

El Comité del Niño y la Discapacidad: Análisis de su observación general nº9 a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dra. Leonor Lidón Heras

Delegada del CERMI para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos

Prof. Universidad Católica de Valencia, Campus Capacitas

1. Introducción

Es en 1989, con la aprobación de la *Convención sobre de los Derechos del Niño*¹ (en adelante CRC, por sus siglas en inglés), cuando se produce por partida doble la primera visibilización de la discapacidad en el sistema internacional de tratados²: tanto en la prohibición de discriminación (art. 2), como en la inclusión de un artículo específico dedicado a los niños con discapacidad (art. 23). Este artículo establece, entre otros, el derecho a una vida digna y en comunidad, y reconoce que pueden necesitar cuidados “especiales”³ y que, en la medida de lo posible, la prestación de los mismos ha de ser gratuita.

Por su parte, la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*⁴ de 2006 (en adelante CRPD por sus siglas en inglés), reconoce que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, para ello, define la discapacidad desde un modelo radicalmente nuevo, en el que separa: la deficiencia⁵ (la dimensión biológica) de la barrera (la dimensión social, ya se

¹ *Convención sobre los Derechos del Niño*, Doc. A/44/49, 1989.

² Hasta entonces se debía entender incluida en la cláusula genérica de cualquier otra condición.

³ Es objeto de discusión si al hablar de las cuestiones específicas de la personas con discapacidad se debe utilizar el término especial o específico. Desde una perspectiva connotativa lo especial parece marcar mayor diferencia que lo específico, que responde más a la idea de algo propio o característico que es distinto en sí pero que no supone una diferencia que viene marcada frente a la generalidad por la nota de especialidad. En el ámbito de Naciones Unidas, como se verá de forma más intensa en el análisis de las observaciones generales se tiende a hablar de especial. Dentro del movimiento de personas con discapacidad hay una preferencia hacia el término específico. En el presente artículo se incluye el término especial entre comillas.

⁴ *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Doc. A/61/49, 2006.

⁵ La acepción que actualmente se utiliza es discapacidad, sin embargo, al objeto del presente artículo, cuando se quiera incidir en la dimensión biológica, se hablará de deficiencia. Por otra parte, la cuestión terminológica es muy compleja en el ámbito de la discapacidad, pues es el único colectivo que es nombrado desde los límites, las carencias y el menor valor: *in-válido*;

expresen en barreras legales, interpersonales, físicas y a la comunicación). Es decir, la deficiencia ya no es una causa natural de exclusión como propugnaba el modelo médico de la discapacidad que se desentendía de la desigualdad estructural creada socialmente, sino que la deficiencia es el pilar de inclusión a través de la identificación y remoción de barreras. Otro aspecto esencial que innova la CRPD es que no reconoce derechos para a continuación moldearlos o definir excepciones, sino que los afirma y lo hace desde la igualdad de condiciones, redefiniendo así la igualdad material desde la perspectiva de la discapacidad. Por otra parte, la misma incluye consideraciones específicas sobre las niñas con discapacidad (art.6 y la necesidad de mayor aseguramiento de sus derechos), sobre las niñas y niños con discapacidad (art. 7 que reconoce su interés superior y su derecho a la libertad de expresión), y jalona el resto del texto con otras referencias a los mismos reforzando sus derechos (entre otros, art. 23 sobre el derecho a la familia, art. 24 relativo a la educación inclusiva y los ajustes razonables, art. 25 relativo a la salud, art. 30 sobre el derecho al ocio). Además, la CRPD se afirma en su parte dispositiva (art. 3) en la igualdad de condiciones y no discriminación, la autonomía, la accesibilidad, la participación e inclusión plenas y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas.

Para entender la importancia e impacto de las observaciones generales, debe tenerse en cuenta que los órganos creados en virtud de los tratados son los guardianes de las normas establecidas en las convenciones de derechos humanos, y actúan como motores que las traducen en justicia social y bienestar individual⁶. A través de las observaciones generales exponen sus puntos de vista sobre el contenido de las obligaciones contraídas por los Estados Partes⁷. Por ello, tienen el especial valor de expresar de forma dinámica las preocupaciones, prioridades, enfoques, etc. de los diferentes

minus-válido; dis-capacidad; deficiencia, etc. Lo que muestra la compleja relación entre percepción-terminología y acceso al cuerpo social y jurídico, y el largo camino hacia la inclusión y participación plena.

⁶ *Reforma de las Naciones Unidas: medidas y propuestas*, Doc. A/66/860, 26 de junio de 2012, pp. 6-7.

⁷ *Ibidem*, p. 72.

comités. Por lo que son una forma de actualizar y vivificar los tratados de derechos humanos.

El Comité de los Derechos del Niño (Comité CRC) ha elaborado dieciocho observaciones generales⁸, de las cuales una está dedicada a los niños con discapacidad y dieciséis la tratan transversalmente⁹. La única que no la incorpora es la relativa al castigo corporal, que lo trata de forma extensiva y sin incluir diferenciaciones de circunstancias entre los niños que puedan sufrir estos abusos¹⁰.

Si bien el Comité CRC ha tratado la discapacidad de forma intensa, la gran dificultad estriba en que si bien proscribe la discriminación no incluye una definición de discriminación por motivo de discapacidad. En este sentido el único Comité que sí ha abordado la discriminación por motivo de discapacidad

⁸ Listado de Observaciones generales del Comité de los Derechos del niño.

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11

⁹ General Comment No. 1: The aims of education, (twenty-sixth session), Doc. CRC/GC/2001/1, 2001; General Comment No. 2: The role of independent national human rights institutions in the promotion and protection of the rights of the child, (thirty-second session), Doc. CRC/GC/2002/2, 2002; General Comment No. 3: HIV/AIDS and the right of the child, (Thirty-second session), Doc. CRC/GC/2003/3, 2003; General Comment No. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, (thirty-third session), Doc. CRC/GC/2003/4, 2003; General Comment No. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, (thirty-fourth session), Doc. CRC/GC/2003/5, 2003; General Comment No. 6: Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, (thirty-ninth session), Doc. CRC/GC/2005/6, 2005; General Comment No. 7: Implementing child rights in early childhood, (fortieth session), Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006; General Comment No. 10: Children's rights in juvenile justice, (forty-fourth session), Doc. CRC/C/GC/10, 2007; General Comment No.11: Indigenous children and their rights under the Convention, (fifty sessions), Doc. CRC/C/GC/11, 2009; General Comment No. 12: The right of the child to be heard, (Fifty-first session), Doc. CRC/C/GC/12, 2009; General Comment No. 13: The right of the child to freedom from all forms of violence, Doc. CRC/C/GC/13, 2011; General Comment No. 14: On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, (sixty-second session), Doc. CRC/C/GC/14, 2013; General Comment No. 15: The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (Article. 24), (sixty-second session), Doc. CRC/C/GC/15, 2013; General Comment No. 16: On State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights, Doc. CRC/C/GC/16, 2013; General Comment No. 17: The right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts, (sixty-second session), Doc CRC/C/GC/1, 2013; observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, Doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 2014

¹⁰ Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 8: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia)*, (forty-second session), Doc. CRC/C/GC/8, 2006.

ha sido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general nº 5¹¹.

2. La Observación general nº9: Los derechos de los niños con discapacidad

La *Observación general nº 9*¹², relativa a los niños con discapacidad de 2006, coincide con las fases finales de aprobación de la CRPD¹³. En esta observación se analiza el artículo 2 (no discriminación) y 23 (niños con discapacidad), para a continuación apostar por la inclusión de los niños con discapacidad en la sociedad. Se inicia con una consideración sobre los factores que causan deficiencias, y la necesidad de prevenir tanto las primarias como las secundarias (par. 1), y denuncia la gravísima situación de los niños con discapacidad en el mundo, que va desde la discriminación a su homicidio (par. 3). Asume la definición de discapacidad como sumatorio de deficiencia y barrera (par. 5 y 7) que se estaba negociando en el proyecto de convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, es extraño que si bien asume que la discapacidad es la interacción entre deficiencia y barrera, no define el concepto de discriminación por razón de discapacidad, es decir, señala el efecto discapacitante de la barrera pero no lo identifica como causa de discriminación. Por otra parte, en el ámbito del binomio derechos humanos y discapacidad, la convivencia entre realidad a proteger y prevenir en un mismo plano se hace extraña.

En el análisis del artículo 2 ahonda en la situación de mayor discriminación de estos niños, y está jalonado de situaciones en las que se producen vulneración

¹¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 5: Persons with disabilities* (eleventh session), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1995, pp. 17-27

Su definición de discapacidad parte de la noción de limitación conforme al modelo médico, pues vincula la falta de acceso a derechos con la discapacidad, y en este sentido conmina a los Estados Partes a la adopción de medidas, de conformidad a sus recursos, para que estas personas puedan superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos, derivados de su discapacidad (par. 4 y 5). Sin embargo, define la discriminación por motivo de discapacidad como cualquier acto, incluida la denegación de ajustes razonables, que anule o dificulte el ejercicio de los derechos reconocidos en la CDESCR, por lo que en las medidas que se adopten deberán tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad y garantizar su acceso a la participación y a los servicios en igualdad de condiciones (par. 15)

¹² Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 9: The rights of children with disabilities*, (forty-third session), Doc. CRC/C/GC/9, 2007.

¹³ El texto fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

a través de la discriminación, y denuncia el peso de los estigmas y prejuicios (par. 8). Por ello, conmina a los Estados Partes a eliminar toda forma de discriminación mediante la adopción de normativa que la proscriba y permita denunciarla. Junto a las previsiones normativas, insta a la realización de campañas de concienciación (par. 9). Y destaca entre todas las situaciones de mayor vulnerabilidad a las niñas con discapacidad (par. 10). Precisamente, el ámbito de la concienciación tiene un artículo específico en la CRPD, que es el art. 8 relativo a la toma de conciencia, y que constituye el primer artículo del sistema internacional de tratados que traba interdependientes cómo la forma de percibir la discapacidad, incide en el reconocimiento y garantía de los derechos.

El análisis del art. 23 de la CRC es el relativo a los niños y niñas con discapacidad, y establece que el párrafo 1 es el principio rector con el que aplicar la CRC a los niños con discapacidad, que es el que se orienta a su plena inclusión en la sociedad (par. 11). Cumplir esta previsión exige prestar los apoyos y asistencia “especiales” que pueda requerir el niño con discapacidad, en particular a lo referido a educación, capacitación, servicios de salud, de rehabilitación, así como preparación para el empleo y actividades de esparcimiento (par. 13-14).

La observación incluye disposiciones generales de aplicación, a través de las que da pautas de actuación a los Estados Partes sobre medidas a adoptar, ya sean de tipo legislativo, planes de acción, etc. y en los que además determina principios generales como el de no discriminación (que no define); el del interés superior del niño; su derecho a la vida o desarrollo (par. 17-18 y 28-33). En materia de accesibilidad hace diferentes anotaciones: (a) en lo relativo a medios de comunicación recuerda la relación entre autonomía y posibilidad de acceder a los mismos; (b) con respecto a los transportes públicos y las instalaciones públicas, establece que la falta de accesibilidad es motivo de exclusión y marginación, por lo que insta a que el transporte sea accesible y en la medida de lo posible gratuito; y (c) en cuanto a las edificaciones exhorta a que sean modificadas para hacerlas lo más accesibles posibles (par. 37-40). El Comité CRC se muestra preocupado por el alto nivel de institucionalización de

estos niños (par. 47), por lo cual da pautas sobre que la misma sea absolutamente necesaria y responda al interés superior del niño. Insta a que el modelo de institución esté centrado en los derechos y en las necesidades del niño (par. 47) y anima a los Estados a establecer programas de desinstitucionalización (par. 49). El Comité CRC describe esta situación pero guarda silencio sobre las causas de la misma. Debe tenerse presente que la CRPD reconoce el derecho a la vida independiente y a vivir en comunidad, derecho que pone fin a un realidad de las personas con discapacidad y su institucionalización (art. 19).

Dentro del ámbito de la salud incluye los aspectos relativos a cuidados generales y específicos, la prevención, la detección precoz o el tratamiento coordinado (cap. VII). Entre otros aspectos reseñables expresa su preocupación por la práctica de la esterilización forzosa, especialmente en niñas con discapacidad, que viola su derecho a la integridad física (par. 60). Precisamente, la esterilización forzosa ha sido uno de los puntos de incumplimiento de la CRPD que el Comité CRPD señaló al estado español en sus observaciones finales al informe presentado por España, e instó que suprimiera la esterilización sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente¹⁴.

En cuanto al coste, al igual que para el transporte, establece que debe prestarse de forma gratuita siempre que sea posible y en el sistema general de salud (par. 52). Del texto no puede inferirse si la exhortación a la gratuidad se refiere a la prestación del servicio en general, o para el caso de los niños con discapacidad. Esta notación es importante porque este derecho se encuadra dentro de los denominados económicos, sociales y culturales de realización progresiva según la capacidad de los Estados y hasta el máximo de sus recursos, pero en todo caso siempre desde la igualdad y no discriminación, es decir, no podría defenderse que para los niños sin discapacidad el coste fuera gratuito y para los niños con discapacidad no lo fuera. En cuanto a la accesibilidad, incluye la de tipo económico y la física, e identifica que es uno de

¹⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, Doc. CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, par. 38.

los motivos que hace que los niños y niñas con discapacidad queden fuera del acceso al derecho a la salud (par. 51). Y relaciona los productos de apoyo con la capacidad funcional de los niños, que debe ser desarrollada y prestada gratuitamente cuando sea posible (par. 57).

En cuanto a la educación, además de afirmar que gozan del mismo derecho, hace una apuesta por una educación gratuita e inclusiva, pero asume que no siempre es posible (par. 66), y defiende que las escuelas no deberían tener barreras físicas ni a la comunicación (par. 65). Sin embargo, debe hacerse notar que la CRPD defiende y apuesta por la educación inclusiva (art. 24).

En lo relativo a contenidos, establece que la educación de un niño con discapacidad ha de orientarse a la potenciación de su autoestima, asegurando que el niño sienta que es respetado por los demás como ser humano sin limitación alguna de su dignidad (par.64).

Expresa con preocupación que los niños con discapacidad tienen mayor riesgo de no ser inscritos, de sufrir abusos, y de ser explotados económica y sexualmente, y que la exposición a situaciones complejas como la guerra o la condición de refugiados son causa de discapacidad (par. 35, 42 y 75-79).

En el ámbito de la justicia y en el caso de que cometan infracciones hace recomendaciones específicas en razón de su mayor vulnerabilidad (par. 74). Plantea que deben ser entrevistados utilizando un lenguaje adecuado y por profesionales capacitados (par. 74 a). Alienta a los Estados a desarrollar y aplicar medidas sustitutivas ajustadas a la capacidad del menor, así como evitar su paso por el sistema jurídico ordinario, salvo que sea necesario por motivos de orden público, en cuyo caso será necesario un esfuerzo especial para informar al niño del procedimiento (par. 74). Establece que su detención no debe ser en un centro general de menores, y que ésta sólo ha de producirse si es necesaria para ofrecerle un tratamiento adecuado y ocuparse de los motivos que condujeron a la comisión del delito (par. 74 c). Estas previsiones, salvo las relativas al uso del lenguaje, no parecen estar hechas centradas en la equiparación de oportunidades del sistema procesal, ni en atender a la diversidad de las deficiencias humanas. En algunos contenidos parece asumir el hecho de que tener una deficiencia implica dificultad para comprender los

actos realizados, cuando el problema podría ser el canal de comunicación. Pero tampoco está claro, pues no se produce una correlación entre el tipo de deficiencia y la barrera.

Al carecer el Comité CRC de una definición de discriminación por motivo de discapacidad no puede hablarse de que asuma plenamente el modelo de derechos humanos. Por ello, dentro del espectro del modelo médico se entendería que no termine de relacionar barrera con discriminación y se quede en el desiderátum de que los entornos sean accesibles.

El modelo médico se cuela en la percepción de la discapacidad como concepto incapacitante y en bloque en su tratamiento del deporte, pues asume que los niños y niñas con discapacidad difícilmente podrán competir con niños y niñas sin discapacidad dadas las exigencias físicas del deporte. Por lo que defiende la existencia de juegos exclusivos para niños con discapacidad para que puedan competir de forma equitativa y segura (par. 72). Para contrarrestar esta afirmación, se muestra a continuación las diferencias en marcas mundiales en dos deportes, 100 metros lisos y 100 metros libres, para atletas con y sin discapacidad. En algunos, las diferencias son mínimas, en otras, por el tipo de deficiencia, son mayores, pero sin duda cuestionan el planteamiento, quizá paternalista, de la observación del Comité CRC.

Tabla 1: Récor ds del mundo en 100 metros lisos. Comparación de la marca mundial de atleta sin discapacidad con la de atletas con discapacidad

	Apellido	Nombre	Año	Marca	
Atleta sin discapacidad	Wolt	Usain	2009	9,58 s	
Atleta con discapacidad: Clasificación	Apellido	Nombre	Año	Marca	Diferencia con récord mundial atleta sin discapacidad
T13 (def. visuales leves)	Smyth	Jason	2012	10,46 s	0,88 s
T46 (disc. física un brazo)	Adeoye	Ajibola	2012	10,72 s	1,14 s

T38 (parálisis cerebral leve)	O'Hanlon	Evan	2012	10,79 s	1,21 s
T44 (disc. Física ext. Inferiores)	Peacock	Jonnie	2012	10,85 s	1,27 s
T43 (disc. física ext. inferiores)	Pistorius	Oscar	2007	10,91 s	1,33 s
T43 (disc. física ext. inferiores)	Leeper	Blake	2012	10,91 s	1,33 s
T45 (disc. física dos brazos)	Nascimento	Yohansson	2012	10,94 s	1,36 s
T11 (ciegos totales)	Prado	Lucas	2008	11,03 s	1,45 s
T54 (sillas más leves)	Tahti	Leo Pekka	2012	13,63 s	4,05 s

Fuente: Elaboración propia con información facilitada por el Comité Paralímpico español.

La siguiente tabla muestra los resultados obtenidos en 100 metros libres.

Tabla 2: Récor ds del mundo en 100 metros libres. Comparación de la marca mundial de atleta sin discapacidad con la de atletas con discapacidad

	Apellido	Nombre	Año	Marca	
Atleta sin discapacidad	Cielo	César	2009	46,91 s	
Clasificación	Apellido	Nombre	Año	Marca	Diferencia con récord mundial atleta sin discapacidad
S10 (disc. física o parálisis cerebral más leves)	Brasil	Andre	2010	50,87 s	3,96 s
S12 (def. visuales severos)	Veraksa	Maksym	2009	50,91 s	4,00 s
S13 (def. visuales leves)	Boki	Ihar	2012	51,91 s	5,00 s
S9 (disc. física o parálisis cerebral)	Cowdrey	Matthew	2008	55,30 s	8,39 s
S8 (disc. física o parálisis cerebral)	Wang	Yinan	2012	56,58 s	9,67 s

S11 (ciegos totales)	Morgan	John	1986	56,67 s	9,76 s
S7 (disc. física o parálisis cerebral)	Roberts	David	2012	1 min 34 s	13,43 s
S6 (disc. física o parálisis cerebral)	Olsson	Anders	2009	1 min 5.45 s	18,54 s
S5 (disc. física o parálisis cerebral)	Dias	Daniel	2012	1 min 8,39 s	21,48 s
S4 (disc. física o parálisis cerebral)	Oribe	Richard	2009	1 min 22,43 s	35,52 s
S3 (disc. física o parálisis cerebral)	Vynohradets	Dmytro	2010	1 min 34,02 s	47,11 s
S2 (disc. física o parálisis cerebral)	Yang	Yang	2012	2 min 3,71 s	1 min 16,80 s
S1 (disc. física o parálisis cerebral más severos)	Mamistvalov	Itzhak	2012	2 min 15,83 s	1 min 28,92 s

Fuente: Elaboración propia con información facilitada por el Comité Paralímpico español.

Estos resultados muestran que el Comité CRC ha obviado el crisol de la discapacidad. Por tanto, un niño con una deficiencia sensorial puede competir, o también una niña con otro tipo de deficiencia más un ajuste razonable. Es más, la importancia de hacer deporte juntos reforzaría, más allá de la competición, los valores del esfuerzo y la superación, iguales para cualquier deportista, para cualquier ser humano. Si se lleva el planteamiento del Comité CRC del plano físico al cognitivo podrían haber concluido, bajo esta fórmula de asignación en bloque de menor capacidad, que “dada su menor capacidad cognitiva” los niños con discapacidad, deben estar en aulas exclusivas y no bajo un modelo inclusivo, y además con contenidos educativos menores. En definitiva, el Comité CRC muestra que parece asumir *a priori* la idea de menor capacidad en bloque y, en línea con este concepto, trata la deficiencia como un todo sin atender su diversidad, y a otros valores, especialmente el de la igualdad y la no discriminación.

Sin embargo, esta observación también tiene importantes aportaciones desde el modelo de derechos humanos. Por un lado, incluye con las limitaciones mencionadas, la importancia de la accesibilidad del transporte y los entornos públicos (inédito para la *Convención sobre los Derechos del Niño*), y además afirma derechos importantes, como el empleo y su relación con la formación, la capacitación para atender las especificidades derivadas de la discapacidad, y muy especialmente el de vivir en comunidad con acceso a todos los derechos, cuestión que queda insuficientemente protegida por esa ambivalencia entre el modelo médico y de derechos humanos, y sobre todo, por la falta de definición del concepto de igualdad y no discriminación en materia de discapacidad. Además, tiene un efecto llamada, ya que la inclusión de la discapacidad en las observaciones generales del Comité CRC se intensifica tras la aprobación de esta última observación y de la CRPD, pero siguen moviéndose entre el modelo médico y el de derechos humanos.