunidad y que esto ha tenido como

¹³⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 3 (2016), sobre las mujeres y niñas con discapacidad CRPD/C/GC/3. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

¹³⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 4 (2016), sobre el derecho a la educación inclusiva CRPD/C/GC/4. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/4&Lang=en, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

¹³⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 5 (2017), sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad CRPD/C/GC/5. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/5&Lang=en, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

consecuencia el abandono, la dependencia de los familiares, la institucionalización, el aislamiento y la segregación.

Finalmente, en la *Observación General número 6 de 2018*¹⁴⁰, sobre la igualdad y no discriminación, el Comité pretende aclarar las obligaciones de los Estados partes en relación con la no discriminación y la igualdad, consagradas en el artículo 5 de la Convención, manifestando su preocupación por que las leyes y políticas domésticas, sigan considerando la discapacidad desde la perspectiva del modelo médico o de beneficencia.

b. Dictámenes.

- Caso H.M. vs Suecia 3/2011

En este caso, la autora de la comunicación padece una enfermedad por la que ha ido perdiendo la capacidad de movilizarse por sí misma, al ser de naturaleza progresiva, su situación puede verse agravada a tal punto que sea necesario internarla en un centro asistencial. La alternativa que han propuesto los médicos para evitar el internamiento es la hidroterapia en casa, por lo que la autora solicita al Comité Local de Vivienda de Örebro una licencia para hacer una ampliación en su vivienda, sobre una parcela que es de su propiedad, para poder construir la piscina en la cual recibiría su terapia. El Comité de Vivienda rechaza la solicitud porque no es compatible con el plan urbanístico local, ya que la parcela sobre la que se pretendía ubicar la piscina tiene prohibición para construir.

La señora H. M., consigue que el Tribunal Administrativo revoque la resolución del Comité, sin embargo, este último apela la decisión y obtiene una resolución que sostiene la prohibición de construir, por lo que la autora denuncia al Estado de Suecia ante el CPRD.

¹⁴⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General número 6 (2018) sobre la igualdad y no discriminación CRPD/C/GC/6. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

El CPRD emite una resolución reconociendo la violación de varios artículos de la CDPD, de los que vale la pena resaltar lo que se logra establecer respecto a la discriminación por motivos de discapacidad, los ajustes razonables, el derecho a la salud, la rehabilitación y el derecho a vivir en la comunidad.

Sobre el tema de la discriminación por motivos de discapacidad, el CRPD establece un criterio de aplicación de legislación vigente cuando tenga que ponderarse una situación en la que pudieran verse afectados los derechos de las personas en una situación que requiera un estudio particular, el Comité estimó:

“(…) una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique. El derecho a no ser víctima de discriminación en el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención se puede violar si los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de forma diferente a personas cuya situación sea considerablemente distinta.”¹⁴¹

En cuanto a los ajustes razonables, el Comité analiza la situación particular en cuanto a desviar el plan urbanístico para autorizar la construcción de la piscina de hidroterapia, lo cual, según fue acreditado dentro del caso, está contenido dentro de la ley de la materia. La conclusión a la que llega el CRPD es que la autorización de esa licencia de construcción, a pesar de ser contraria al plan urbanístico en general, no genera una carga para el Estado, por lo que se incurrió en violación a la Convención por la negativa a realizar el respectivo ajuste razonable:

“(…) el Comité no puede concluir que la aprobación de una desviación del plan urbanístico en el caso de la autora impondría una "carga desproporcionada o indebida" al Estado parte.”¹⁴²

¹⁴¹ CRPD. Caso H. M. vs Suecia. Comunicación 3/2011, CRPD/C/7/D/3/2011 (2012). Párr. 8.3.

¹⁴² *Ibíd.* Párr. 8.5.

Respecto a la salud y la rehabilitación, el Comité pone de manifiesto la necesidad de tomar en cuenta la situación particular de las personas con discapacidad y en cuanto a esto, que el Estado reacciono desproporcionadamente al negar la autorización para que se construyera la piscina de hidroterapia:

“(…) el Estado parte, al desestimar la solicitud de la autora de un permiso de obra, no tuvo en cuenta sus circunstancias concretas ni sus necesidades particulares relacionadas con la discapacidad. Por lo tanto, el Comité considera que la decisión de las autoridades nacionales de no autorizar una desviación del plan urbanístico para construir una piscina hidroterapéutica fue desproporcionada y causó un efecto discriminatorio que afectó negativamente al acceso de la autora, como persona con discapacidad, a la atención de la salud y la rehabilitación que necesitaba para su estado de salud. Por consiguiente, el Comité concluye que se han violado los derechos que asisten a la autora (...)”¹⁴³

Finalmente, en referencia al derecho a vivir en la comunidad de la señora H. M. el Comité estableció que, por la condición en la que se encontraba la autora de la comunicación, la utilización de la piscina de hidroterapia era la única forma de permanecer dentro de la comunidad y evitar ser internada en un centro de asistencia, por lo que la negativa por parte de la autoridad local, atentaba en contra del citado derecho.¹⁴⁴

Por último, el CRPD hace una recomendación al Estado que representa la esencia de la obligación de garantizar los derechos que fue desarrollada antes dentro de este trabajo. Al Estado de Suecia, y a todos los Estados Parte, le corresponde:

“(…) la obligación de evitar que hechos similares se repitan en el futuro, en particular velando por que la legislación y el modo en que los tribunales nacionales la apliquen sean acordes con la obligación del Estado parte de asegurar que la legislación no 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 de las personas con discapacidad.”¹⁴⁵

¹⁴³ *Ibíd.* Párr. 8.8.

¹⁴⁴ Cfr. *Ibíd.* Párr. 8.9.

¹⁴⁵ *Ibíd.* Párr. 9.2.

- Caso Nyusti y Takács vs Hungría 1/2010.¹⁴⁶

En este caso, los autores de la comunicación, dos personas con discapacidad visual, se presentan ante el Comité debido a la situación que genera la falta de ajustes razonables en la red de cajeros automáticos que funciona en Hungría. Los afectados afirman que la empresa que presta el servicio actúa en forma discriminatoria en contra de ellos toda vez que pagan la misma suma por el servicio y sin embargo, los cajeros automáticos carecen de las características que permitan hacer uso de ellos sin necesitar que alguien les asista.

El CRPD lleva a cabo una serie de consideraciones que concluyen en que efectivamente se violaron varios derechos reconocidos en la CDPD en perjuicio de los señores Nyusti y Takács por lo que hace una serie de recomendaciones al Estado de Hungría para que cumpla con su obligación de garantizar los derechos y hacer las adecuaciones necesarias para que su legislación y las prácticas no impidan el ejercicio de los mismos.¹⁴⁷

¹⁴⁶ CRPD. Caso Nyusti y Takács vs Hungría. Comunicación 1/2010, CRPD/C/9/D/1/2010 (2013).

¹⁴⁷ 1. En relación con los autores: el Estado parte tiene la obligación de poner remedio a la falta de accesibilidad de los autores a los servicios de tarjeta bancaria prestados por los cajeros automáticos de OTP. El Estado parte también debe ofrecer una indemnización adecuada a los autores por las costas en que hayan incurrido en el procedimiento interno y por los costos incurridos para la presentación de esta comunicación.

2. De carácter general: el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan infracciones similares en el futuro, entre otras cosas:

a) Estableciendo normas mínimas sobre la accesibilidad de los servicios bancarios prestados por entidades financieras privadas para las personas con discapacidad visual y de otro tipo. El Comité recomienda al Estado parte que cree un marco legislativo con criterios de referencia concretos, de obligado cumplimiento y con plazos determinados para supervisar y evaluar la modificación y adaptación graduales por las entidades financieras privadas de sus servicios bancarios inaccesibles a fin de hacerlos accesibles. El Estado parte también debe velar por que todos los nuevos cajeros automáticos que se adquieran y demás servicios bancarios sean plenamente accesibles para las personas con discapacidad.

b) Impartiendo formación adecuada y periódica sobre el ámbito de aplicación de la Convención y su Protocolo facultativo a los jueces y otros funcionarios judiciales para que resuelvan las causas teniendo en cuenta la discapacidad.

c) Velando por que su legislación y el modo en que los tribunales nacionales la aplican sean acordes con la obligación del Estado parte de asegurar que la legislación no 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 de las personas con discapacidad.

- Caso S.C. vs Brasil 10/2013

En el presente caso, a pesar de que la comunicación fue desestimada, el CRPD ha fijado criterios muy importantes que deben ser tomados en cuenta. Respecto al concepto de discapacidad, el Comité determinó lo siguiente:

“El Comité considera que la diferencia entre enfermedad y discapacidad es una diferencia de grado y no una diferencia de carácter. Un problema de salud que en un principio se considera una enfermedad puede convertirse en una deficiencia en el contexto de la discapacidad a consecuencia de su duración o su carácter crónico. Un modelo de discapacidad basado en los derechos humanos exige tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad (considerando i) del preámbulo) y la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno (considerando e) del preámbulo).”¹⁴⁸

Por otro lado, en su pronunciamiento, al revisar el tema de la discriminación por motivo de discapacidad, el CRPD determinó:

“(…) que la discriminación puede ser consecuencia del efecto discriminatorio de una norma o medida aparentemente neutral o carente de la intención de discriminar pero que afecta desproporcionadamente a las personas con discapacidad.”¹⁴⁹

3.2 Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

3.2.1 Instrumentos de protección general.

Dentro del sistema regional de protección de los derechos humanos, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”* (CADH), no hace una referencia directa a las personas con discapacidad, sin embargo, se usa, como en otros tratados, la fórmula de “cualquier otra condición social” como prohibición para limitar los derechos y libertades reconocidos en ella. Por su parte, el *Protocolo adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

¹⁴⁸ CRPD. Caso S.C. vs Brasil, comunicación 10/2013, CRPD/C/12/D/10/2013 (2014). Párr. 6.3.

¹⁴⁹ *Ibíd.* Párr. 6.4.

“*Protocolo de San Salvador*”, incluye la cláusula general de no discriminación y en varias normas que se refieren a derechos de personas con discapacidad¹⁵⁰.

En la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belém do Pará”* reconoce en el artículo 9 que la discapacidad es un elemento de vulnerabilidad a la violencia contra las mujeres que debe ser tomado en cuenta por los Estados para la adopción de medidas destinadas a hacer efectivo el contenido de la Convención.

A nivel regional son de vital importancia los criterios asentados por la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH), los cuales, han servido para desarrollar el modelo social dentro del Sistema Interamericano. De acuerdo con Banfi Vique y Galván Puente, en el caso de *Víctor Rosario Congo vs Ecuador* fue el primer informe de fondo en el que la Comisión se refirió al tema¹⁵¹.

Un rasgo importante de este informe es que la CIDH se refiere a los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de Naciones Unidas como “el estándar más completo sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental a nivel internacional”¹⁵² e interpretó las garantías contenidas en el artículo 5 de la CADH a la luz de los mismos.¹⁵³ En otros casos, la Comisión se ha manifestado en contra de la aplicación de la pena de muerte a personas

¹⁵⁰ Artículo 6.2 Derecho al trabajo; artículo 9.1 Derecho a la seguridad social; artículo 13.3 “e” Derecho a la educación; artículo 18 Protección de minusválidos.

¹⁵¹ Banfi Vique, Analía y Galván Puente, Sofía. Los derechos de las personas con discapacidad y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Revista Latinoamericana de Derecho Internacional. Argentina, 2014. Disponible en: www.revistaladi.com.ar/numero1-banfi-galvan/, fecha de la consulta: 06 de julio de 2016.

¹⁵² “Los Principios de la ONU para la Protección de los Enfermos Mentales son considerados el estándar más completo sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental a nivel internacional. Estos Principios constituyen una guía para los Estados en la tarea de delinear y/o reformar los sistemas de salud mental y son de suma utilidad al momento de evaluar las prácticas en los sistemas vigentes. Según establece el *Principio de Salud Mental* 23 cada Estado debe “adoptar las medidas [...] de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo o de otra índole...” que sean necesarias para hacerlos efectivos.” CIDH. Informe 63/99, caso Víctor Rosario Congo, Ecuador, 13 de abril de 1999. Nota al pie número 8. Párr. 54.

¹⁵³ Cfr. *Ibíd.* Párr. 54.

con algún tipo de discapacidad, de particular importancia es el caso *Tamayo Arias* en el que por primera vez se hace una distinción entre discapacidad mental e intelectual.

En el informe de solución amistosa del caso de *María Soledad Cisternas Reyes vs Chile*, las partes llegaron a un acuerdo que incluyó el compromiso del Estado de revisar su legislación en materia de transporte aéreo de pasajeros y compatibilizarla con los estándares internacionales de derechos humanos de las personas con discapacidad¹⁵⁴. Finalmente, a través de medidas cautelares, la Comisión también se ha manifestado a favor de la ampliación de la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Tal es el caso de las medidas cautelares dictadas a favor de las personas con discapacidad

¹⁵⁴ “**Solución amistosa**”. En Santiago, a 11 de diciembre de 2003, **COMPARECEN**: Doña María Soledad Cisternas Reyes, Chilena, Casada, Abogada, [...] ¹⁵⁴, denunciante ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 12.232, y, por el Estado de Chile, la Ministra de Relaciones Exteriores, Sra. María Soledad Alvear Valenzuela, la Ministra de Defensa Nacional, Sra. Michelle Bachelet Jeria y el Ministro Secretario General de Gobierno, Sr. Francisco Vidal Salinas, domiciliados para estos efectos en Catedral 1158, Santiago, en adelante Las Partes, quienes, habiendo realizado un estudio de los antecedentes del Caso antes mencionado, relativo a limitaciones que afectan el tráfico aéreo de personas con discapacidad, han llegado al siguiente avenimiento, que se presenta como “Bases de Acuerdo” entre las Partes para dar por solucionada esta controversia: **PRIMERO**: Con ocasión de la situación que afectó a doña María Soledad Cisternas Reyes en virtud de las exigencias planteadas para su traslado aéreo desde la ciudad de Santiago de Chile a la ciudad de Montevideo, Uruguay, en Octubre del año 1998, fundamentada por la compañía aérea aludida en las acciones judiciales ejercidas por la Sra. Cisternas en la discapacidad visual que le afecta, ésta recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, a fin de poner su caso en conocimiento de este cuerpo colegiado. **SEGUNDO**: Siendo la intención de Las Partes contribuir a la progresiva integración social de las personas con discapacidad, especialmente teniendo en cuenta la ley 19.284 del año 1994 y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA, ratificada por el Estado de Chile en Febrero del año 2002, acuerdan lo siguiente: a) Doña María Soledad Cisternas ha sido invitada y se encuentra participando en los trabajos del Comité de Estudios establecido en la Dirección General de Aeronáutica Civil encargado de revisar, actualizar y perfeccionar la normativa relativa al transporte aéreo de personas que tengan diversas discapacidades, con el objeto de que la Sra. Cisternas pueda colaborar como experta con sus conocimientos y experiencia académica en el área de “colectivos vulnerables”, b) Las Partes efectuarán una amplia difusión de las normas que permiten el adecuado transporte aéreo de personas con discapacidad, entre los distintos transportadores, organismos públicos y privados, así como entre el público en general, contando para la realización de dicha campaña con la colaboración de la División de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno, por medio de su Programa Tolerancia y No Discriminación. **TERCERO**: En mérito de las presentes “Bases de Acuerdo”, que constituyen un avenimiento, Las Partes otorgan el más amplio y completo finiquito de sus solicitudes, declarando íntegramente solucionada la controversia en referencia y solicitando a la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos tomar debida nota de lo expuesto, consignando lo pertinente en el Informe de Solución Amistosa correspondiente.

internas en el Hospital Neuropsiquiátrico de Paraguay en el año 2003¹⁵⁵ y de otorgadas a favor de los 334 pacientes del Hospital Federico Mora en Guatemala en el año 2012¹⁵⁶.

¹⁵⁵ El 17 de diciembre de 2003 la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de los pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico. La información disponible describe las condiciones sanitarias y de seguridad en dicho hospital como inhumanas y degradantes y como una amenaza a la integridad física, mental y moral de los pacientes. La información recibida llama la atención sobre instancias en las cuales pacientes allí internadas habrían sido víctimas de violación con resultado de embarazo. Se indica también que en sus instalaciones se mantenía a niños y niñas internados junto a adultos. En este contexto se señala que los jóvenes Jorge Bernal y Julio César Rotela de 18 y 17 años, respectivamente, habrían permanecido internados por más de cuatro años en diminutas celdas de aislamiento, desnudos y sin acceso a los sanitarios. En vista del riesgo para los beneficiarios, la Comisión solicitó al Estado paraguayo la adopción de medidas para proteger la vida y la integridad física, mental y moral de Jorge Bernal, Julio César Rotela y de los 458 pacientes internados en el Hospital Neuropsiquiátrico de Paraguay, incluyendo la elaboración de un diagnóstico médico de su situación, con especial atención a la situación de mujeres y niños. Solicitó asimismo restringir el uso de celdas de aislamiento a las situaciones y bajo las condiciones establecidas en los parámetros internacionales sobre la materia. En respuesta el Estado paraguayo informó que el 31 de diciembre de 2003 el señor Presidente de la República, Nicanor Duarte Frutos y el Ministro de Salud Pública y Bienestar Social, Julio César Velásquez, visitaron el hospital para enterarse de la situación. Tras la visita se procedió a intervenir el hospital, reemplazar a su director e iniciar un proceso de auditoría.

La Comisión Interamericana decidió el levantamiento de estas medidas en julio de 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/proteccion/cautelares.asp>, fecha de la consulta: 06 de julio de 2016.

¹⁵⁶ El 20 de noviembre de 2012, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de 334 pacientes del Hospital Federico Mora, en Guatemala. La solicitud de medidas cautelares alega que todas las personas internadas en el Hospital Federico Mora se encontrarían en una situación de riesgo. De acuerdo a la solicitud, los 334 pacientes allí internados, que incluiría niños y niñas, comparten el mismo espacio con personas con discapacidad mental que han sido procesados y sentenciados por diversos crímenes. La solicitud agrega que agentes de la Policía Nacional Civil y personal del Sistema Penitenciario estarían a cargo de la custodia del lugar, y utilizarían amenazas, hostigamientos y actos de violencia en contra de los pacientes. La información presentada a la CIDH indica que existirían abusos físicos y sexuales contra mujeres y niños, que se habría negado asistencia médica adecuada a los pacientes y que se estaría proporcionando tratamiento psiquiátrico no apto para sus patologías. Asimismo, se informó que algunos pacientes estarían encerrados en cuartos de aislamiento, y que existiría la práctica de amarrar a pacientes a sillas, entre otras alegaciones. La CIDH solicitó al Gobierno de Guatemala que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de las personas internadas en el Hospital Federico Mora; en particular, proporcionar el tratamiento médico adecuado a los internos, de acuerdo a las patologías propias de cada persona; asegurar la separación de los niños de los adultos, procurando medidas especiales, a la luz del principio del interés superior del niño; separar a los internos procesados y sentenciados, quienes están bajo orden judicial de privación de libertad, de los demás pacientes del hospital, y que la tutela de éstos sea proporcionada por personal del hospital no armado; restringir el uso de cuartos de aislamiento a las situaciones y bajo las condiciones establecidas en los estándares internacionales sobre personas con discapacidad mental; implementar medidas de prevención inmediatas orientadas a que todos los pacientes, en particular mujeres y niños, no sean objeto de actos de violencia física, psicológica y sexual por parte de otros pacientes, agentes de seguridad o funcionarios del hospital. Asimismo, la CIDH solicitó al Estado de Guatemala que concierte las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes. En este sentido, la CIDH informó al Gobierno que considera necesario que, de común acuerdo, las partes presenten un cronograma para la implementación de las presentes medidas cautelares, después de haber realizado la primera reunión de concertación de las medidas cautelares. Finalmente, la CIDH solicitó al Gobierno que informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de estas medidas cautelares.

Otra de las fuentes de derecho del sistema regional es la jurisprudencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, la cual ha sido, a lo largo de los años, una herramienta fundamental para determinar el contenido de los derechos reconocidos en la CADH y propiciar su desarrollo y evolución atendiendo a casos concretos. En cuanto a la discapacidad, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse en varios casos sobre la situación en la que quienes la tienen deben ser tratados dentro de las instituciones públicas o privadas.

Es de particular importancia para este trabajo la sentencia dictada dentro del caso *Ximenes Lopes vs Brasil de 2006*¹⁵⁷, en la cual, el tribunal interamericano se pronunció por primera vez respecto a las personas con discapacidad mental, en el fallo, la Corte estableció que las personas con discapacidad mental son particularmente vulnerables en los tratamientos de salud y que esta vulnerabilidad se ve aumentada cuando son ingresadas en instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esta situación se debe al “desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de enfermedades psíquicas”¹⁵⁸.

Asimismo, la Corte Interamericana manifestó que todos los tratamientos que se brindan a las personas con discapacidad mental deben tener como finalidad el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad humana, lo cual se traduce “en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y la autonomía de las personas”¹⁵⁹. En esa misma sentencia la Corte sienta un precedente muy importante y que refleja la adopción del modelo social o de derechos humanos en el Sistema Interamericano: “la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Medidas Cautelares. MC 370/12. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>, fecha de la consulta: 06 de julio de 2016.

¹⁵⁷ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio De 2006. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf, fecha de la consulta: 12 de junio de 2016.

¹⁵⁸ *Ibíd.* Párr. 129.

¹⁵⁹ *Ibíd.* Párr. 130.

padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades”¹⁶⁰.

El caso *Furlán y Familiares vs Argentina de 2012*¹⁶¹, es el primero en el que la Corte emite una sentencia que implica a una persona con discapacidad después de la entrada en vigor de la CDPD. En este fallo, el tribunal adopta la CDPD como parte del *corpus iuris* interamericano y resalta que el sistema regional ha manifestado que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos y libertades fundamentales que otras personas los cuales dimanar de la dignidad e igualdad que le son inherentes a todo ser humano. Además, la Corte adopta y define el modelo social afirmando 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”¹⁶².

3.2.2 Instrumento de protección específica.

Dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos existe un único instrumento de protección específica para las personas con discapacidad y es la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* (CIPCD) que fue adoptada en 1999, varios años antes que la CDPD por lo que su contenido no está completamente armonizado con el modelo social, sin embargo, en el caso *Furlán y Familiares vs Argentina*, citado arriba, la Corte Interamericana manifestó que este instrumento, al igual que la CDPD desarrollan el modelo social y adoptó un principio hermenéutico que permite la interpretación y la aplicación que más favorezca el desarrollo del reconocimiento de los derechos humanos.

La CIPCD tiene la particularidad de contar con un órgano de control, el *Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* (CEDDIS), que tiene por objeto “examinar el progreso registrado en la

¹⁶⁰ *Loc. Cit.*

¹⁶¹ Corte IDH. Caso *Furlán y Familiares vs Argentina*, Sentencia de 31 de agosto De 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁶² *Ibíd.* Párr. 133.

aplicación de la Convención e intercambiar experiencias entre los Estados partes”¹⁶³, el cual emitió una observación general¹⁶⁴ en la que se actualiza lo relativo al reconocimiento como persona a la ley respecto del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la CIPCD para armonizarlo con el contenido del artículo 12 de la CDPD por ser esta una norma más garantista.

En general, puede observarse una clara tendencia a nivel internacional por establecer como parámetro para abordar el tema de la discapacidad el modelo social o de derechos humanos. Las obligaciones que resultan de los tratados internacionales de derechos humanos para los Estados redundan en un reconocimiento pleno de todos los derechos para las personas con discapacidad, para lo cual, es fundamental, realizar cambios a nivel de prácticas y actitudes, que son las que colocan a las personas con discapacidad en una situación de vulnerabilidad frente al ambiente en el que se desarrollan.

¹⁶³ Bregaglio Lazarte, Renata. La incorporación de la discapacidad en el Sistema Interamericano. Principales regulaciones y estándares post-Convención, en: Beltrão, Jane Felipe y otros (Coords.) Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2014. Pág. 121. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf, fecha de la consulta: 13 de junio de 2016.

¹⁶⁴ Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

CAPÍTULO IV

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN GUATEMALA

Como ya se ha expuesto, el modelo de derechos humanos para abordar la discapacidad propone un cambio de paradigma. Las personas deben dejar de ser objeto de la caridad y la beneficencia, para convertirse en sujetos de derecho, de todos los derechos. El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite comprender lo complicado que ha sido entender el tema de la discapacidad como parte de la diversidad humana y no como una enfermedad que disminuye la posibilidad de ser persona de quien la tiene.

Dentro de la gran gama de derechos que les son reconocidos a las personas con discapacidad, resalta uno, que es el objeto de análisis de este trabajo, el derecho a que se reconozca la capacidad jurídica. El mismo está recogido en el artículo 12 de la CDPD el cual, literalmente establece:

“Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen *capacidad jurídica* en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su *capacidad jurídica*.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la *capacidad jurídica* se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Estas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la *capacidad jurídica* respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes

periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

De la lectura del artículo citado resulta evidente que el cambio de paradigma que impone el modelo de derechos humanos, implica renunciar al criterio de “sustitución” de la voluntad de la persona con discapacidad para dar paso a uno de “apoyo”. Teniendo como base esta premisa, se analizará lo relativo a la situación de las personas con discapacidad en Guatemala en relación con el derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica.

4.1 Marco regulatorio interno de la discapacidad.

En Guatemala existe un marco regulatorio desarrollado previo a la entrada en vigor de la CDPD. Las normas que tienen que ver con la discapacidad parten, por lo menos, desde el Código Civil que entró en vigor en 1964¹⁶⁵, la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 y la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad de 1996. Esto trae consigo una carga ideológica sobre el tema que podría llegar a contrariar el modelo propuesto por la CDPD.

4.1.1 Constitución Política de la República de Guatemala.

Contiene un artículo específico sobre las personas con discapacidad:

“**Artículo 53. Minusválidos.** El Estado garantiza la protección de los minusválidos y las personas que adolecen limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su

¹⁶⁵ Art. 2178 Código Civil.

reincorporación integral a la sociedad. La ley regulará esta materia y creará los organismos técnicos y ejecutores que sean necesarios.”

Es evidente que el artículo constitucional citado parte del modelo médico, aunque hace alguna referencia a una dimensión social, en realidad no se puede concluir que la discapacidad sea considerada como algo que depende de las barreras que se les imponen a las personas con limitaciones y no de la deficiencia en sí misma. La nominación del artículo denota la plena adopción de un modelo que relaciona la deficiencia con la minusvalía y esto, trae aparejada una idea de persona incompleta, incapaz de poder valerse por sí misma.

Existe poca jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad que desarrolle el contenido de este artículo. En la sentencia del 06 de abril de 2001 dentro del expediente 917-2000, el tribunal constitucional conoció la apelación de una inconstitucionalidad en caso concreto, a través de la cual, la Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSEC), pretendía revertir una sentencia de primera instancia que declaraba inconstitucional en caso concreto la aplicación del artículo 42 de la Ley del Servicio Civil a una persona con discapacidad física, que por estar sujeta a un tratamiento médico en el extranjero, no había podido cumplir con el requisito de presentar la prueba de la persistencia de su discapacidad para poder seguir gozando de una pensión por invalidez.

Si bien la Corte de Constitucionalidad no entra a desarrollar con mucho esfuerzo el tema de la protección de los derechos de las personas con discapacidad a través del artículo 53 de la Constitución de la República, si hace una tímida declaración en la que manifiesta:

“ya que es obligación del Estado proteger a los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, por lo que no puede condenárseles a la pérdida de un derecho adquirido legalmente bajo el argumento de que no cumplió determinado requisito; máxime en el presente caso, en el que la postulante padece de una enfermedad que los propios médicos del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social diagnosticaron "irreversible", por lo que no era

necesario que presentara la certificación extendida "por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en la que se haga constar la persistencia de su invalidez".¹⁶⁶

En la misma sentencia, pueden leerse los argumentos que utilizó el juez de primer grado para resolver declarando la inconstitucionalidad en caso concreto de la aplicación de la norma citada¹⁶⁷. El planteamiento del órgano jurisdiccional de primer grado supone una mayor comprensión de la situación de una persona con discapacidad y las consecuencias que tendría la aplicación de una norma sin tomar en cuenta su situación particular, lo cual, según lo visto en el capítulo anterior, a la luz de los criterios que ha desarrollado el Comité de Derechos de Personas con Discapacidad, podría implicar un acto de discriminación. Resulta importante resaltar que el juez de primer grado fundamentó su resolución no solo en la legislación guatemalteca, sino que además, aplicó Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos como parámetro de constitucionalidad.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de Apelación de Inconstitucionalidad en Caso Concreto de fecha 06 de abril de 2001, dentro del expediente 917-2000. Guatemala.

¹⁶⁷ "...se evidencia la desproporcionada drasticidad de la sanción contenida en la ley, para el caso que nos ocupa. La razón para que el beneficiario declare periódicamente sobre su supervivencia o su invalidez, es simplemente de previsión presupuestaria. Pero la ley no debe sacrificar un derecho a la plenitud de vida por la satisfacción de una necesidad administrativa y burocrática. La pérdida definitiva de sus derechos adquiridos significa, para la minusválida, el quedarse totalmente en el desamparo, en grave situación de precariedad y por consiguiente, en disminución paulatina de su propia vida. Todo ello en contravención de los artículos constitucionales, además de los ya mencionados: 1º. que organiza al Estado para proteger a la persona y su familia; 2º. y 3º. que obligan al Estado a garantizar a los habitantes de la República (entre los que obviamente se encuentran los minusválidos), la vida (no a disminuirla mediante la asfixia económica), la libertad (no a que se le restrinja), y el desarrollo integral (no a que se le agrave tanto su estado de minusvalidez como su condición psicosomática). IV) Lo que se ha evidenciado en las consideraciones precedentes es la ausencia, en la norma legal cuestionada, para el caso concreto de la actora, del verdadero sentido de la vida humana objetivada que tanto se pondera en el contexto constitucional. Se trata de la vulneración, por imprevisión del legislador, de un derecho de naturaleza existencial. Consecuentemente, la penalización contenida en el artículo 42 del Decreto Número 63-88 del Congreso de la República, Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado, es inconstitucional, toda vez que no exceptúa, como debiera hacerlo, aquellos casos en los que por sufrir la persona de invalidez total, permanente e irreversible, no puede estar sometida a la misma rigurosidad exigida para personas que sí están en posibilidad de cumplir con los procedimientos regulares previstos en la ley para gozar del beneficio de la pensión a que tienen derecho..."

¹⁶⁸ "...I. Declarar la Inconstitucionalidad Parcial del artículo 42 de la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado, en la parte que dice: 'Se perderá definitivamente el derecho a seguir gozando del beneficio que esta ley otorga', por estar en contradicción, en el caso concreto de la Señora Argentina Perdomo Sandoval, con los artículos 1º., 2º, 3º, 44, 46, 53, 78 (último párrafo), y 94 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3º., 22 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; I y XVI de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; 4, primer párrafo, y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 18, primer párrafo, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador.

Otro caso en el que la Corte de Constitucionalidad entra a conocer la situación de las personas con discapacidad en relación a un derecho fundamental es el del expediente 2863-2006, también conocido como el “Caso Transmetro”, en el que un grupo de personas con discapacidad plantea una acción de amparo en contra de la Municipalidad de Guatemala alegando la violación a su derecho a la libertad de locomoción, toda vez que el eje 1 del proyecto, no era accesible. El tribunal constitucional guatemalteco conoció este caso en segunda instancia, debido a que la Corporación Municipal de Guatemala planteó una apelación a la sentencia dictada en primer grado.

En esta sentencia la Corte de Constitucionalidad desarrolla con mayor extensión el tema de la situación de las personas con discapacidad en relación con derechos fundamentales y, coloca el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad dentro de los derechos sociales, asumiendo con ello, una postura que fue corregida por el Comité de Derechos Humanos en la jurisprudencia que fue citada en el capítulo anterior:

“la obligación de cumplir con la normativa constitucional señalada para las personas con discapacidad deberá obedecer a las características de progresividad y gradualidad anteriormente expuestas para los derechos sociales, lo que implica la adopción de conductas que deberán implementarse con relación al transporte público.”¹⁶⁹

Hasta el momento, la Corte de Constitucionalidad no ha emitido un pronunciamiento que permita hacer el salto cualitativo para cambiar las prácticas y la legislación para entrar en el modelo social o de derechos humanos, lo cual, deviene en un problema para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo que implicaría un desconocimiento de su igual dignidad dentro de los habitantes de la República de Guatemala. Los alcances de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad tienen un especial interés en materia de derechos humanos, toda vez que la jurisdicción constitucional puede ser el vehículo idóneo para lograr la actualización de los preceptos

¹⁶⁹ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de apelación de amparo de fecha 25 de abril de 2007 dentro del expediente 2863-2006. Guatemala, 2007.

constitucionales y garantizar su plena realización dentro de la sociedad a la que están dirigidos.

Cordón Aguilar expresa en su obra “Teoría Constitucional” que la Constitución no se conforma de normas “eternas e inmutables”, aunque su naturaleza es la de ser un conjunto de normas permanentes para garantizar la continuidad, estabilidad y perdurabilidad, su contenido, “responde a la realidad dominante en el momento y el lugar de su creación, manteniendo íntima relación con las características intrínsecas de la comunidad de la que emanan.”¹⁷⁰

Si bien el modelo social o de derechos humanos quedó ‘positivado’ en la CDPD, desde la segunda mitad del siglo XX se habían venido realizando movimientos que pretendían el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos. No es viable la revisión y reforma constante de los artículos que conforman el texto constitucional, sin embargo, si es fundamental que por la naturaleza de la Constitución, los mismos puedan ser aplicables en forma congruente con la realidad en la que se está viviendo. De lo contrario, las normas corren el riesgo “de no concretizarse, de no acoplarse a la realidad, ante eventuales cambios que las tornen ineficaces.”¹⁷¹

El desarrollo que ha tenido el tema de discapacidad en el ámbito de los derechos humanos, supone una nueva visión, que al materializarse en un tratado internacional del que Guatemala es parte, debe ser asumida por el Estado que está obligado a hacer los cambios necesarios en su legislación y en sus prácticas para que el contenido de la CDPD alcance a todos los habitantes de su territorio. En estos términos, reviste una particular relevancia el trabajo de la Corte de Constitucionalidad al momento de interpretar los preceptos constitucionales para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, que como ya se ha desarrollado, cuentan con los mismos derechos que las personas que no tienen

¹⁷⁰ Cordón Aguilar, Julio César. Teoría Constitucional. Corte de Constitucionalidad. Guatemala, 2009. Pág. 6.

¹⁷¹ *Ibíd.* Pág. 7.

discapacidad, y es un error de concepto, encuadrar su desarrollo como individuos únicamente dentro del avance progresivo de los derechos sociales.

Una interpretación armónica de la Constitución y el contenido de la CDPD es viable, no solo a través de los artículos 44 y 46 del texto constitucional, sino del reconocimiento de los derechos individuales que las personas con discapacidad poseen y las obligaciones que el Estado ha asumido para con sus habitantes. En ese sentido, cabe mencionar que según la Constitución de la República, el Estado guatemalteco está organizado para proteger a la persona (Art. 1º), y es su deber garantizarle a sus habitantes la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona (Art. 2º). Asimismo reconoce el derecho a la vida, la integridad y la seguridad personales (Art. 3º) y, de especial importancia para este trabajo, que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos por lo que ninguna persona puede ser sometida a ninguna condición que menoscabe su dignidad (Art. 4º), así como la libertad para que todas las personas hagan lo que la ley no les prohíbe (Art. 5º).

A la luz de estos preceptos constitucionales, fundamentales todos ellos para el desarrollo de una protección sistemática de los derechos de las personas con discapacidad, la Corte de Constitucionalidad tiene la oportunidad de llevar a cabo una interpretación que permita reafirmar el valor de la dignidad humana como un criterio universal de calificación jurídica de la persona a la luz de los valores que la Constitución busca asegurar. En ese sentido, el contenido del artículo 53 del texto constitucional puede ser interpretado y entendido a partir del contenido de la CDPD, toda vez que, como lo afirma Cerdón Aguilar:

“Nada obsta a que una interpretación desarrollada en un período de tiempo posterior varíe el sentido que se ha dado a la norma con anterioridad, de forma que el ulterior intérprete tome en consideración aquellas condiciones de la realidad no apreciadas o no existentes en el momento anterior.”¹⁷²

¹⁷² *Ibíd.* Pág. 9.

4.1.2 Ley de Atención a las Personas con Discapacidad.

En noviembre de 1996 el Congreso de la República aprobó de urgencia nacional el decreto 135-96 que contiene la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad, el cual fue reformado por el decreto 5-2011. Cuenta con 69 artículos divididos en dos Títulos. El Título I es el más desarrollado y cuenta con IX capítulos, que contienen: I. Principios Generales; II. Obligaciones del Estado y de la sociedad civil; III. Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad; IV. Educación; V. Trabajo; VI. Salud; VII. Acceso a espacio físico y medios de transporte; VIII. Acceso a la información y comunicación; IX. Acceso a actividades culturales, deportivas y recreativas. El Título II, tiene un solo capítulo que contiene las disposiciones generales, finales y transitorias.

Si bien el contenido de la ley es un avance significativo en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, su enfoque es todavía bastante asistencialista. El hecho de que el decreto reciba por nombre ley de “atención” ya deja ver con alguna certeza su intención. Resulta importante que es un decreto que contiene varias definiciones que pueden servir como base para iniciar el proceso del reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos. El desarrollo de derechos en forma específica permite determinar con mayor precisión lo que podría ser considerado como un acto de discriminación por motivos de discapacidad. Sin embargo en lo relativo al tema que ocupa este trabajo, la capacidad jurídica, la ley mantiene un criterio de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad en la de sus tutores. Las normas que reconocen y procuran la igualdad de derechos y oportunidades para las personas con discapacidad podrían servir como un criterio general de interpretación.

4.1.3 Códigos Civil y Procesal Civil y Mercantil.

El Código Civil guatemalteco incluye varias normas que se refieren a la capacidad jurídica, la interdicción y sus efectos¹⁷³. En este punto es fundamental hacer algunas anotaciones sobre la importancia que tiene el reconocimiento de la capacidad jurídica para

¹⁷³ Código Civil: Arts. 145. 3 Anulabilidad del matrimonio; 155.14 Causales de divorcio; 273.2 Suspensión de la patria potestad.

el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República y en instrumentos internacionales.

Dentro del DIH el reconocimiento de la persona como sujeto de derechos es el punto de partida para el reconocimiento de los mismos. Al reconocimiento de derechos viene aparejada la existencia de obligaciones, las cuales, sólo pueden ser asumidas si la persona es entendida como un ente que cuenta con la aptitud para desarrollarse dentro de la sociedad.

Mariño Menéndez, citado por Bariffi, sobre este punto, señala:

Todo ordenamiento jurídico, de acuerdo con los fines que persigue y las exigencias de la comunidad que regula, contiene normas que determinan cuáles son sus sujetos y en qué medida éstos poseen capacidad jurídica y de obrar. Tal situación se da también en el ordenamiento jurídico internacional.¹⁷⁴

En el ordenamiento jurídico ordinario guatemalteco, el reconocimiento de la personalidad jurídica se da en el artículo 1º del Código Civil, el cual establece:

Artículo 1º. Personalidad. *La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.*

Tanto a nivel interno como internacional, el reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir de la subjetividad de la persona frente al ordenamiento jurídico, es un elemento indispensable para determinar la existencia de ese ente que es sujeto de derechos y obligaciones. En este punto, de acuerdo a las normas constitucionales y al artículo citado del Código Civil, el Estado de Guatemala cumple con el hecho de reconocer que todo ser vivo del género humano es una persona para efectos de su relación con y comprensión desde la estructura jurídica que es el Estado. En este punto, es oportuno recordar que desde

¹⁷⁴ Bariffi, Francisco José. El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos. Tesis Doctoral. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid. España, 2014. Pág. 303.

la óptica del modelo de derechos humanos se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos que son exigibles frente al propio Estado.¹⁷⁵

Un problema distinto nace al entrar a examinar el tema de la capacidad jurídica. De acuerdo con el Código Civil, el reconocimiento de este atributo de la personalidad no es tan general:

Artículo 8º. Capacidad. La capacidad para el *ejercicio de los derechos* civiles se adquiere por la mayoría de edad.

Artículo 9º. Incapacidad. Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, *deben* ser declarados en estado de interdicción.

Resulta sumamente interesante lo que Bariffi aporta en este sentido, al afirmar que:

Hasta tiempos recientes, las potestades relativas a las condiciones de ejercicio de los derechos (capacidad de obrar), incluso de los derechos humanos reconocidos universalmente, han sido consideradas como asuntos domésticos reservados generalmente al ámbito del derecho privado de los Estados.¹⁷⁶

Evidentemente a la luz del artículo 12 de la CDPD, como mínimo, este principio se ha visto superado, toda vez que se obliga a los Estados Partes a garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad dentro de sus territorios, con lo que “la dimensión relativa a la capacidad de obrar de la persona se encuentra alcanzada por el derecho internacional de los derechos humanos.”¹⁷⁷

Comprender la relación que existe entre el reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídicas es fundamental. De nada sirve que una persona sea titular de un derecho humano si no tiene posibilidades de realizarlo por sí misma. Esa correlación que existe entre la titularidad y el ejercicio de un derecho supone la realización del mismo, en la práctica, distinguir entre una y otro “puede vaciar de contenido real al derecho que se pretende reconocer, cuando su reclamación descansa fuera del alcance de la propia

¹⁷⁵ Cfr. *Ibíd.* Pág. 306.

¹⁷⁶ *Loc. Cit.*

¹⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 307.

persona en manos del Estado que, en muchos casos se conforma en juez y parte de la relación jurídica intersubjetiva”¹⁷⁸ que se entabla entre la persona y el poder público. Lo expuesto es comprensible con mayor facilidad al leer el segundo párrafo del artículo 9 del Código Civil, el cual establece:

La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, *incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos*; pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.¹⁷⁹

La declaratoria de interdicción es una de las formas a través de las cuales la persona pierde su capacidad jurídica, lo que representa, según el texto de la ley *incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos*, de conformidad con lo expuesto arriba, en Guatemala, por el momento, existe una diferenciación entre la titularidad y el ejercicio de los derechos, no solo de orden civil.¹⁸⁰

En este punto es importante distinguir entre la personalidad jurídica y la capacidad jurídica. Al ser declarada en estado de interdicción una persona no pierde su personalidad jurídica, eso significa que en sí misma sigue siendo titular de derechos, lo que pierde es la capacidad jurídica, es decir, la aptitud de ejercitarlos.¹⁸¹ Sobre este punto, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas opinó:

El derecho al reconocimiento de la ‘capacidad jurídica’ confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y por tanto, es un requisito previo a todos los otros derechos. El concepto de ‘capacidad jurídica’ es un concepto más amplio que lógicamente presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento

¹⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 309.

¹⁷⁹ Sobre el tema, Romero Coloma expresa: “La sentencia judicial va a tener por objeto declarar que la persona a la que se refiere no es sujeto capaz para realizar por sí misma actos o negocios con plena eficacia jurídica. En definitiva, se trata de declarar a una persona incapaz, o limitadamente capaz, para gobernarse por sí misma.”

¹⁸⁰ La Ley Electoral y de Partidos Políticos establece: **Artículo 4. Suspensión de los derechos ciudadanos.** Los derechos ciudadanos se suspenden: (...) b. Por declaratoria judicial de interdicción.

¹⁸¹ Código Civil: **Artículo 14.** Los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales.

estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones, es decir, sin asistencia o representación de un tercero (elemento dinámico). Por ello, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y el poder de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o en un sentido más general, de crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas.¹⁸²

Para ser declarada en estado de interdicción una persona debe ser sujeta a un proceso de jurisdicción voluntaria de orden civil, el cual, según el artículo 406 del Código Procesal Civil y Mercantil procede en los siguientes casos:

- a) Por enfermedad mental, congénita o adquirida, siempre que a juicio de expertos sea crónica e incurable, aunque en tal caso pueda tener remisiones más o menos completas.

¹⁸² Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad, sobre el asunto de la “capacidad jurídica”. Pág. 62. El Código Civil contiene las consecuencias de la declaratoria de interdicción para una persona en varios ámbitos de la vida cotidiana:

Artículo 145. Anulabilidad del matrimonio. Es anulable el matrimonio: (...) 3. De cualquier persona que padezca *incapacidad mental* al celebrarlo.

Artículo 155. Causas. Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio: (...) 14. La *enfermedad mental incurable* de uno de los cónyuges que sea *suficiente para declarar la interdicción*.

Artículo 252. Patria potestad en el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

Los hijos mayores de edad *permanecerán* bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.

Artículo 254. Representación del menor o incapacitado. La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado *en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios* atendiendo a su edad y condición.

Artículo 273. Suspensión. La patria potestad se pierde: (...) 2º Por *interdicción*, declarada en la misma forma (judicialmente).

Artículo 293. Casos en que procede la tutela. El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, *el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres.*

El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.

Artículo 1125. En el Registro (de la Propiedad) se inscribirán:

12. La *declaratoria judicial de interdicción* y cualquiera sentencia firme por la que se modifique la capacidad civil de las personas propietarias de derechos sujetos a inscripción o la libre disposición de bienes.

- b) Por sordomudez congénita y grave, siempre que a juicio de expertos sea incorregible o mientras el inválido no se haya rehabilitado para encontrarse en aptitud de entender y darse a entender de manera suficiente y satisfactoria.
- c) Por ceguera congénita o adquirida en la infancia, mientras el ciego no se rehabilite, hasta estar en condiciones de valerse por sí mismo.

En caso de no haber oposición el trámite para obtener la declaratoria de interdicción es bastante sencillo, en caso de haberla, se tramitará por la vía ordinaria.¹⁸³ Dentro del proceso es importante resaltar algunos puntos:

- a) Es responsabilidad de quien la solicita presentar los documentos que justifiquen su petición y ofrecer las declaraciones que correspondan.
- b) El juez debe escuchar a la persona a quien se pretende incapacitar, ya sea haciéndola comparecer al tribunal o apersonándose aquel al lugar en el que esta se encuentre.
- c) La persona a quien se pretende incapacitar debe ser sujeta a exámenes médicos practicados por al menos dos médicos distintos, uno nombrado por el solicitante y otro por el juez. En caso de desacuerdo, el juez deberá nombrar a un tercero.
- d) El juez tiene la potestad de nombrarle un tutor al presunto incapaz para que le defienda en el proceso.
- e) En todo proceso debe ser parte la Procuraduría General de la Nación, que emite un dictamen respecto a la procedencia de la declaratoria.
- f) En caso de haber oposición, el trámite debe llevarse por juicio ordinario.
- g) En caso de solicitar la rehabilitación del declarado incapaz deben practicarse las mismas diligencias, pero el dictamen médico debe referirse a:

¹⁸³ Artículos 407 al 410 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- a. Efectividad de la curación.
- b. Pronóstico en lo relativo a la posibilidad de recaídas, y,
- c. Si la recuperación ha sido completa o si quedará alguna incapacidad de manera permanente y en qué grado.

Como ya se expuso antes, dentro del proceso de declaratoria de interdicción, la participación de personal médico especializado es fundamental, puesto que es esta la base que utilizará el juzgador para emitir la resolución en la que se declare con o sin lugar la solicitud. En la resolución del proceso voluntario de interdicción 01057-2007-13133 a cargo del Oficial 3º, la Jueza Quinta de Primera Instancia de Familia del Departamento de Guatemala, citó los exámenes médicos realizados sobre la persona a quien se pretendía declarar en estado de interdicción de la siguiente manera:

IV) La Juzgadora al hacer un estudio de los autos especialmente al haberse recabado la opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación estima que las presentes diligencias deben declararse con lugar, por las siguientes razones: a) El Doctor Luis Carlos de León Zea Perito Profesional de la Medicina del Área de Psiquiatría del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala –INACIF– en su dictamen diagnosticó que (nombre omitido por el autor) padece **RETRASO MENTAL MODERADO**, esta condición clínica coloca a la señorita en una situación de vulnerabilidad por cuanto no se encuentra en el pleno uso de sus facultades mentales, además no le permite desarrollarse de forma efectiva en su medio ambiente primario necesitando de la asistencia de familiares para sobrevivir, toda vez que no ha desarrollado habilidades y destrezas necesarias para hacerse responsable por sí misma; b) asimismo, la Licenciada en Psicología Ana Judith Paxtor Mazariegos, indica que la señorita tiene un retraso mental moderado según el manual de diagnóstico CIE guión diez, edad mental de siete años de edad, manifiesta actitudes infantiles, es una persona que tiene retraimiento, tímida, el miedo lo manifiesta tocándose el pelo, poco comunicativa, incapaz de tomar decisiones, dependiente de la madre, deficiente (sic) para memorizar, presenta insomnio, poco equilibrio, tiene dificultad para ejecutar acciones.

En este punto, es fundamental recordar que la falta de capacidad jurídica no la determina el dictamen médico o psicológico, sino la resolución judicial. Es el juez, quien tomando en cuenta las opiniones científicas de los expertos correspondientes, emite una resolución

que declara a una persona en estado de interdicción o no. Dado que la declaratoria de interdicción es una cuestión de derecho y no de salud.

El proceso de declaratoria de interdicción es el reflejo del modelo médico rehabilitador por excelencia. Impone a la persona con discapacidad, no solo mental o intelectual, sino también sensorial, según se puede leer en la normativa que regula la materia, la carga de rehabilitarse para no perder la posibilidad de ejercer sus derechos. No se toma en cuenta el medio en el que se desenvuelve el individuo, que carece de condiciones que permitan que este se desarrolle integralmente dentro de la sociedad. Probablemente la institución de la interdicción, tal y como se mantiene en el ordenamiento jurídico guatemalteco, haya sido una buena vía para intentar proteger el patrimonio y la integridad física y moral de las personas con discapacidad cuando estas eran consideradas como objeto de la caridad, sin embargo, bajo el nuevo modelo, como ya se ha visto, ya no se busca la sustitución en la voluntad de la persona, sino el ofrecimiento de salvaguardias para que pueda manifestar su consentimiento o desacuerdo para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Esto queda en evidencia al consultar autores recientes que mantienen una postura de asistencialismo hacia las personas con discapacidad, se puede citar en este caso a Romero Coloma, quien expone:

...cabe afirmar que los incapaces son personas desvalidas, que han de ser protegidas tanto de sí mismas como de otras personas que puedan causarles perjuicios, al aprovecharse de su incapacidad.¹⁸⁴

Mientras que la discapacidad sea entendida como una realidad que incapacita a las personas por naturaleza y que las personas con discapacidad dependen de un cuidado y protección que las anule de la vida cotidiana, no puede hablarse de una verdadera toma de conciencia y mucho menos sobre una adopción del modelo de derechos humanos.

¹⁸⁴ Romero Coloma, Aurelia María. Capacidad, incapacidad e incapacitación. Madrid, ES: Editorial Reus, 2013. ProQuest ebrary. Pág. 13. Fecha de consulta: 08 de agosto de 2016.

Frente al desarrollo de los criterios establecidos por órganos internacionales y jurisdicciones internas en estos tiempos, no es sostenible el discurso que mantiene Romero Coloma cuando afirma:

...pese a la rudeza del término «incapacitación», en cuanto supone privar a una persona de su capacidad, no puede, en realidad, concebirse como una forma de atacar al enfermo o de sustraerle sus bienes o derechos, sino como una auténtica medida dirigida a su mejor protección y seguridad, intentando evitarle los perjuicios que para sí misma, su forma de vida, la atención de sus necesidades o, simplemente, la gestión de sus intereses patrimoniales, pudiera causarle la adopción de decisiones inadecuadas o la ausencia de iniciativa alguna por su parte cuando le convenga adoptar alguna decisión.¹⁸⁵

Lo afirmado por la autora evidencia una óptica médica sobre la discapacidad, el hecho de referirse a la persona con deficiencia como “enfermo” y la falta de confianza de primera mano en las decisiones o iniciativas que la persona pueda adoptar, pone de manifiesto el contenido discriminatorio de esta forma de entender la realidad.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español es de la opinión que:

La incapacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De aquí que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación del jurídica del discapitado (sic)... Una medida de protección como la incapacidad, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona.¹⁸⁶

El órgano jurisdiccional español reconoce la naturaleza proteccionista de una institución como la incapacidad, que equivale a la interdicción en el medio guatemalteco, la cual pierde sentido cuando se aplica una regulación abstracta y rígida.

En base a consideraciones que reconocen la autodeterminación de la persona, la Sala resolvió:

¹⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 15.

¹⁸⁶ Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sentencia del 24 de junio de 2013 dentro del expediente 1220/2012. España, 2013. Párr. 2.

Declarar que Don Camilo¹⁸⁷, es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial, la cual será complementada por un curador. (...) En lo que se refiere al patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para su administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, complementando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, evitando el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).¹⁸⁸

Interesa resaltar que la institución de la incapacitación española, se comprende únicamente dentro del ámbito de la protección de la persona, su función no es sustituir la voluntad del individuo, sino brindarle los apoyos y salvaguardas necesarios para que pueda desenvolverse en la sociedad.

Existe también un desarrollo bastante marcado respecto a la institución de la interdicción guatemalteca en cuanto a que es facultativo del juez la condición jurídica de la persona, según su criterio fundamentado en las pruebas presentadas, es el juzgador quien tiene la potestad de decidir sobre la incapacitación y los niveles que esta abarca. Esto queda en evidencia dentro de las consideraciones realizadas por el órgano jurisdiccional, en donde afirman:

El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: 1° Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2° La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.¹⁸⁹

En cualquier caso, la aplicación de la normativa que afecta el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe interpretarse a la luz de la Convención, “desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona

¹⁸⁷ Nombre real.

¹⁸⁸ *Ibíd.* Fallamos, Párr. 2.

¹⁸⁹ *Ibíd.* Párr. 2.

con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad”¹⁹⁰.

La discusión en los temas de incapacitación e interdicción no se centra en la situación médica de la persona con discapacidad, sino en la capacidad que tiene para autogobernarse y los apoyos y salvaguardas que podría necesitar. De acuerdo con los magistrados del Tribunal Supremo español:

El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de voluntad, de querer o desear algo. De ahí que algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada, es preciso admitir que, (...) en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida del autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras.¹⁹¹

Los procesos de incapacitación no deben ser rígidos, sino flexibles, porque deben adaptarse a la necesidad concreta de protección que requiere la persona que será afectada por la incapacitación. Esto debe plasmarse en una graduación de la incapacitación, la cual será tan variada como son variadas las realidades de las personas con deficiencias y el contexto social y cultural en el que se desarrollan. La resolución de incapacitación, según el tribunal español:

Debe ser un traje a la medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados (sic) actuaciones. Para lograr este traje a la medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción

¹⁹⁰ *Ibíd.* Párr. 4.

¹⁹¹ Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sentencia del 1 de julio de 2014 dentro del expediente 1365/2012. España, 2012.

clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda.¹⁹²

Siendo tan importante la determinación del grado de incapacitación en el que se encuentra la persona, es fundamental que la decisión judicial no se base únicamente en criterios médicos. La determinación de la aptitud de la persona para obrar por sí misma y actuar libremente, no es una realidad que pueda conocerse a través del diagnóstico clínico y determinar si una persona puede o no autogobernarse, si necesita o no ayudas y salvaguardas para desarrollarse en la sociedad, no es la consecuencia inmediata de una opinión médica. Es importante recordar la intención de la CDPD y lo que significa para el mundo.

La Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del convenio se conviertan en realidad.¹⁹³

En esta línea, es importante tener en cuenta que una resolución que determine la incapacidad de la persona para ejercer sus derechos debe adaptarse concretamente a la necesidad de protección de la persona afectada, para lo cual debe darse una gradación de la deficiencia y en consecuencia, obtener un “traje a la medida”.

Existe evidentemente, un grave peligro de relacionar algunos padecimientos y deficiencias con la incapacidad para ejercer los derechos. La legislación guatemalteca tiene un catálogo bastante desarrollado sobre a quienes *debe* declarárseles en estado de interdicción. Sin

¹⁹² *Loc. Cit.*

¹⁹³ Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sentencia del 7 de julio de 2014, dentro del expediente 2103/2012. España, 2014.

embargo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, orienta en ese sentido al afirmar:

Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.¹⁹⁴

La otra vía por la que una persona con discapacidad puede perder su capacidad jurídica es el internamiento involuntario en una institución de asistencia. Es el caso de quienes se encuentran reclusos en un hospital psiquiátrico o un asilo. Para esos casos, el Código Civil establece:

Artículo 308. Tutores legales. Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento.

En estos casos, en particular el de las personas que se encuentran internas en el Hospital Nacional de Salud Mental, conocido como Federico Mora, existe un grave riesgo para la integridad física y la vida de quienes están confiados plenamente a la voluntad de los directores de dicha institución y ha sido pública la denuncia de las graves violaciones a los derechos fundamentales que sufren las personas reclusas en ese lugar.¹⁹⁵

En todo caso, el efecto es el mismo. Internar a una persona en un hospital o asilo supone la pérdida de la capacidad jurídica del interno a favor del director de la institución. A diferencia de la tutela y curatela a las que se llega a través de la declaratoria de interdicción, este caso de representación legal no necesita discernimiento y crea las

¹⁹⁴ Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sentencia del 13 de mayo de 2015, dentro del expediente 846/2014. España, 2015.

¹⁹⁵ Sobre esto puede verse: “Violaciones y tortura: el infierno en el “peor hospital psiquiátrico de América”” en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/12/141205_salud_hospital_mental_guatemala_peor_amv

condiciones oportunas para que la persona pierda su libertad sin limitaciones temporales, ya que la revisión de su situación legal depende, absolutamente, de la voluntad de las autoridades del lugar en el que se encuentran recluidas. En el capítulo anterior ya se anotaron algunos criterios internacionales sobre las implicaciones y responsabilidades por el internamiento involuntario.

4.2 Observaciones finales del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad sobre Guatemala:

Recientemente el Comité de Derechos de Personas con Discapacidad, realizó el examen de país a Guatemala y formuló varias recomendaciones. Son importantes las que se refieren a la armonización de la legislación para garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en el ejercicio de todos sus derechos. Sobre el tema que ocupa a este trabajo, el Comité manifestó:

El Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas apropiadas para que todas las personas con discapacidad que se han visto privadas de su capacidad jurídica puedan ejercer todos los derechos consagrados en la Convención, como se indica en su observación general n° 1 sobre el artículo 12 de la Convención. El Comité también recomienda al Estado parte que derogue los regímenes existentes de tutela total y parcial, que eliminan o limitan la capacidad jurídica de la persona, y desarrolle sistemas de apoyo para la toma de decisiones que permitan y promuevan el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.¹⁹⁶

En el capítulo anterior se citó el criterio internacional que ha sido afirmado por el Sistema Universal e Interamericano, respecto a que la institución de la interdicción es contraria al espíritu del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Respecto a las personas institucionalizadas el Comité afirmó:

¹⁹⁶ Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el informe inicial de Guatemala. 31 de agosto de 2016. Párr. 32.

33. Al Comité le preocupa que en los casos de personas con discapacidad que siguen siendo ingresadas a una institución, se les retire de forma automática su capacidad jurídica y que el director se convierta desde ese momento en su tutor.

34. El Comité recomienda al Estado Parte a garantizar que todas las personas con discapacidad que aún siguen siendo ingresadas a cualquier institución no se vean privadas de su capacidad jurídica y a que se ponga a su disposición sistemas de apoyo para la toma de decisiones.¹⁹⁷

Se insiste nuevamente en la necesidad del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y facilitarles el acceso a sistemas de apoyo que les permitan tomar decisiones.

Evidentemente, uno de los problemas que enfrenta la situación de las personas con discapacidad en Guatemala, es que no existe un sistema de calificación que permita identificar el grado de discapacidad que pudiera representar alguna deficiencia. El sistema guatemalteco es dicotómico en ese sentido, por cuanto, al querer establecer la existencia de una deficiencia la respuesta es sí o no, y ante la respuesta afirmativa, la consecuencia es la declaratoria de interdicción. Situación que también es abordada por el Informe en los siguientes términos:

El Comité recomienda al Estado parte que defina los criterios para la valoración del grado de discapacidad de la persona en concordancia con los principios de los derechos humanos consagrados en la Convención y establezca la regulación oportuna en su legislación y políticas. Le recomienda también asegurar que todas las personas con discapacidad puedan contar de forma gratuita con la certificación de discapacidad, facilitando su valoración en las zonas rurales y remotas.¹⁹⁸

A lo largo del presente trabajo se ha venido insistiendo en la necesidad de adoptar la Convención como un cambio de paradigma en la forma de comprender la discapacidad y de establecer relaciones con las personas con deficiencias. El Comité, asume una postura bastante crítica respecto al sistema que existe actualmente para establecer la situación

¹⁹⁷ *Ibíd.* Párr. 33 y 34.

¹⁹⁸ *Ibíd.* Párr. 10.

jurídica de las personas con discapacidad respecto al ejercicio de sus derechos. En general, la legislación guatemalteca carece de armonización con el nuevo paradigma que establece la CDPD, arriba fueron citados algunas de las restricciones que resultan de la declaratoria de interdicción, que llegan, incluso, a negar el derecho al voto. El origen de estos males, de esta sistemática violación de derechos fundamentales, es mantener una postura de falso proteccionismo y caridad hacia quienes tienen alguna deficiencia, lo que permite mantener las condiciones sociales y culturales sin cambios lo que redundaría en una concepción de la discapacidad como una enfermedad o castigo, en lugar de aceptarla como parte de la diversidad humana.

Claramente, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es un concepto evolucionado, como es evolucionado el concepto de discapacidad. Insistir en la existencia de figuras como la declaratoria de interdicción y los tutores legales, atenta en contra de los criterios de promoción y reconocimiento de la dignidad humana que recoge la Convención y supone una violación a un derecho fundamental que es la puerta para el ejercicio de todos los derechos.

CAPÍTULO V

RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A lo largo del presente trabajo se han ofrecido varias formas para favorecer el acercamiento a la discapacidad como un problema que está íntimamente ligado con el Derecho. Una de las situaciones más penosas que se pueden enfrentar en estos tiempos, es seguir pensando que la discapacidad es sinónimo de minusvalía y que, por ello, las personas que la tienen deben estar sujetas a situaciones en las que su condición de personas con absoluta y total dignidad se ve reducida, condenándolas a una ciudadanía de segunda clase y privándolas de muchos de los beneficios y oportunidades que la sociedad y la humanidad han alcanzado a lo largo de la historia.

Mantener a las personas con discapacidad como un colectivo humano carente de oportunidades y sujeto a la caridad supone un verdadero desgaste para toda la sociedad. Pensar en que deban existir instituciones en las que se les tenga que encerrar de por vida para que los cuiden, negarles oportunidades de formación y capacitación que les permitan desarrollarse laboralmente, no desarrollar programas de habilitación y rehabilitación, no investigar sobre las causas de las deficiencias en las personas y las formas de prevenirlas, y otras muchas situaciones, impiden que este grupo de la población se inserte en la sociedad en igualdad de condiciones para poder integrarse de manera plena.

Es importante mantener en mente que las personas con discapacidad son, en primer lugar y ante todo, personas. El desarrollo de los modelos de abordaje de la discapacidad a lo largo de la historia, a los que se hizo referencia antes, permite entender la larga batalla que las personas con discapacidad, sus familias y otros colectivos han tenido que librar para alcanzar el reconocimiento de la dignidad humana de quienes tienen alguna o varias deficiencias. Incluso, actualmente, a más de diez años de la entrada en vigor de la CDPD, todavía se escuchan voces que pretenden desconocer la situación jurídica actual que poseen las personas con discapacidad; en Guatemala, el caso más notorio fue el del diputado Fernando Linares Beltranena, que afirmó en una reunión de jefes de bloque en

el Congreso de la República, que las personas con discapacidad constituyen “un gasto para el país”¹⁹⁹; sin embargo, existen muchos otros casos, menos sonados en los que personas con discapacidad se ven vulneradas en sus derechos fundamentales.

5.1 Análisis de constitucionalidad de los artículos 9 y 308 del Código Civil.

De acuerdo con la Corte de Constitucionalidad, la Constitución de la República y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad delimitan el campo de procedencia de la inconstitucionalidad de leyes en caso general, cuyo planteamiento se encamina a “cuestionar la compatibilidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, con el texto supremo”²⁰⁰, por lo que, ante el planteamiento de una acción de inconstitucionalidad se debe proceder a “estudiar, confrontar e interpretar las normas cuestionadas con las disposiciones constitucionales que los accionantes denuncien vulneradas”²⁰¹.

Sin embargo, la situación de posible colisión entre los artículos 9 y 308 del Código Civil con el contenido de la actual Constitución Política de la República, tiene características propias que vale la pena analizar.

El trato que reciben en Guatemala las personas con discapacidad, respecto a su capacidad jurídica, ha estado históricamente marcado por el modelo médico-rehabilitador. Por citar algunos ejemplos, puede mencionarse que el *Código Civil de la República de Guatemala de 1933*²⁰², establecía en el artículo 9º que la capacidad civil podía suspenderse por “interdicción declarada judicialmente”. Por su parte, el artículo 238 establecía: “No se

¹⁹⁹ Pocasangre, Henry Estuardo y Toc, Mynor. Diputado Fernando Linares Beltranena queda sin inmunidad por discriminación. *Prensa Libre*, 13 de diciembre de 2017, Guatemala. Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/diputado-fernando-linares-beltranena-queda-sin-inmunidad>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

²⁰⁰ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 26 de agosto de 2009, dictada dentro del expediente 2585-2009. Guatemala.

²⁰¹ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 18 de agosto de 2011, dictada dentro del expediente 522-2011. Guatemala.

²⁰² Código Civil de la República de Guatemala. Decreto legislativo número 1932 del 13 de mayo de 1932. Publicaciones de la Secretaría de estado en el Despacho de Gobernación y Justicia. Tipografía Nacional, Guatemala, 1937. Disponible en: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/27303.pdf>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

puede nombrar tutor de los locos, imbéciles y sordomudos, mayores de edad, sin que preceda la declaratoria de interdicción”.

La *Constitución de la República de Guatemala de 1956*²⁰³, que tenía una fuerte carga ideológica anticomunista, surgió de una constituyente que se integró “sin representación de la oposición y en un ambiente represivo muy cargado”²⁰⁴. Su contenido no puede catalogarse como vinculado al desarrollo de los derechos humanos y fue desarrollada absolutamente, en el tiempo en el que el modelo médico rehabilitador para abordar la discapacidad estaba en boga. Vale la pena recordar que de acuerdo con este modelo, la persona con alguna deficiencia era una enferma que debía ser curada y cuidada, de ahí se entiende que en el artículo 40 se estableciera:

En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.

Nadie puede ser sometido a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su personalidad.

El Estado protege la vida, la integridad corporal y la seguridad de la persona humana. Dará protección especial a las personas que por sus condiciones físicas o mentales se encuentren en posición de notoria desventaja.

El actual Código Civil guatemalteco fue decretado en 1963 por el general Enrique Peralta Azurdía, quien ostentaba en ese tiempo el cargo de Jefe del Gobierno de la República, amparado en la Carta Fundamental de Gobierno, que le otorgaba potestades legislativas. La norma que regula la incapacidad de las personas con discapacidad mental recoge las valoraciones del modelo médico y establece que quienes sean mayores de edad y padezcan de enfermedad mental que los prive del discernimiento “deben ser declarados en estado de interdicción”; sin embargo, esta norma va más allá de su antecedente de 1933 al establecer lo que implica declaratoria de interdicción: “incapacidad absoluta de la persona

²⁰³ Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en 2 de febrero de 1956. Disponible en: <http://www.minex.gob.gt/ADMINPORTAL/Data/DOC/20100930181956036Consti1956.VerArt.1transi.Pag49.pdf>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

²⁰⁴ García Laguardia, Jorge Mario. *Política y Constitución en Guatemala: La Constitución de 1985*. Institución del Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1994. 2ª edición. Pág. 36.

para el ejercicio de sus derechos”. Por su parte, el artículo 308 del mismo Código, establece: “Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento”.

Esta tendencia continuó en la *Constitución de la República de Guatemala de 1965*²⁰⁵, que en el artículo 85, establecía: “La maternidad, la niñez, la vejez y la invalidez serán objeto de especial protección”. Vale la pena hacer notar que esta norma introduce el término “invalidez”. Finalmente, la *Constitución Política de la República de Guatemala de 1985*, garantiza en el artículo 53 la “protección” de los “minusválidos” y de las “personas que adolecen limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales” y declara de interés nacional su “atención médico-social”. La norma constitucional vigente contiene elementos que están notoriamente relacionados con el modelo médico; sin embargo, introduce por primera vez la vocación social del modelo de abordaje.

Evidentemente, la norma del Código Civil que regula lo relativo a la incapacidad de las personas con discapacidad y la que regula la figura de los tutores legales, son previas a la entrada en vigencia de la actual Constitución y ésta, lo es respecto a la existencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Así, se configura lo que la doctrina ha denominado *inconstitucionalidad sobrevenida*, la cual tiene lugar cuando:

Una norma jurídica inicialmente constitucional deviene inconstitucional en la medida que sus enunciados contradicen los valores, principios o reglas sustantivas introducidas a la Constitución por obra del constituyente instituido o derivado o bien por el establecimiento de una nueva Carta Fundamental²⁰⁶.

²⁰⁵ Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en 15 de septiembre de 1965. Guatemala. Disponible en: <http://www.minex.gob.gt/adminportal/data/doc/20100930182101427consti1965.art.1transi.pag.65.pdf>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

²⁰⁶ Pereira-Orozco, Alberto (Coord.). Derecho Procesal Constitucional. Ediciones Pereira, Guatemala, 2015. 3ª edición. Pág. 317.

La inconstitucionalidad sobrevenida puede ser invocada, como indica el párrafo recién citado, cuando una norma que estaba revestida de constitucionalidad en el momento de su entrada en vigencia, pierde esta característica, no por haber cambiado las formalidades o las autoridades competentes para la producción legislativa, sino porque el texto constitucional vigente introduce nuevos valores, principios o normas de carácter sustantivo, que la hacen oponerse materialmente a los preceptos constitucionales evolucionados.

Para aclarar esto, es oportuno citar la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, la cual ha manifestado:

[E]n el momento histórico en que el acuerdo que se estudia fue emitido, la autoridad que lo hizo, estaba investida de facultades otorgadas por la Constitución de entonces para establecer arbitrios. Es la Constitución actual la que otorga exclusivamente al Congreso de la República la potestad de crear impuestos, arbitrios y contribuciones especiales, pero tal disposición no puede ser aplicada retroactivamente a un cuerpo legal emitido en fecha anterior, congruente con las disposiciones constitucionales vigentes en tal fecha. Esta Corte ha aceptado la inconstitucionalidad sobrevenida de normas, pero por incongruencia material, no así la referente a aspectos formales o de creación²⁰⁷.

Sobre la posibilidad de realizar el control de constitucionalidad sobre normas preexistentes a la Constitución, el tribunal constitucional ha determinado:

Éstas son normas preconstitucionales las cuales, desde luego, están sujetas al control abstracto de constitucionalidad, pues aún y cuando el inicio de su vigencia es anterior a la vigencia de la actual Constitución Política de la República, la jerarquía de este último texto puede generar en aquellas normas una inconstitucionalidad sobrevenida²⁰⁸.

Para poder determinar si existe la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de los artículos 9 y 308 del Código Civil, se propone responder dos preguntas en función de lo

²⁰⁷ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2008 dentro del expediente 63-2008. Guatemala.

²⁰⁸ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2007 dentro del expediente 541-2006. Guatemala.

que la doctrina ha determinado que pueden ser los motivos por los que una norma preconstitucional pierda vigencia: ¿Los artículos 9 y 308 del Código Civil contradicen los valores y principios que integran la Constitución Política de la República de Guatemala?; y, ¿Los artículos 9 y 308 del Código Civil contradicen alguna norma de carácter sustantivo de la Constitución Política de la República de Guatemala?

5.1.1 ¿Los artículos 9 y 308 del Código Civil contradicen los valores y principios que integran la Constitución Política de la República de Guatemala?

De acuerdo con García Laguardia, el siglo XX trajo consigo la introducción del constitucionalismo social en todo el mundo, que tiende a la “constitucionalización de los derechos sociales, la extensión de la democracia, ampliación de problemas tratados constitucionalmente y tecnificación del aparato constitucional”²⁰⁹. Si bien en Guatemala el ingreso al constitucionalismo social está marcado por la Constitución de 1945, la Constitución de 1985 recoge dentro de su texto la mayoría, si no es que todas, dependiendo de la interpretación que se haga, las características descritas por el profesor García Laguardia como identificación de este modelo constitucional, quien, al referirse a la actual Constitución guatemalteca señala que, “es totalmente legítima, producto de un cuerpo constituyente libremente electo [...] y su preocupación central es la de establecer la consagración y garantías de los Derechos Humanos, en un sistema democrático”²¹⁰.

La Corte de Constitucionalidad ha manifestado que el preámbulo de la Constitución Política “contiene una declaración de principios por lo que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto”²¹¹. De acuerdo a lo desarrollado por la Corte es importante identificar cuáles son esos principios y valores que los constituyentes plasmaron en el texto constitucional. Para García Laguardia, la intención del constituyente era abandonar los regímenes autoritarios y constituir uno democrático, en el que se respete la dignidad humana y se coloque en un lugar preferente el respeto a los derechos humanos.

²⁰⁹ García Laguardia, Jorge Mario. Breve historia constitucional de Guatemala. Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2010. Pág. 69.

²¹⁰ *Ibíd.* Pág. 100.

²¹¹ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 17 de septiembre de 1986 dentro del expediente 12-86. Guatemala.

De esa cuenta, considera que los valores superiores que informan el ordenamiento jurídico-constitucional son “la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad, la seguridad, la justicia, el bien común y la paz”²¹². Estos valores son desarrollados en los títulos I referido a “La persona humana, fines y deberes del Estado” y II, a los “Derechos humanos”.

De todos los valores citados, son de especial importancia para este trabajo la dignidad de la persona humana y la igualdad, a los cuales ya se ha hecho referencia antes y que han sido desarrollados de forma abundante por la Corte de Constitucionalidad y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que le son aplicables a Guatemala. La fórmula utilizada por el texto constitucional guatemalteco para el reconocimiento de la dignidad y los derechos supone una equiparación de todos los seres humanos en esos campos, que subsume dentro de esta situación jurídica a todas las personas, incluyendo a las que tienen alguna discapacidad. El mismo artículo 4º establece la prohibición sobre el sometimiento de cualquier persona a condiciones que menoscaben su dignidad, por lo que la incapacidad absoluta para el ejercicio de los derechos, que define a la figura de la declaratoria de interdicción y conlleva la pérdida de la potestad de decidir sobre el propio plan de vida, supone un desconocimiento de la dignidad intrínseca de las personas y por ende, una contradicción a los principios y valores que inspiran la Constitución Política de la República.

a. La primacía de la persona humana.

La base legal sobre la que se construye un Estado Constitucional de Derecho es, justamente, su Constitución. Uno de los principios que marcan el movimiento de constitucionalización del Derecho es el reconocimiento de la dignidad humana a través de los derechos fundamentales. Ningún Estado en el que se reconozca esta cualidad puede considerarse a la persona como un instrumento de algún sistema, ya sea económico, político, comercial u otro. El reconocimiento de la dignidad humana constituye un

²¹² García Laguardia. *Op. Cit.* Breve historia... Pág. 100.

compromiso por colocar a la persona en la cúspide de las prioridades del Estado, significa tener una organización política y jurídica al servicio de las personas y no al revés.

Esta opción de organización estatal implica un trabajo serio y constante en torno al concepto que le da vida a la propuesta: “persona humana”. Teniendo en cuenta que la realidad evoluciona y que el Derecho responde a esta a un ritmo menos ágil, es fundamental que las instituciones jurídicas se mantengan en constante actualización para que el avance de la técnica, la ciencia y el pensamiento no sea una herramienta para la exclusión y permita que todas las personas ocupen en lugar que en justicia les corresponde dentro de la sociedad, el de persona.

Reconocer a la persona implica hacerlo también con todos los elementos que integran su subjetividad, uno de los cuales es el proyecto de vida, que se ha positivado como un derecho en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se encuentra abarcado por el contenido de la Constitución Política de la República. Justamente, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas es una de las formas en las que el Estado limita su poder en el ámbito privado de la vida personal, para que el individuo lleve a cabo todos los actos que –estando dentro del marco de la ley- le permitan alcanzar una mayor cercanía a lo que ha llegado a soñar para sí mismo. Eliminar la capacidad jurídica de las personas implica un ejercicio abusivo del poder del Estado dentro de la vida privada, lo cual, redundando en una serie de negaciones y exclusiones que limitan el acceso a una vida digna para quien se encuentra en esa situación. La capacidad jurídica es la llave por medio de la cual el ser humano puede acceder a esa primacía que le está reconocida constitucionalmente y que es lo que impide que esa persona sea un objeto apropiable frente a cualquier tipo de poder o ideología.

En el caso específico de las personas con discapacidad, es fundamental reconocer su *status* de personas, de hecho, la progresión en el término con el que se hace referencia a este sector de la población se relaciona con la necesidad de no definir a la persona desde su condición sino de reconocer que en dicha condición se encuentra una persona. Admitir que las deficiencias que se puedan presentar a nivel físico, mental, intelectual o sensorial,

no disminuyen la condición humana de quien las tiene, representa un avance significativo en el desarrollo del reconocimiento de los derechos fundamentales y supone un hito en el intento por equiparar las condiciones y oportunidades para el desarrollo y la formación y consecución de un proyecto de vida propio.

La Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce la primacía de la persona humana colocándola como “sujeto y fin del orden social” y aunque ese apartado no contiene normas positivas en sí mismo, si ha sido considerado como una “declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto”²¹³, entendiéndose que el reconocimiento del lugar privilegiado que tiene la persona para el Estado guatemalteco no hace referencia a que el sistema esté inspirado en el individualismo y no puede considerarse vedada la actuación estatal en aquellos ámbitos en los que se considere que se debe intervenir para garantizar los principios de seguridad y justicia.²¹⁴

El reconocimiento de la primacía de la persona, tomando en cuenta la diversidad que caracteriza a la humanidad, es uno de los principios que inspiran la actual Constitución Política de la República. Si bien el constituyente, en aquel tiempo, por las limitaciones a las que pudo estar sometido por el estado en el que se encontraba el avance del trabajo en pro de la comprensión y garantía de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en este momento, a la luz de las grandes conquistas de este sector en materia de derechos humanos, no puede afirmarse que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad contravenga los principios y valores que adoptaron los legisladores constitucionales para construir la norma máxima de la República de Guatemala. Al contrario, el acatamiento de los avances y la observación de las obligaciones que ha adquirido el Estado guatemalteco en materia de derechos de las personas con discapacidad, favorece el perfeccionamiento de la organización política nacional y la vigencia de los valores que la inspiran.

²¹³ Corte de Constitucionalidad, sentencia del 17 de septiembre de 1986 dentro del expediente 12-86.

²¹⁴ Cfr. *Loc. Cit.*

b. La igualdad versus las “zonas del ser”.

Sobre la igualdad se ha dicho mucho y debe tomarse en cuenta lo que ya se ha desarrollado más arriba en lo que este principio significa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad. Si se reconoce que la persona humana es el sujeto y fin de la organización política guatemalteca, que la humanidad está marcada por una diversidad que incluye las deficiencias de diversos tipos, que las deficiencias que pueda tener alguien no son motivo para desconocer su status de persona ante la ley y ante los demás miembros de la sociedad, entonces puede entenderse que el espectro del principio de igualdad en el campo de los derechos de las personas con discapacidad tiene que ver con la oportunidad de ser tratados como iguales en una sociedad de iguales y tener acceso las mismas oportunidades en condiciones de igualdad.

Una concepción errónea de lo que es en sí misma una persona con discapacidad, es aquella que, haciendo referencia al concepto de “zonas del ser” que fue tratado antes, coloca a la persona con deficiencias debajo de la línea de lo que “es” humano, negándole con ello la posibilidad de poderse desarrollar libremente como sujeto y condenándole a vivir en la desigualdad perpetua. Lo no-humano no es “capaz” o “digno” o “estético” para acceder a lo humano. Este tipo de pensamiento que niega la humanidad de las personas con discapacidad, ha llevado a la explotación, la exclusión y el exterminio.

La igualdad de todos los seres humanos está reconocida en el artículo 4º de la Constitución guatemalteca, que establece: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.” El principio reconocido constitucionalmente tiene más que un reconocimiento científico, uno ético. Esto ha sido expresado por la Corte de Constitucionalidad de la siguiente manera:

La cláusula precitada reconoce la igualdad humana como principio fundamental, que ha sido estimado en varias resoluciones de esta Corte. Al respecto debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica. Desde esta perspectiva, la

igualdad se expresa por dos aspectos: Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del Derecho. Frecuentemente ha expresado esta Corte que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad.²¹⁵

De lo expresado por el tribunal constitucional guatemalteco se entiende que, frente a la deficiencia física, mental, sensorial o intelectual, no existe un criterio razonable para negar la igualdad de las personas. Es evidente que podrán existir situaciones en las que algunos individuos requieran de algunos servicios que les faciliten su integración a la sociedad, como lo son las salvaguardas y los ajustes razonables que, de hecho, exige la propia Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin embargo, tener como punto de partida la diferencia como criterio de desigualdad ante la ley, es atentatorio contra el principio de igualdad que reconoce la Constitución de la República y los tratados internacionales de los que Guatemala es parte.

La diferencia, entre la que se puede incluir la deficiencia, no puede ser utilizada como un argumento para negar la capacidad de una persona para ejercitar sus derechos. Ya se ha mencionado que los órganos de los tratados han hecho varios pronunciamientos en contra de figuras como la interdicción, que dependen para su existencia de la diferenciación supremacista que se hace de las personas sin deficiencias sobre las personas con deficiencias. Se ha expuesto también, que el concepto de la discapacidad es el resultado de la interacción entre la deficiencia y las barreras que impone la sociedad. En este sentido, la figura de la interdicción que se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico guatemalteco es una de las más grandes y lesivas barreras que se han impuesto a las personas con deficiencias, toda vez que las discapacita para poder desarrollarse plenamente dentro del conglomerado social en condición de personas, sujetos de derechos, iguales ante la ley.

No es posible entender la declaratoria de interdicción sino como una desventaja enorme puesta sobre los hombros de las personas con deficiencias por una sociedad que no quiere

²¹⁵ Corte de Constitucionalidad, Opinión Consultiva de fecha 04 de noviembre de 1998, dentro del expediente 482-98.

o no puede integrarlas porque no puede o no quiere verlas como seres humanos, personas con igual dignidad y valor frente a la ley, al Estado y a los particulares.

Esa “línea del ser” que se ha trazado depende exclusivamente de la sociedad, que ha asumido algunos criterios pseudocientíficos como dogmas que no pueden evolucionar. En este punto es importante recordar las obligaciones de los Estados frente a la Comunidad Internacional y sus habitantes, respecto a los tratados internacionales que adoptan. En este caso, Guatemala está obligada a llevar a cabo los cambios necesarios en su legislación y en las prácticas que hagan inviable la plena vigencia de un derecho reconocido en esos instrumentos. De esa cuenta, es también una tarea pendiente, que el Estado asuma políticas que permitan cambiar la idea de las personas con deficiencias como ciudadanos de segunda o menor categoría y logre colocarlos en una situación de igualdad y de respeto a su dignidad como seres humanos.

El mismo artículo 4º constitucional establece: “El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades.” En esta norma no puede entenderse el estado civil únicamente como la condición de una persona al estar soltera o casada. Se refiere, evidentemente, a la situación que define a la persona frente al Estado. De esa cuenta, el “estado civil” de persona con deficiencia no puede ser una justificación para vedar las oportunidades que se les brindan a todos los demás habitantes de la República de Guatemala.

c. La libertad versus la caridad.

Frente a un ser que no es considerado humano existen por lo menos dos opciones, se le vuelve objeto de exterminio o de la caridad. La caridad muchas veces es utilizada para disfrazar la intención de desconocer la capacidad de algunas personas de gobernarse a sí mismas y, en caso de no poder hacerlo, de reducirlas a objetos indignos, únicamente viables a partir del ‘sacrificio’ y la ‘abnegación’ de quienes los atienden.

El artículo 4º del texto constitucional establece: “Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad.” La caridad que suprime la

libertad del ser humano es justamente un menoscabo de la dignidad de la persona. El hecho de que exista un sistema de pensamiento instalado en un conglomerado social que fundamente su actitud y su accionar hacia otras personas en la consideración de que éstas son menos personas y que por ello necesitan de algunos “buenos” que estén dispuestos a sacrificar toda su vida para que aquellos no sufran y que puedan recibir algún tipo de cuidado -que no es lo mismo que reconocimiento-, supone que, de hecho, hay una gravísima situación en la que el filtro por el que pasa la información de las deficiencias es la lástima. Y el resultado es una respuesta que suprime completamente la libertad de los individuos para ponerlos bajo el cuidado y protección de una persona o grupo de personas que tienen dentro de sus funciones, justamente, evitar que aquellos sean libres.

La libertad que se les restringe a las personas que se convierten en ‘objeto’ de la caridad no es únicamente la de locomoción. Lo más grave es que se les veda la libertad de ser ‘sujetos’ de su propio desarrollo, de decidir por sí mismas un propio proyecto de vida, grande o pequeño, en condiciones de igualdad con todas las demás personas. A la luz de los compromisos adquiridos por el Estado guatemalteco y la prohibición constitucional que existe de someter a los seres humanos a condiciones que menoscaben su dignidad, el hecho de contar con un sistema de ‘atención’ de la discapacidad que suponga la supresión de la libertad fundamental de ser sujeto de su propio desarrollo, es contrario a los principios en los que se fundamenta el Estado.

d. La integridad personal versus la normalidad.

Uno de los mayores problemas que encuentran las personas con deficiencias es que son comprendidas en muchos espacios como ‘incompletas’, porque no son ‘normales’. Los criterios de calificación suelen ser realizados desde la comprensión de ‘normalidad’, concibiendo un cierto tipo de cuerpo y sus funciones como el estándar general al que deben someterse todos los individuos. En esa línea, lo anormal vuelve a ser identificado como no humano o humano con defecto. Los criterios normalizadores son propios de un modelo médico-asistencialista, en el que la imperfección debe ser cubierta de forma inmediata porque lo importante es alcanzar el parámetro de lo normal.

Esta tendencia puede llevar a abusos físicos en contra de las personas con discapacidad, sometiénolas a tratamientos invasivos e innecesarios que buscan corregir su situación o impedir su reproducción de forma abusiva. También es fruto de esta postura el encierro al que son sometidas muchas personas que tienen alguna deficiencia a nivel mental o intelectual. Lo anormal llama la atención y por ello, es común encontrar algunos espectáculos que se aprovechan de las deficiencias en estatura, peso o formación de las personas para obtener réditos, explotándolas en una forma de trata que es poco denunciada.

La integridad de la persona, tanto a nivel físico como mental, está protegida por el derecho y ha sido desarrollada en varios instrumentos internacionales. Asumir que ‘normalizar’ a las personas a través del ensañamiento terapéutico o explotarlas por su ‘anormalidad’ sea una realidad aceptable, es contravenir normas de derecho internacional reconocidas por el Estado de Guatemala. En muchos casos, la raíz de este problema se encuentra en el hecho que la persona, por haber sido declarada incapaz de ejercer su capacidad jurídica, no es consultada ni tomada en cuenta al momento de tomar decisiones sobre su salud e integridad, porque esta se encuentra sustituida en otra persona o institución.

Los criterios ‘normalizadores’ tienen como consecuencia la falta de oportunidad de la persona con deficiencias de ser ella misma. Se impone un modelo que debe ser adoptado por todos los individuos de para poder ser tomados en cuenta como sujetos en la sociedad. La normalización de las personas, es decir, hacer que las personas encuadren dentro de una ‘norma’ fenotípica, ha tenido consecuencias tan nefastas como el exterminio nazi y genocidios a lo largo de la historia. Lo anormal debe ser aniquilado, porque para ser humano se debe estar de acuerdo a la norma.

El artículo 3º de la Constitución guatemalteca establece: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.” No es posible proteger la vida sin garantizar la integridad y esto no es posible cuando existen criterios que pretenden valorar a las personas de conformidad con su identificación con un estereotipo predefinido y carente de objetividad.

En síntesis, existen suficientes motivos para afirmar que la negación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Guatemala está fundamentada en la falta de actualización de los criterios con los cuales se pretende integrar la sociedad. La capacidad para ejercer los derechos fundamentales es un tema de derecho constitucional, toda vez que su fuente y finalidad está reconocida en varios artículos de la ley suprema y tiene implicaciones directas en la forma en que una persona puede hacer parte de la sociedad para relacionarse con sus pares y la intensidad con al que el Estado puede ingresar en la esfera privada de su vida.

5.1.2 ¿Los artículos 9 y 308 del Código Civil contradicen alguna norma de carácter sustantivo de la Constitución Política de la República de Guatemala?

Como ya se mencionó antes, el artículo 53 de la Constitución que regula lo relativo a la discapacidad contiene dentro de su texto la invocación al modelo social. Además, se puede observar una clara evolución en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad para abordar el tema. Así en la sentencia del 06 de abril de 2001 dentro del expediente 917-2000, la Corte manifestó lo siguiente: “es obligación del Estado **proteger a los minusválidos** y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales” (el resaltado es propio); y en la sentencia de 25 de abril de 2007, dentro del expediente 2863-2006, el mismo tribunal se expresó en los siguientes términos:

Constituye un hecho público y notorio, y por tanto, carente de la necesidad de prueba, el hecho que la ciudad de Guatemala y el transporte público, en su mayoría, no cuenta con dispositivos especiales y características particulares para las **personas con discapacidad**. De esa cuenta, **la autoridad impugnada deberá considerar las necesidades de las personas con discapacidad [...] para lograr el acceso al transporte público [...]** (El resaltado es propio).

Resulta bastante claro, a la luz de lo que ya se ha expuesto en este trabajo, que la Corte de Constitucionalidad ha incluido en sus valoraciones el término que el modelo social o de derechos humanos propone para hacer referencia a este colectivo humano (personas con discapacidad), abandonando la subjetivación de un adjetivo (discapacitados); ha reconocido que la discapacidad no es un asunto que tenga exclusiva vinculación con la

persona que tiene deficiencias, sino con el medio en el que se desenvuelve por lo que exige a la autoridad impugnada tener en cuenta sus necesidades para eliminar las barreras que les impiden su desarrollo y promueve la accesibilidad.

Por otro lado, como ya se mencionó antes, el artículo 12 de la CDPD refiere al derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como personas ante la ley e incluye el reconocimiento de su capacidad jurídica, lo cual no entra en contravención con ninguna norma de rango constitucional y supone una protección más garantista que la norma de carácter ordinario contenida en los artículos 9 y 308 del Código Civil.

Sobre la aplicación de normas de tratados internacionales en materia de derechos humanos como parámetro para calificar la constitucionalidad de las leyes, la Corte de Constitucionalidad ha integrado a su jurisprudencia el concepto del bloque de constitucionalidad y lo ha definido como “un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona”²¹⁶. De esa cuenta, la Corte ha considerado que los artículos 44 y 46 de la Constitución se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad y que ésta tiene un carácter eminentemente procesal, lo que quiere decir que “determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno”²¹⁷.

En el mismo fallo, la Corte manifestó que ella era la autoridad competente, como máximo intérprete de la norma suprema, “para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos”²¹⁸ en el bloque de constitucionalidad. Hasta el momento, la Corte no se ha pronunciado sobre la pertenencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al bloque, aunque por sus características es posible que así lo considere, toda vez que ya se ha manifestado sobre la integración del bloque de

²¹⁶ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 17 de julio de 2012 dentro del expediente 1822-2011. Guatemala.

²¹⁷ *Loc. Cit.*

²¹⁸ *Loc. Cit.*

constitucionalidad por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros.

De esa cuenta, respecto al contenido del bloque de constitucionalidad, la Corte manifestó lo siguiente:

dada la figura del bloque de constitucionalidad, es de obligada observancia lo preceptuado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por estar sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta obligatoria la observancia de las sentencias emitidas por esa Corte, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte²¹⁹.

Teniendo esto en cuenta, es importante retomar lo expuesto con anterioridad en este trabajo, respecto a la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, en cuanto a que “la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades”²²⁰.

Finalmente, cabe indicar que respecto a la inconstitucionalidad sobrevenida por aplicación del bloque de constitucionalidad, la Corte ha manifestado que el control constitucional no se puede limitar por el hecho de que una norma se hubiere emitido con anterioridad a la vigencia de la Constitución,

ya que lo que se pretende evitar, en defensa de la supremacía constitucional, es la existencia de disposiciones de inferior jerarquía que contradigan –en su contenido o por omisión– la Ley Fundamental”. Además, derivado de la figura del bloque de constitucionalidad es imperativa, como se apuntó *ut supra*, la observancia no solo del texto formal de la Constitución, sino, además, de su contenido material, que se nutre continuamente, entre otros, de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, por lo que para mantener la plena vigencia de los derechos

²¹⁹ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014 dentro del expediente 3340-2013. Guatemala.

²²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, *Op. Cit.* Párr. 130.

fundamentales es necesario que el control constitucional alcance todas las normas que integran el ordenamiento jurídico, indistintamente de su vigencia pre o posconstitucional.²²¹

En consecuencia, si se toman en cuenta las normas constitucionales y convencionales y los criterios que se han expuesto hasta el momento, es dable afirmar que los artículos 9 y 308 del Código Civil contravienen normas de carácter sustantivo que están contenidas en el texto formal de la Constitución Política de la República y se integran a ella por vía del bloque de convencionalidad.

5.2 Posibles soluciones para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

El planteamiento de una acción ante la Corte de Constitucionalidad para provocar el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad de conformidad con los parámetros que establece la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos requeriría de un pronunciamiento por parte del tribunal constitucional que involucrara a varias instituciones, entre ellas al Consejo Nacional de Atención a las Personas con Discapacidad, Procuraduría General de la Nación, Procurador de los Derechos Humanos, Organismo Judicial, Congreso de la República, Ministerio de Salud, y otras que estén involucradas en el tema para generar una respuesta organizada y sistémica que permita ofrecer una solución integral al problema que representa la aplicación de la declaratoria de interdicción.

5.2.1 La acción de inconstitucionalidad general de los artículos 9 y 308 del Código Civil.

Los motivos que podrían justificar el planteamiento de una acción de inconstitucionalidad general de los artículos 9 y 308 del Código Civil fueron analizados arriba. Si bien la respuesta a un planteamiento de inconstitucionalidad general de los artículos 9 y 308 del Código Civil, podría derivar en la pérdida de vigencia de las normas y su expulsión del ordenamiento jurídico, esta no sería una verdadera solución al problema que representa la

²²¹ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2016 dentro del expediente 3438-2016. Guatemala. Pág. 13.

existencia de la institución de declaratoria de interdicción dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La permanencia dentro del ordenamiento jurídico nacional de la declaratoria de interdicción refleja la falta de compromiso del Estado guatemalteco por cumplir con las obligaciones que adquirió al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En otros casos, en los que la Corte de Constitucionalidad ha exhortado al Congreso de la República a legislar para cumplir con un mandato constitucional o convencional, se ha visto que existe reticencia por parte de este organismo del Estado para cumplir con lo recomendado por el tribunal constitucional. En consecuencia, una sentencia que declare la inconstitucionalidad de los artículos 9 y 308 del Código Civil por su incongruencia con la Constitución y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, podría redundar en un vacío legal que dejaría a una gran cantidad de personas en incertidumbre frente al Estado.

5.2.2 El pronunciamiento de una sentencia atípica como posible solución a la inactividad del Estado en materia de derechos de las personas con discapacidad.

Al igual que el contenido sustantivo de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, los alcances e implicaciones de los fallos de los tribunales constitucionales han evolucionado para garantizar la preeminencia no solo del texto formal de las constituciones, sino de su espíritu.

De por sí, la activación del control de constitucionalidad sobre las normas ordinarias que podrían estar en contradicción con el texto fundamental por inconstitucionalidad sobrevenida, es una figura relativamente novedosa, que, junto con la inconstitucionalidad por omisión, representa algún tipo de atipicidad en el planteamiento de este tipo de acciones y que se ha ido desarrollando doctrinaria y jurisprudencialmente.

En cuanto a las formas de resolución, se reconocen, dependiendo del autor, varios tipos de sentencias atípicas, las cuales podrían servir para dar una solución integral al problema

que plantea la protección de los derechos de las personas con discapacidad, particularmente en lo que respecta al reconocimiento de su capacidad jurídica.

a. Sentencias interpretativas.

En el libro *Derecho procesal constitucional*, los autores expresan que es necesario entender la diferencia que existe entre una ‘disposición legal’, que es la “fórmula textual mediante la cual la autoridad normativa expresa su mandato general”²²² y que es objeto de interpretación jurídica; y una ‘norma jurídica’ que es el “significado que se adjudica a la [disposición legal], como resultado de esa labor interpretativa”²²³; en consecuencia, de una disposición legal se pueden desprender diversas normas y una norma puede estar contenida en varias disposiciones. Teniendo en cuenta esta diferencia, el Tribunal Constitucional de Alemania desarrolló jurisprudencialmente la técnica de la ‘interpretación conforme o desde la Constitución’ según la cual “de los posibles significados –normas- deducibles de una disposición, debe elegirse la que mejor empalme con los postulados constitucionales”²²⁴.

De acuerdo con la Corte de Constitucionalidad

El principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución [...], alcanza a todos los jueces y se halla en el proceso de constitucionalidad de las leyes ya que previo a que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen respectivo tiene el deber de buscar vía interpretativa una concordancia entre dicha ley y el texto supremo²²⁵.

Cuando esta técnica es aplicada en el control de constitucionalidad normativa, priva el equilibrio de los principios democrático y de *in dubio pro legislatoris* o de conservación normativa con el de primacía constitucional y pretende “conciliar razonablemente las disposiciones legales impugnadas con los preceptos constitucionales, a través de una

²²² Pereira Orozco. *Op. Cit.* Pág. 322.

²²³ *Loc. Cit.*

²²⁴ *Ibíd.* Pág. 323.

²²⁵ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013 dictada dentro de los expedientes acumulados 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 y 2863-2011. Guatemala.

interpretación armonizadora, que evita los inconvenientes de la declaración general de inconstitucionalidad”²²⁶. En este tipo de pronunciamiento, las valoraciones realizadas por el tribunal adquieren un efecto vinculante, toda vez que la disposición denunciada “debe ser aplicada a partir de entonces con la significación y alcances ahí precisados”²²⁷ ya que es así como se considera que puede ser compatible con el bloque de constitucionalidad.

La Corte de Constitucionalidad se ha referido a este tipo de sentencias en los siguientes términos:

En función de juzgar la constitucionalidad de las leyes, la Corte de constitucionalidad debe interpretar tanto el texto o la disposición constitucional que sirve de parámetro, como el precepto infraconstitucional sometido a juicio y, si en esta labor encuentra que los preceptos impugnados pueden guardar conformidad con la Constitución, por vía de una interpretación armonizable con ésta, es viable dictar una sentencia interpretativa, de carácter eminentemente declarativo, para evitar que una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, contrario a garantizar la supremacía de la Constitución, provoque detrimento o irrealización de los derechos que están llamados a garantizarse y protegerse por la propia Ley Fundamental. La interpretación que en tal caso realiza el tribunal, vincula la futura conducta de los órganos y personas a quienes la norma se dirige y que, por ende, quedan obligados a observar el fallo en su integridad²²⁸.

En el caso de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad una sentencia interpretativa sobre los alcances de la palabra “deben” y del significado de la declaratoria de interdicción, contenidas en el artículo 9 del Código Civil, resolverían parcialmente el problema, por cuanto podrían imponer criterios más restringidos para determinar a las personas que pudieran ser declaradas en estado de interdicción y las limitaciones que esta podría contener para el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, quedaría pendiente el caso de las personas internadas en los centros de atención como hospitales y asilos.

²²⁶ *Loc. Cit.*

²²⁷ *Loc. Cit.*

²²⁸ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de 8 de enero de 2008 dentro de los expedientes acumulados 1202-2006, 1288-2006 y 1452-2007. Guatemala.

b. Sentencias exhortativas.

Estas sentencias se caracterizan porque “establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional”²²⁹. La función de este tipo de fallos es enviar exhortaciones a los órganos detentadores del poder público para que generen las disposiciones normativas que subsanen alguna laguna legal o situación que el tribunal considere que debe ser regulada. La ventaja más notoria de este tipo de fallo es que se respeta el principio de división de poderes. La Corte de Constitucionalidad ha emitido varias resoluciones exhortativas²³⁰.

En el caso que ocupa a este trabajo, una sentencia exhortativa podría generar las condiciones más adecuadas para lograr una respuesta integral al problema que enfrentan las personas que son declaradas en estado de interdicción o que son internadas en algún centro asistencial, siempre que el tribunal constitucional provoque una participación de todas las instituciones involucradas y fije un plazo a estas y al Congreso de la República para que aquellas emitan los dictámenes que correspondan y éste apruebe las nuevas disposiciones legales que correspondan.

En términos generales, la relevancia constitucional del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad radica en el pleno reconocimiento de los derechos y libertades garantizados en la Constitución de la República y en varios tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que Guatemala es parte, para un grupo de la población que ha sido históricamente discriminado. Es notorio que los avances que la humanidad ha tenido en esta materia orientan a todos los ordenamientos jurídicos a suprimir figuras como la declaratoria de interdicción y la tutela legal en el caso de las

²²⁹ Pereira-Orozco. *Op. Cit.* Pág. 326.

²³⁰ Sentencia de fecha 8 de febrero de 2011 dentro del expediente 2229-2010; sentencia de fecha 7 de febrero de 2006 dentro del expediente 2706-2006; sentencia de fecha 5 de febrero de 2009 dentro del expediente 3722-2007.

personas con discapacidad, ya que es fundamental superar la barrera social que se ha impuesto y que relaciona la deficiencia con la incapacidad absoluta en forma directa.

El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no implica abandonar a un grupo en condiciones de vulnerabilidad a su suerte, sino que supone un cambio de pensamiento en el que la voluntad no se vea sustituida, sino asistida y respetada en todo momento.

5.2.3 El control difuso de convencionalidad por parte de las autoridades nacionales.

El control difuso de convencionalidad es una innovación jurídica desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia. Si bien, se trata de una doctrina propia del derecho internacional, sus alcances e impactos dentro del derecho nacional, permiten que su fundamento y sus implicaciones jurídicas puedan ser entendidas a la luz de principios estructurales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional²³¹.

El desarrollo de esta doctrina se inició en el año 2006, aunque algunos autores consideran que parte de su argumentación de fondo se encontraba presente de forma implícita en la jurisprudencia del tribunal interamericano con anterioridad. Tello Mendoza equipara esta doctrina a la del control de constitucionalidad, en el sentido que esta tiene por objetivo establecer la supremacía de la Constitución al interior de los Estados y el control de convencionalidad busca “afianzar la hegemonía de las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos en todos aquellos países que han ratificado este tipo de instrumentos”²³². Aunque en principio esta afirmación es verdadera, el avance que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana en esta materia ha ampliado esta figura

²³¹ González Domínguez, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2017. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf>, fecha de la consulta: 06 de noviembre de 2018.

²³² Tello Mendoza, Juan Alonso. La doctrina del control de convencionalidad: Dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. *Prudentia Iuris*, 80. Universidad Católica Argentina, 2015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35042.pdf>, fecha de la consulta: 06 de noviembre de 2018.

a lo que la misma Corte ha denominado *corpus juris*²³³ y su propia jurisprudencia, ya que ostenta la interpretación última del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales.

El primer fallo en el que la Corte Interamericana se refiere al *control de convencionalidad* es el del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile del año 2006, en el que afirmó:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²³⁴ (El resaltado es propio).

En este primer momento, la Corte se enfoca en la obligación que tienen los jueces nacionales de aplicar las normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte en sus fallos. Esta exigencia encuentra su sustento en la obligación que pesa sobre los Estados de garantizar los derechos reconocidos en los tratados de los que son parte y en la idea de que la Convención Americana y las interpretaciones de ella que realiza el tribunal interamericano son de naturaleza autoejecutable, lo que implica que “tienen efecto directo sobre las autoridades nacionales”²³⁵.

²³³ Para González Domínguez, *Op. Cit.*: “La expresión *Corpus Juris Interamericano* se refiere a las fuentes del derecho aplicables en el Sistema Interamericano, como son la Convención Americana, otros tratados en materia de derechos humanos, las interpretaciones de la Corte Interamericana en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, consultiva y de supervisión, e instrumentos de *soft law* como la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”.

²³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 154, párr. 124.

²³⁵ González Domínguez. *Op. Cit.* Pág. 60.

La institución del control de convencionalidad ha ido desarrollándose jurisprudencialmente. En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* del año 2006, se estableció que el control de convencionalidad debe ser practicado de oficio por las autoridades estatales, en el marco de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes. En el caso *Boyce y otros vs. Barbados* del año 2007, se determinó que este control debía ser realizado sobre todas las normas del ordenamiento jurídico nacional, incluso de aquellas que tuvieran un rango constitucional. En el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, se manifestó que respecto a la obligación de adecuación que pesa sobre los Estados al ratificar un tratado internacional en materia de derechos humanos, los operadores de justicia tienen el deber de realizar el control de convencionalidad, y con ello, velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales. De particular importancia para este trabajo es la sentencia dictada en el caso *García y Montiel Flores vs. México* del año 2010, en el que se entendió que los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos sus niveles, están obligados a aplicar el control de convencionalidad.

Teniendo en cuenta que la Corte Interamericana ha acogido como parte del *corpus juris interamericano* la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y que la Corte de Constitucionalidad ha manifestado que la jurisprudencia del tribunal interamericano debe ser aplicada incluso cuando Guatemala no sea parte de los casos, los jueces de primera instancia de familia tienen elementos suficientes para realizar el control de convencionalidad sobre el artículo 9 del Código Civil y generar condiciones más apegadas a los estándares internacionales en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad a la hora de determinar la situación de una persona con discapacidad mental o intelectual sobre la que se solicite una declaratoria de interdicción.

Esta misma obligación pesa sobre la Procuraduría General de la Nación y el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, que en sus dictámenes deben tener en cuenta la normativa y los principios que emanan de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos para recomendar la declaratoria del estado de interdicción de una persona.

En este caso, pesaría sobre las autoridades la obligación de pronunciarse sobre los alcances y los límites de la declaratoria, evitar la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad en la figura de un tutor y nombrar a una persona que le asista en la manifestación de su voluntad, garantizar el derecho de defensa de la persona con discapacidad dentro del proceso y decretar las salvaguardas que sean necesarias para que la medida tenga como fin último y exclusivo la protección de la persona.

En cuanto al artículo 308 del Código Civil, por cuanto el cargo de tutor legal no requiere discernimiento, la obligación de realizar el control de convencionalidad recaería en los directores de los centros de asistencia y en los jueces que pudieran ordenar el internamiento forzoso de personas en algún hospital o asilo. En este caso, estas autoridades deberían tener en cuenta la temporalidad de la medida y el derecho que asiste a las personas internadas a pedir su revisión, manifestarse sobre los tratamientos que les serán aplicados y su integridad personal.

Evidentemente, la aplicación de un adecuado control de convencionalidad por parte de las autoridades nacionales supondría la revisión de procedimientos y protocolos y, eventualmente, una reforma legislativa que actualizara y armonizara la institución jurídica de la declaratoria de interdicción y otras que le son anejas como la tutela. En todo caso, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en el caso *Gelman vs. Uruguay* del año 2011, recae sobre el Poder Legislativo la obligación de crear normas que sean consistentes con el *corpus juris interamericano*.

5.2.4 La reforma legislativa

Cualquiera de las opciones que se utilice para resolver el problema redundará en la intervención del Organismo Legislativo para crear nuevas normas que regulen la situación de las personas con discapacidad frente al reconocimiento de su capacidad jurídica. Como se dijo antes, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe la obligación de crear normas que sean consistentes con el *corpus juris interamericano* y la Corte de Constitucionalidad ha manifestado la obligación que pesa

sobre las autoridades de aplicar la jurisprudencia interamericana, aunque Guatemala no haya sido parte de los casos.

Varios países han actualizado su legislación respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, armonizándola con el contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Un ejemplo cercano a este cambio de paradigma es la ley 9379 aprobada por la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, la cual desarrolla las instituciones que permitan promover y asegurar el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones del derecho a la autonomía personal de las personas con discapacidad. Para lograr el objetivo, se crean las figuras del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y la de la asistencia personal humana.²³⁶

El garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad es una persona mayor de edad que “le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones.”²³⁷ Para los casos en los que las personas con discapacidad se encuentran institucionalizadas, se establece que su garante podrá ser una persona jurídica. El asistente personal, por su parte, es una persona mayor de edad que se encuentra capacitada para brindar servicios de apoyo a las personas con discapacidad, en la realización de las actividades de la vida diaria, a cambio de una remuneración.²³⁸

En el artículo 5 la ley hace un reconocimiento oficial de la igualdad jurídica de las personas con discapacidad:

Todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica, lo que implica:

²³⁶ Cfr. Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad. Art. 1.

²³⁷ *Ibíd.* Art. 2 l.

²³⁸ *Ibíd.* Art. 2 k.

- a) El reconocimiento de su personalidad jurídica, capacidad jurídica y su capacidad de actuar.
- b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses.
- c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona.

En el mismo artículo se establece la salvaguarda para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, la cual deberá ser proporcionada y adaptada a la circunstancia de la persona. Esta salvaguarda sustituye las instituciones de la tutela y la curatela y la persona designada judicialmente para ejercer la salvaguarda es el garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad. El procedimiento establecido para la tramitación de la salvaguarda está regulado en los artículos 7 al 10. La institución sustituye la declaratoria de interdicción y desarrolla con mucha propiedad los objetivos y contenidos del artículo 12 de la CDPD.

En Argentina y Colombia se han aprobado leyes que se refieren directamente al tema de la salud mental y su tratamiento.

En Argentina la ley 26,657 contiene la Ley Nacional de Salud Mental, la que, según el artículo 1, tiene por objeto “asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional”. En el artículo 3 se reconoce la salud mental como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”. Además, en ese mismo artículo, se establece que “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”.

En el artículo 7 se reconocen los derechos de las personas con padecimiento mental, entre los cuales, para efectos de esta investigación, resaltan los siguientes:

“a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud; c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos; d) Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; h) Derecho a que en caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión; k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable.”

El Capítulo VII de la Ley se refiere a las internaciones y las cataloga como un recurso terapéutico de carácter restrictivo que “sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social” además, el artículo 15 establece que la internación “debe ser lo más breve posible”.

En cuanto a las internaciones involuntarias el artículo 20 establece que debe “concebirse como recurso terapéutico excepcional” y que sólo podrá realizarse “cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”. Esta internación voluntaria debe ser notificada a un juez competente y al órgano de revisión quienes tendrán la potestad de autorizarla, requerir informes que amplíen la información o denegarla si no verifican los supuestos necesarios.

De acuerdo con el artículo 22 la persona que hubiere sido internada involuntariamente o su representante legal tienen el derecho de nombrar un abogado y si no lo hicieren, el Estado deberá proporcionarle uno desde el momento de la internación. Este abogado se desempeñará como defensor y “podrá oponerse a la internación y solicitar la externación

en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento.”

Resulta interesante que el artículo 27 establece la prohibición de crear nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados y obliga a los ya existentes a adecuarse a los objetivos y principios que desarrolla la ley, además, en el artículo 28 se ordena que las internaciones de salud mental se realicen en hospitales generales, para lo cual estos deberán contar con los recursos necesarios, finaliza el artículo indicando que “el rechazo de la atención e pacientes, ya sea ambulatoria o de internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio.”

Como se ve, la legislación argentina sobre la salud mental y la internación en centros asistenciales busca prevenir los abusos tanto físicos como morales en contra de las personas con padecimientos mentales. El articulado reconoce los derechos que son propios de las personas con discapacidad mental respecto a su tratamiento y ante el riesgo de ser internadas, voluntaria o involuntariamente, en un centro de salud. Resulta muy importante resaltar el hecho de que exista una voluntad de extinguir los manicomios y hospitales neuropsiquiátricos y se de paso a la atención descentralizada de la salud mental a través de los hospitales generales.

En Colombia la Ley de Salud Mental está contenida en la ley 1616 del 21 de enero de 2013. Al igual que en el caso argentino la legislación se encuentra armonizada con el modelo de derechos y reconoce la salud mental como un derecho fundamental que se garantiza a través del servicio de salud pública.

En cuanto a los derechos de las personas en el ámbito de la salud mental, la Ley hace referencia a instrumentos internacionales como la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, además a la Constitución Política y la Ley General de Seguridad Social en Salud.

En el artículo 7 se establece la obligación del Ministerio de Salud y Protección Social para determinar las acciones en promoción de salud mental y prevención del trastorno mental que deban implementarse a nivel nacional. Este mismo Ministerio tendrá a la obligación, según el artículo 10, de adoptar en el marco de Atención Primaria en Salud el modelo de atención integral e integrada, los protocolos de atención y las guías de atención integral en salud mental, para lo cual deberá dar participación a los pacientes, sus familias y cuidadores y otros actores relevantes.

A diferencia de la ley argentina, la colombiana desarrolla con amplitud el derecho de los pacientes, sus familiares y las organizaciones de personas con discapacidad mental a participar en la elaboración de los planes y políticas que serán implementadas por el Estado para la prevención, tratamiento y rehabilitación de los padecimientos mentales.

En los tres casos citados la legislación presenta avances significativos en cuanto al tratamiento de la discapacidad mental e intelectual en relación con la capacidad jurídica y el internamiento en centros de asistencia. En todos los casos existe una vinculación con el modelo social o de derechos humanos, ya sea por mención expresa del mismo o por remisión a través de los principios que se proclaman. Además, se reconoce la necesidad de presumir la capacidad de las personas; de enmarcar las acciones que se tomen respecto a su capacidad jurídica dentro de las medidas de protección, adecuándolas a su situación real y actual; respetar su voluntad y autonomía y no sustituirlas en tutores; revisar con periodicidad las medidas que se dicten para su protección; promover su participación en la sociedad y en las decisiones gubernamentales que pudieran implicar una afectación a sus derechos.

La existencia de este tipo de legislaciones en la Región implican un verdadero reto para Guatemala, toda vez que, a la luz de los compromisos adquiridos se impone la obligación de tener en cuenta todas estos principios para la creación de nuevas normas, pero además, cuestionarse sobre la posibilidad de poder ir un paso adelante en función de ampliar la protección de grupos en condiciones de vulnerabilidad como las personas con discapacidad mental e intelectual.

CONCLUSIONES

- ✓ La discapacidad es un concepto compuesto. Es erróneo referirse con este término a la simple deficiencia que pueda presentar una persona a nivel físico, mental, intelectual o sensorial. La discapacidad resulta de la interacción entre la deficiencia y las barreras que impone la sociedad, en consecuencia, catalogar el tema como un asunto de índole exclusivamente médica en los procesos judiciales en los que se determinan derechos de personas con discapacidad mental e intelectual, en particular aquellos en donde se busca conseguir una declaratoria de interdicción, es fundamental que los abogados, jueces y las partes tengan en cuenta que se está ante un asunto de derecho y no solo de diagnóstico. La forma en la que el caso se presenta y el juez resuelve debe partir del hecho de que se está definiendo la condición de una persona frente a la sociedad y el poder público.

- ✓ Los órganos de los tratados y otros mecanismos internacionales de protección de los Derechos Humanos han sido contestes en afirmar la obligación que tienen los Estados de garantizar la igualdad a las personas con discapacidad dentro de sus territorios. Parte de esta igualdad es la garantía de que puedan mantener su capacidad jurídica y que se desarrollen servicios de apoyo y salvaguardas que les permitan desarrollarse accediendo a las mismas oportunidades dentro de la sociedad. Se ha mantenido el criterio de que someter a las personas con discapacidad a procesos a los que no se les realizan los ajustes necesarios para que sean accesibles y a legislación que no está adecuada a los estándares internacionales de protección de sus derechos, implica actos discriminatorios. Por lo que la legislación civil que se encuentra vigente en Guatemala, podría considerarse discriminatoria y atentatoria en contra de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, toda vez que están siendo sometidas a procesos legales y aplicándoseles legislación que carece de un enfoque social y de derechos y que asumen las deficiencias con un criterio médico-asistencialista que prefiere el encierro y el sometimiento de las personas con discapacidad a su integración en la sociedad.

- ✓ La igualdad y la dignidad de las personas con discapacidad está reconocida en la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual tiene como uno de sus principios informadores la supremacía de la persona humana. La jerarquización de las personas y su jerarquización para tener acceso al ejercicio de sus derechos, atenta en contra del ordenamiento constitucional guatemalteco y supone un impedimento para lograr la plena vigencia de la ley fundamental. El reconocimiento del derecho a gozar de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad parte de las altas aspiraciones con las que se constituyó el Estado guatemalteco al iniciar la era democrática, que incluyen la consideración de la persona como sujeto y fin del orden político y social y su reconocimiento como un ser digno, igual y libre, lo cual, en algunos casos, es negado absolutamente por una figura arcaica y anticonvencional como lo es la declaratoria de interdicción que anula a la persona frente a la sociedad, al Estado y frente a sí misma, que se dicta solo por el hecho de presentar una deficiencia a la que la sociedad no ha podido o querido asumir, como parte de la diversidad humana.

- ✓ Existe una clara contradicción entre el contenido axiológico y normativo de la Constitución Política de la República y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables a Guatemala y los artículos 9 y 308 del Código Civil. Respecto al primero en cuanto a la obligación de declarar a las personas con discapacidad en estado de interdicción y el contenido de esta figura, que implica la incapacidad absoluta para ejercer sus derechos. En cuanto al segundo, respecto a que las personas internadas en hospitales y otros tipos de lugares de aislamiento, pierden la capacidad de representarse a sí mismos y con ello, se vuelven vulnerables a una serie de abusos y atentados en contra de su integridad física y moral. Aunque existen varias posibles soluciones a este problema, resulta la más inmediata y económica que las autoridades nacionales involucradas en los procedimientos de declaratoria de interdicción e internamiento de las personas con discapacidad mental e intelectual apliquen el control de convencionalidad difuso en el marco de sus competencias y, a través de ello, se generen condiciones que

permitan la protección de las personas con discapacidad en atención a su situación real y actual, decretando salvaguardas que puedan ser, como lo desarrolló la jurisprudencia española, como “un traje a la medida” y lejos de sustituir la voluntad y autonomía de las personas, procuren la asistencia y los apoyos necesarios para que las hagan valer en la sociedad.

- ✓ La creación de nueva legislación para regular la situación de las personas con discapacidad mental e intelectual en relación con su capacidad jurídica debe estar adecuada y en concordancia con el *corpus iuris interamericano* que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana incluye la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Resulta fundamental que el Organismo Legislativo genere espacios que sean lo suficientemente abiertos y accesibles para que las personas con discapacidad, sus familiares o cuidadores y las organizaciones de personas con discapacidad participen en la creación de una normativa que les represente y que no atente contra sus derechos. Únicamente desde la voz de quienes se encuentran en condición de discapacidad o de quienes comparten con ellos la vida cotidiana, pueden tenerse criterios verdaderamente humanos y humanitarios para abordar el tema y, a través de ellos, alimentar los avances científicos y tecnológicos a los que actualmente se tiene acceso.
- ✓ Para generar una verdadera toma de conciencia sobre la discapacidad en general y la situación en la que se encuentran las personas con discapacidad mental e intelectual respecto a su capacidad jurídica en particular, es fundamental que se obtenga un pronunciamiento de parte de la Corte de Constitucionalidad en el que se manifieste con claridad que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad forma parte del bloque de constitucionalidad y que el modelo social o de derechos humanos para abordar la discapacidad es la norma de interpretación suprema para resolver asuntos, de cualquier índole, en los que se vean involucradas personas con algún tipo de discapacidad.

RECOMENDACIONES

- ✓ Profundizar el estudio de la discapacidad como fenómeno social y buscar las vías por medio de las cuales las ciencias jurídicas y sociales pueden contribuir a disolver las condiciones de desigualdad en las que se encuentran las personas con deficiencias.
- ✓ Asumir el compromiso de actualizar constantemente los conocimientos sobre los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y proponer formas legales que permitan su más amplio reconocimiento para garantizar su inclusión en condiciones de igualdad dentro de la sociedad.
- ✓ Implementar en la currícula universitaria cursos y contenidos que permitan transversalizar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad de conformidad con la legislación vigente en Guatemala.
- ✓ Realizar actividades formativas para las autoridades que participan en los procedimientos de declaratoria de interdicción e internamiento de personas con discapacidad mental e intelectual, para facilitarles las herramientas que les permitan aplicar el control difuso de convencionalidad en el marco de sus competencias.
- ✓ Promover que el Organismo Legislativo genere espacios abiertos y accesibles para la discusión del contenido que debería cubrir una nueva legislación en materia de derechos de las personas con discapacidad en general y de personas con discapacidad mental e intelectual respecto a su capacidad jurídica en particular, que permita la participación de personas con discapacidad, sus familiares y organizaciones y colectivos de y para personas con discapacidad.
- ✓ Revisar las disposiciones legales y de otra naturaleza que se relacionan con el reconocimiento, restricción o limitación de derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual para determinar si se encuentran armonizadas con los estándares de derechos humanos aplicables y, si no fuera así, iniciar las acciones legales y políticas que correspondan a efecto de lograr su armonización.

LISTADO DE REFERENCIAS

Referencias bibliográficas

Asociación Americana de Psiquiatría (APA). Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. Quinta Edición. Editorial Arlington. Estados Unidos de América, 2014.

Asociación Psiquiátrica de América Latina (APAL). Guía Latinoamericana de Diagnóstico Psiquiátrico (GLADP). Gráficos Jalisco. México, 2004.

Cordón Aguilar, Julio César. Teoría Constitucional. Corte de Constitucionalidad. Guatemala, 2009.

De Lorenzo, Rafael y Palacios, Agustina. Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional. En: Laorden, Javier (Dir.). Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Volumen I Aspectos Jurídicos. Consejo General del Poder Judicial. España, 2007.

Escribano Tortajada, Patricia. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2012. Disponible en: ProQuestebary. Fecha de la consulta: 9 de abril de 2016.

García Laguardia, Jorge Mario. Breve historia constitucional de Guatemala. Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2010.

García Laguardia, Jorge Mario. Política y Constitución en Guatemala: La Constitución de 1985. Institución del Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1994. 2ª edición.

Grosfoguel R, El concepto de «racismo» en Michel Foucault y Frantz Fanon: ¿teorizar desde la zona del ser o desde la zona del no-ser? *Tabula Rasa* 2012, páginas 79-102. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39624572006>. Fecha de la consulta: 12 de abril de 2016.

- Gutiérrez, Gustavo. Texto del sermón de Antón Montesino según Bartolomé de las Casas y comentario de Gustavo Gutiérrez. Orden de los Predicadores, 2011. Disponible en: http://www.dominicos.org/kit_upload/file/especial-montesino/Montesino-gustavo-gutierrez.pdf. Fecha de la consulta: 17 de abril de 2016.
- Jacay Munguía, Sheilah Verena. Los derechos de las personas con discapacidad. Un balance de su protección en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y en los países de la Región Andina. Comisión Andina de Juristas. Perú, 2005.
- Maldonado Ríos, Erick Mauricio. Derecho Guatemalteco de los Tratados Internacionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar. Guatemala, 2013.
- Organización Mundial de la Salud. Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud. Disponible en: <http://ais.paho.org/classifications/Chapters/>. Fecha de la consulta: 12 de abril de 2016.
- Pereira-Orozco, Alberto (Coord.). Derecho Procesal Constitucional. Ediciones Pereira, Guatemala, 2015. 3ª edición.
- Romero Coloma, Aurelia María. Capacidad, incapacidad e incapacitación. Madrid, ES: Editorial Reus, 2013. ProQuest ebrary. Pág. 13. Fecha de consulta: 08 de agosto de 2016.
- Serra, María Laura. Feminismo y discapacidad. En: Dykinson, ed. Derechos y libertades. Número 31. Dykinson. España, 2014. ProQuestebrary. Fecha de la consulta: 10 de abril de 2016.
- Superintendencia de Servicios de Salud de la República de Argentina. Clasificación Internacional de Enfermedades 10º, CIE 10º REVISIÓN. Argentina. Disponible en: http://www.sssalud.gov.ar/hospitales/archivos/cie_10_revi.pdf. Fecha de la consulta: 12 de abril de 2016.

Wagner Mota, Karin Paola. El derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones de los Estados. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar. Guatemala, 2013.

Artículos científicos.

Banfi Vique, Analía y Galván Puente, Sofía. Los derechos de las personas con discapacidad y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*. Argentina, 2014. Disponible en: www.revistaladi.com.ar/numero1-banfi-galvan/, fecha de la consulta: 06 de julio de 2016.

Bregaglio Lazarte, Renata. La incorporación de la discapacidad en el Sistema Interamericano. Principales regulaciones y estándares post-Convención, en: Beltrão, Jane Felipe y otros (Coords.) *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*. Manual. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2014. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf, fecha de la consulta: 13 de junio de 2016.

Dulitzky, Ariel. Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos. En: Martín, Claudia y otros (Comp.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Universidad Iberoamericana y Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University. México, 2004.

Egea García, Carlos y Sarabia Sánchez, Alicia. Clasificación de la OMS sobre discapacidad. *Artículos y Notas*. Disponible en: <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/art/ClasificacionesOMSDiscapacidad.pdf>. Fecha de la consulta: 9 de abril de 2016.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Pelayo Möller, Carlos María. La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte

interamericana. Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios Constitucionales*. México, 2012. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038003>> ISSN 0718-0195, fecha de la consulta: 28 de junio de 2016.

González Domínguez, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2017. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf>, fecha de la consulta: 06 de noviembre de 2018.

Lidón Heras, Leonor. Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos. *Revista Española de Discapacidad*. España, 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5569/2340-5104.01.01.03>, fecha de la consulta: 07 de junio de 2016.

Tello Mendoza, Juan Alonso. La doctrina del control de convencionalidad: Dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. *Prudentia Iuris*, 80. Universidad Católica Argentina, 2015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35042.pdf>, fecha de la consulta: 06 de noviembre de 2018.

Tesis.

Bariffi, Francisco José. El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos. Tesis Doctoral. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid. España, 2014.

Diccionarios.

Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Lengua Española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.

Artículos periodísticos.

Pocasangre, Henry Estuardo y Toc, Mynor. Diputado Fernando Linares Beltranena queda sin inmunidad por discriminación. *Prensa Libre*, 13 de diciembre de 2017, Guatemala. Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/diputado-fernando-linares-beltranena-queda-sin-inmunidad>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Rogers, Chris. “Violaciones y tortura: el infierno en el “peor hospital psiquiátrico de América””. *BBC News Mundo*. 5 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/12/141205_salud_hospital_mental_guatemala_peor_amv, fecha de la consulta: 06 de julio de 2016.

Informes científicos.

Aquino Matamoros, Héctor Mauricio. Informe de la Evaluación Psiquiátrica. Expediente 01057-2008-778 Juzgado Quinto de Familia de Guatemala. Guatemala, 2011.

De León Zea, Luis Carlos. Informe de examen psiquiátrico forense. Expediente 01057-2007-13133 Juzgado Quinto de Familia de Guatemala. Guatemala, 2008.

Referencias normativas.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Carta de la Organización de Estados Americanos.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Convención sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belém do Pará”.

Convención Interamericana Para La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra Las Personas Con Discapacidad.

Código Civil.

Código Procesal Civil.

Ley de atención a las personas con discapacidad.

Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en 2 de febrero de 1956. Disponible en: <http://www.minex.gob.gt/ADMINPORTAL/Data/DOC/20100930181956036Consti1956.VerArt,1transi.Pag49.pdf>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en 15 de septiembre de 1965. Guatemala. Disponible en: <http://www.minex.gob.gt/adminportal/data/doc/20100930182101427consti1965.art.1transi.pag.65.pdf>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Código Civil de la República de Guatemala. Decreto legislativo número 1932 del 13 de mayo de 1932. Publicaciones de la Secretaría de estado en el Despacho de Gobernación y Justicia. Tipografía Nacional, Guatemala, 1937. Disponible en: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/27303.pdf>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Jurisprudencia.

Corte de Constitucionalidad, Opinión Consultiva de fecha 04 de noviembre de 1998, dentro del expediente 482-98. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 17 de septiembre de 1986 dentro del expediente 12-86. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 8 de enero de 2008 dentro de los expedientes acumulados 1202-2006, 1288-2006 y 1452-2007. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 25 de abril de 2007 dentro del expediente 2863-2006. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 06 de abril de 2001, dentro del expediente 917-2000. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013 dictada dentro de los expedientes acumulados 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 y 2863-2011. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 17 de julio de 2012 dentro del expediente 1822-2011. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 17 de septiembre de 1986 dentro del expediente 12-86. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 18 de agosto de 2011, dictada dentro del expediente 522-2011. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014 dentro del expediente 3340-2013. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2008 dentro del expediente 63-2008. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 26 de agosto de 2009, dictada dentro del expediente 2585-2009. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2007 dentro del expediente 541-2006. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2016 dentro del expediente 3438-2016. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 17 de julio de 2012 dentro del expediente 1822-2011. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlán y Familiares vs Argentina, Sentencia de 31 de agosto De 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros vs Paraguay. Sentencia del 22 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf, fecha de la consulta: 29 de mayo de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, fecha de la consulta: 29 de mayo de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf, fecha de la consulta: 29 de mayo de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (fondo). Sentencia del 29 de julio de 1988. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, fecha de la consulta: 28 de mayo de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio De 2006. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf, fecha de la consulta: 12 de junio de 2016.

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sentencia del 1 de julio de 2014 dentro del expediente 1365/2012. España, 2012.

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sentencia del 13 de mayo de 2015, dentro del expediente 846/2014. España, 2015.

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sentencia del 24 de junio de 2013 dentro del expediente 1220/2012. España, 2013.

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sentencia del 7 de julio de 2014, dentro del expediente 2103/2012. España, 2014.

Otros precedentes.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 63/99, caso Víctor Rosario Congo, Ecuador, 13 de abril de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/proteccion/cautelares.asp>, fecha de la consulta: 06 de julio de 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Medidas Cautelares. MC 370/12. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>, fecha de la consulta: 06 de julio de 2016.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Caso H. M. vs Suecia. Comunicación 3/2011, CRPD/C/7/D/3/2011 (2012).

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Caso Nyusti y Takács vs Hungría. Comunicación 1/2010, CRPD/C/9/D/1/2010 (2013).

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Caso S.C. vs Brasil, comunicación 10/2013, CRPD/C/12/D/10/2013 (2014).

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 1 (2014), sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley CRPD/C/GC/1. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 2 (2014), sobre el artículo 9: Accesibilidad CRPD/C/GC/2. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/16/PDF/G1403316.pdf?OpenElement>, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 3 (2016), sobre las mujeres y niñas con discapacidad CRPD/C/GC/3. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 4 (2016), sobre el derecho a la educación inclusiva CRPD/C/GC/4. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/4&Lang=en, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 5 (2017), sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la

comunidad CRPD/C/GC/5. Disponible en:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/5&Lang=en, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General número 6 (2018) sobre la igualdad y no discriminación CRPD/C/GC/6. Disponible en:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en, fecha de la consulta: 24 de mayo de 2018.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el informe inicial de Guatemala. 31 de agosto de 2016.

Comité de Derechos Humanos. Bozena Fijalkowska v. Polonia, Comunicación N° 1061/2002, U.N. Doc. CCPR/C/84/D/1061/2002

Comité de Derechos Humanos. Clement Francis v. Jamaica, Comunicación No. 606/1994, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/606/1994 (1995). Párr. 4.4.

Comité de Derechos Humanos. Robert John Fardon v. Australia, Comunicación N° 1629/2007, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1629/2007 (2010). Párr. 7.3.

Comité de Derechos Humanos. Zephinah Hamilton v. Jamaica, Comunicación No. 616/1995, U.N. Doc. CCPR/C/66/D/616/1995 (1999). Párr. 3.1.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General número 9, Los derechos de los niños con discapacidad. Suiza, 2006.

Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con

Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. OEA/Ser.L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev. 1 del 4 de mayo de 2011. Disponible en: https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Comite- CEDDIS- 1er_reunion_extraord - Mayo 2011.pdf, fecha de la consulta: 07 de junio de 2016.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad, sobre el asunto de la “capacidad jurídica”.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Vigilancia y cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2010.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comité de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm>, fecha de la consulta: 07 de junio de 2016.