

# Derechos humanos de las **personas** con **discapacidad**

Luis Alonso Rivera Ayala  
Otto Germán Mejía Burgos  
Manuel Adrián Merino Menjívar  
Claudia María Hernández Galindo  
Fernando Antonio Romero Sorto



# Derechos humanos de las personas con discapacidad

Luis Alonso Rivera Ayala  
Otto Germán Mejía Burgos  
Manuel Adrián Merino Menjívar  
Claudia María Hernández Galindo  
Fernando Antonio Romero Sorto



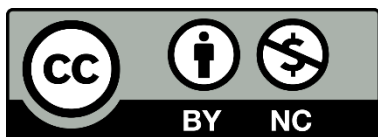
Primera Edición  
Universidad Pedagógica de El Salvador  
“Dr. Luis Alonso Aparicio”

323.320 87 D341	Derechos humanos de las personas con discapacidad [recurso electrónico] / Luis Alonso Rivera Ayala, Otto Germán Mejía Burgos, Manuel Adrián Merino Menjivar, Claudia María Hernández Galindo, Fernando Antonio Romero Sorto -- 1ª. ed. -- San Salvador, El Salv.: Universidad Pedagógica de El Salvador Dr. Luis Alonso Aparicio, 2022. 1 recurso electrónico, <241 p. : il. ; 21 cm.>
slv	
	Datos electrónicos <1 archivo, formato pdf, 166 megabytes>. -- <a href="http://sistemas.pedagogica.edu.sv/repositorio/principal/index.php?search=1">http://sistemas.pedagogica.edu.sv/repositorio/principal/index.php?search=1</a>
	ISBN 978-99983-65-00-1 <E-Book, pdf>
	1. Incapacitados-Derechos humanos-Investigaciones. 2. Investigación social. I. Rivera Ayala, Luis Alonso, coaut. II. Título

○

Ing. Luis Mario Aparicio Guzmán, Rector  
Ing. Oscar Giovanni Durán Vizcarra, Vicerrector Académico  
Lcda. Sandra Odeth, Decana Facultad de Ciencias Jurídicas

El contenido de esta obra, y los conceptos vertidos en cada capítulo y su originalidad, son responsabilidad del autor que los presenta, por lo que no representan un posicionamiento institucional determinado para la Facultad o la Universidad.



Universidad Pedagógica de El Salvador “Dr. Luis Alonso Aparicio”  
25 avenida Norte y Diagonal Dr. Arturo Romero, San Salvador, El Salvador,  
C.A.  
(503) 2205-8100  
[www.pedagogica.edu.sv](http://www.pedagogica.edu.sv)  
[info@pedagogica.edu.sv](mailto:info@pedagogica.edu.sv)  
Hecho el depósito que exige la ley.

Esta obra fue elaborada por la Universidad Pedagógica de El Salvador “Dr. Luis Alonso Aparicio”, a través de la Facultad de Ciencias Jurídicas, con la colaboración técnica del Centro de Formación, Análisis e Investigación de la Procuraduría General de la República, en el marco de cumplimiento de la carta de entendimiento firmada por ambas instituciones.

## – ÍNDICE –

Presentación .....	6
Autores de la obra.....	10
Análisis del catálogo de derechos básicos de las personas con discapacidad..... <i>Luis Alonso Rivera Ayala</i>	12
Análisis de la política institucional de atención a las personas con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos..... <i>Otto Germán Mejía Burgos</i>	55
Discapacidad y representación política: un estudio acerca del derecho al sufragio pasivo de las personas con discapacidad en El Salvador..... <i>Manuel Adrián Merino Menjívar</i>	94
La capacidad legal de las personas con discapacidad psíquica, por enfermedad mental, desde el enfoque de inclusión y respeto de los derechos humanos..... <i>Luis Alonso Rivera Ayala</i>	129
Capacidad jurídica para el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos de las personas con discapacidad: retos normativos en El Salvador .....	176
<i>Claudia María Hernández Galindo</i>	
El derecho a la educación inclusiva de la niñez y adolescencia con discapacidad en El Salvador .....	205
<i>Fernando Antonio Sorto</i>	

## – PRESENTACIÓN –

Los derechos de las personas con discapacidad son una temática jurídica novedosa cuando se los interpreta desde el enfoque de derechos humanos en el mundo contemporáneo. Sin embargo, su esencia jurídica se comprende en la teoría de los derechos humanos y de los derechos fundamentales misma, pues se trata de los mismos derechos especificados de acuerdo con las necesidades que tienen las personas con discapacidad. Así, la novedad legislativa no sorprende al mundo jurídico, que desde las exigencias de la justicia entiende los derechos de las personas con discapacidad como algo necesario en el mundo contemporáneo.

Lo que si resulta novedoso es que la sociedad misma haya comenzado un viaje sin retorno en la implementación de los derechos de las personas con discapacidad dentro de las distintas esferas políticas, económicas, sociales y culturales de la sociedad, a través del enfoque de inclusión. De hecho, en los medios de educación, en los centros educativos, en la política y en la ciencia misma son cada vez más las voces que se alzan para crear una cultura de la inclusión y respeto hacia las personas con discapacidad, más allá de un mero convencionalismo social y de una mera exigencia legal, pues se está generando una consciencia humana colectiva que reconoce su propia vulnerabilidad en la esencia del ser humano.

Por esa razón, se hace necesario para el mundo del derecho tratar y desarrollar, desde la perspectiva jurídica, lo concerniente a los derechos de las personas con discapacidad. Hasta hace unas décadas, este proceso lo lideraron la medicina y la psicología, entendiendo los aspectos clínicos relacionados con la discapacidad, y luego la educación a partir de las adaptaciones necesarias y el impacto de la discapacidad en la adaptación de la persona a la sociedad. Sin embargo, sería el derecho quien estaría llamado a replantear dichas perspectivas desde el reconocimiento de la dignidad humana en la cuestión y luego las discusiones de lo que implica para la capacidad legal

de las personas con discapacidad. Así, en la actualidad hay un derecho de la discapacidad al que pretende contribuir esta obra.

Conscientes de la necesidad de abrir espacios de debate y divulgación científica respecto a los derechos de las personas con discapacidad, la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Pedagógica de El Salvador “Dr. Luis Alonso Aparicio”, inició el reto de publicar una obra de doctrina especializada respecto a los derechos humanos de las personas con discapacidad, a través del call for chapters implementado en 2022. A este proceso se sumó la valiosa colaboración del Centro de Formación, Análisis e Investigación de la Procuraduría General de la República, como parte del memorándum de entendimiento y cooperación firmado entre la universidad y la institución en el año 2021. Es así como nace esta obra como un producto de sendas horas de planificación, investigación y trabajo, para ofrecer a la comunidad jurídica y académica, una obra de doctrina jurídica especializada que permita profundizar y divulgar los derechos de las personas con discapacidad.

Este libro consta de seis capítulos. El primero, “Análisis del catálogo de derechos básicos de las personas con discapacidad”, ofrece una introducción a la temática de los derechos de las personas con discapacidad, haciendo un análisis de las categorías jurídicas subjetivas individuales y sociales que se reconocen en la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad. Dicho análisis no delimita el contenido de estos derechos, sino que los interrelaciona junto con doctrina y jurisprudencia especializada, a fin de introducir la temática general del libro y señalar su papel en la dignificación de las personas con discapacidad.

El segundo capítulo, “Análisis de la política institucional de atención a las personas con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos”, constituye un estudio sobre la forma en que influye el enfoque de derechos humanos en la Administración Pública al atender a las personas con discapacidad. Hace énfasis en los principios de accesibilidad y ajuste razonable aplicados a la actividad prestacional de servicios que el Estado debe al ciudadano. De igual modo, el capítulo resalta experiencias prácticas de inclusión a las

personas con discapacidad en la Procuraduría General de la República.

El tercer capítulo, “Discapacidad y representación política: un estudio acerca del derecho al sufragio pasivo de las personas con discapacidad en El Salvador”, propone un interesante e innovador análisis de los derechos políticos de las personas con discapacidad y las barreras jurídicas para su ejercicio efectivo por parte de los titulares de dichos derechos. De modo que aporta una visión fundamentada y propositiva sobre el ejercicio de los derechos políticos, esencialmente respecto al sufragio pasivo, de las personas con discapacidad.

El cuarto capítulo, “La capacidad legal de las personas con discapacidad psíquica, por enfermedad mental, desde el enfoque de inclusión y respeto de los derechos humanos”, es una propuesta de reinterpretación de la capacidad legal de las personas con discapacidad adaptada al enfoque actual del derecho internacional. Sin embargo, dicho capítulo se centra en la discapacidad psíquica, estudiando en el derecho vigente, y a través de perspectivas del derecho comparado, como adaptar dichos criterios para un ejercicio efectivo de los derechos que conlleva la personalidad jurídica personal.

El quinto capítulo, “Capacidad jurídica para el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos de las personas con discapacidad: retos en El Salvador”, analiza el impacto de la normativa internacional en el criterio tradicional sobre la capacidad civil de las personas con discapacidad. Se hace énfasis en la actual interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, en materia de discapacidad, y luego señala los principales retos legislativos a los que se enfrenta el derecho interno.

El sexto capítulo, “El derecho a la educación inclusiva de la niñez y la adolescencia con discapacidad en El Salvador”, incluye una reflexión respecto al impacto del enfoque de inclusión en la educación de las personas con discapacidad, principalmente centrado en los aspectos políticos que dificultan la aplicación del derecho a la educación inclusiva y la necesidad de adoptarla en las aulas, particularmente en las que se encuentran niños y adolescentes, para favorecer su desarrollo integral.



De modo que esta obra pretende ser una contribución al reconocimiento y desarrollo del derecho de la discapacidad, en miras a conseguir la consecución de los derechos mismos en sus titulares. Pero también pretende aportar diferentes puntos de vista, muy diversos como los autores que han participado de la misma y que han puesto el sello personal de su pensamiento jurídico en cada uno de sus capítulos, que abra el camino para seguir discutiendo sobre los derechos de las personas con discapacidad y permita su desarrollo doctrinario, legislativo y jurisprudencial futuro.

No es posible pasar estas páginas sin expresar el agradecimiento de la Facultad de Ciencias Jurídicas a quienes atendieron a la convocatoria para participar como autores de los capítulos que la componen. También se agradece el esfuerzo sincero de quienes colaboraron en el proceso editorial revisando los textos producidos y ofreciendo sus recomendaciones para mejorarlos, así como en la elaboración de las fichas catalográficas del libro, previo a su publicación.

**Facultad de Ciencias Jurídicas.**

*Octubre, 2022.*

## – AUTORES DE LA OBRA –

### **LUIS ALONSO RIVERA AYALA**

Abogado, notario, consultor, investigador, docente universitario y capacitador. Maestro en entornos virtuales de aprendizaje de la Universidad Francisco Gavidia. Maestrando en innovaciones pedagógicas y tecnológicas en contextos digitales emergentes en la Universidad Francisco Gavidia. Licenciado en ciencias jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Profesor escalafonado con especialidad en Ciencias Sociales, Curso de formación pedagógica de la Universidad Francisco Gavidia. Actualmente es coordinador de práctica jurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Pedagógica de El Salvador “Dr. Luis Alonso Aparicio”.

Correo de contacto: [lriviera@pedagogica.edu.sv](mailto:lriviera@pedagogica.edu.sv)

### **OTTO GERMÁN MEJÍA BURGOS**

Abogado y notario. Subcoordinador del Centro de Formación, Análisis e Investigación de la Procuraduría General de la República. Doctor en filosofía iberoamericana por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA). Licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad de El Salvador.

Correo de contacto: [otto.mejia@pgres.gob.sv](mailto:otto.mejia@pgres.gob.sv)

### **MANUEL ADRIÁN MERINO MENJÍVAR**

Abogado y notario. Asistente legal de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Procuraduría General de la República. Máster en derechos fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en derecho constitucional por la Universidad Dr. José Matías Delgado. Licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad de El Salvador.

Correo electrónico: [manuel\\_merino\\_9@yahoo.com](mailto:manuel_merino_9@yahoo.com)

### **CLAUDIA MARÍA HERNÁNDEZ GALINDO**

Abogada. Jefa del Departamento de Coordinación del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, CONNA. Máster en ciencias políticas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas. Licenciada en ciencias jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, y estudiante de Licenciatura en Psicología de la Universidad Pedagógica del El Salvador “Dr. Luis Alonso Aparicio”. Correo: [claudia.hernandez59703@uped.edu.sv](mailto:claudia.hernandez59703@uped.edu.sv)

### **FERNANDO ANTONIO ROMERO SORTO**

Abogado y notario. Capacitador en materia de derechos humanos, justicia juvenil y LEPINA. Licenciado en ciencias jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Con diversos diplomados y formación continua en justicia juvenil y derecho de la niñez y la adolescencia. Actualmente es colaborador técnico de la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia y docente universitario de la Universidad Pedagógica de El Salvador. Correo de contacto: [fernando.romero@uped.edu.sv](mailto:fernando.romero@uped.edu.sv)

# ANÁLISIS DEL CATÁLOGO DE DERECHOS BÁSICOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

ANALYSIS OF THE CATALOGUE OF BASIC RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES.

Luis Alonso Rivera Ayala.

*SUMARIO:* I. Introducción. II. El concepto jurídico de discapacidad. III. Alcance del catálogo legal de derechos de las personas con discapacidad. IV. Derechos individuales de las personas con discapacidad. V. Derechos sociales de las personas con discapacidad. VI. En conclusión.

## I. Introducción

Las leyes en materia de derecho de la discapacidad son una tendencia legislativa contemporánea que parte de la influencia del concepto de derechos humanos en el derecho internacional<sup>1</sup>. Aun cuando su esencia siempre ha influido al

---

<sup>1</sup> Para ampliar sobre la evolución legislativa en materia de discapacidad, y su fundamento internacional, se sugiere leer: LÓPEZ, M., “Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”, *Alteridad, Revista de educación*, Vol. 6, No. 2, 2011 y BIEL, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Biblioteca Corte IDH, San José, Costa Rica, 2011. También se sugiere leer sobre la historia general de la discapacidad: PADILLA-MUÑOZ, A., “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law, Revista colombiana de derecho internacional*, No. 16, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2010.

pensamiento jurídico, en la forma de derechos naturales y derechos morales del iusnaturalismo<sup>2</sup>, su verdadero impacto ha sido más trascendente con su reconocimiento internacional como derechos humanos al tener por fundamento la dignidad humana misma (art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante “CDPD”). Es así como el concepto de derechos humanos ha servido como base para la justificación histórica de poner el derecho al servicio de la persona humana, frente al Estado y frente a terceros. En consecuencia, el derecho internacional no solo ha reconocido los derechos humanos, sino que ha experimentado su evolución a través de la especificación<sup>3</sup> de su contenido aplicado a la diversidad humana.

Esto explica que se hable de derechos de las personas con discapacidad en el mundo contemporáneo, que se suscriban sendos tratados y compromisos internacionales para proteger derechos humanos de las personas con discapacidad y que los Estados hayan creado leyes especializadas en el tema<sup>4</sup>, que en

---

<sup>2</sup> Vid. CARPIZO, J., “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, **Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional**, No. 25, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pp. 11-14.

<sup>3</sup> Según PECES-BARBA, G., “Derechos humanos, especificación y discapacidad”, en VVAA. **Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina**, 1ª ed., IDHBC-Dykinson, Madrid, España, 2007, p. 360 y ss., la especificación resulta de la igualdad de los ciudadanos entendiendo la diferenciación de estos, como titulares de derechos, a partir de su condición social, física o el lugar que ocupan en las relaciones sociales, que al ser desventajoso es corregido con la aparición de nuevos derechos que derivan de los derechos ya reconocidos.

<sup>4</sup> Sin ánimo de ser exhaustivo, se pueden citar como ejemplo de legislación comparada en materia de discapacidad, en América: Americans with disabilities act (Estados Unidos, 1990); Ley general para la inclusión de las personas con discapacidad (México, 2011); Ley No. 7600, de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Costa Rica, 1996); Ley No. 1996, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la discapacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad (Colombia, 2019); Lei No. 13.146, de 6 de julho de 2015, que institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência); Ley No. 20.422, establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad (Chile, 2010); Ley No. 22.431, sistema de protección integral de los discapacitados

el derecho interno tiene referentes de legislación sustantiva especializada en la ya derogada<sup>5</sup> Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (en adelante, “LEOPD”) y la actual Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad (en adelante, “LEIPD”). Dicha tendencia no es solo una moda legislativa, sino que corresponde a un ejercicio histórico en el cual se desmitifica la discapacidad<sup>6</sup>, desde las perspectivas coloquiales que se han constituido en torno a esta, para darle un tratamiento jurídico desde el enfoque de los derechos humanos. Por ello, la primera generación de leyes en materia de discapacidad se enfocó en reconocer la discapacidad, mientras que la segunda generación separaría la discapacidad de la persona, para intentar dotarla de derechos

---

(Argentina, 1981). En Europa: Disability rights and the equality act (Reino Unido, 2010); Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (España, 2013); Loi No. 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (Francia, 2005); Legge 5 febbraio 1992, No. 104, legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate (Italia, 1992).

<sup>5</sup> La LEOPD quedó derogada en el art. 136 de LEIPD.

<sup>6</sup> Según LÓPEZ, M., *Op. cit.*, p. 102, el concepto de discapacidad ha pasado por una evolución histórica en la que se identifica un modelo tradicional, que marginaba y sometía a la persona a aislamiento, en los cuales la persona era mero objeto de protección asumida “*por el ámbito médico-sanitario o religioso*”. También menciona el modelo de rehabilitación, que busca la rehabilitación institucionalizada y asistencial de la persona, y el modelo de derechos humanos, que promueve su autonomía. No obstante, PALACIOS, A., “Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en E. Salmón y R. Bregaglio, ***Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad***, 1ª ed., Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2014, pp. 10-16, distingue históricamente entre los modelos de prescindencia, que concibe la discapacidad como anormalidad de causas religiosas y se subdivide en submodelos eugenésico (que justificaba en el Mundo Antiguo los infanticidios al considerar que la persona con discapacidad no debería vivir) y de marginación (que durante la Edad Media marginaba y excluía a las personas con discapacidad); modelo rehabilitador, que busca normalizar a la persona con discapacidad a través de la superación del déficit por medio de la tutela legal y la asistencia sanitaria; y el modelo social, que se basa en la igualdad y la realización de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

de integración en la sociedad<sup>7</sup>. Sin embargo, en la actualidad, la siguiente generación de leyes en materia de discapacidad está difuminando el concepto de discapacidad al reconocerlo como parte de las diferencias individuales, como una forma de reconocer la diversidad humana<sup>8</sup>.

En esto, el legislador ha tenido un papel importante al desarrollar el estatuto de las personas con discapacidad desde el derecho interno, con las limitantes de centrarse en cada texto en el enfoque sociológico dominante en el momento en que se creó cada ley<sup>9</sup>. De ahí que se hayan requerido reformas legislativas y nuevas leyes en materia de discapacidad, en el derecho interno de los Estados, a fin de corresponder con las tendencias sociológicas, modelos y teorías imperantes respecto a la discapacidad. Ahora bien, el derecho también aporta sus propios enfoques respecto a la discapacidad, como el enfoque de derechos humanos<sup>10</sup>, pues los enfoques clínico y segregador

---

<sup>7</sup> Vr. gr. la Ley del Instituto Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos, de 1961 (que después cambió de denominación a Instituto Salvadoreño de Rehabilitación Integral en el art. 3 del Decreto 970, del 19 de enero de 2012), cuyos considerandos reconocían a las personas que “*han sufrido lesiones físicas o psíquicas, que las imposibilitan para desenvolverse en la vida diaria de la sociedad*” y que en aquel entonces “*tales personas son aisladas por tiempo ilimitado en los centros asistenciales del país, cuando bien podría reintegrarse a la vida normal mediante un tratamiento adecuado*”. Posteriormente, la LEOPD, según su considerando III nace para “*tomar medidas que permitan a las personas con discapacidad, incorporarse a la sociedad sin ninguna clase de discriminación*” y reconocer una serie de derechos a la persona con discapacidad para conseguir la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos y la atención integral de las personas con discapacidad, según el texto de sus artículos 3 y 4.

<sup>8</sup> Vr. gr. que la LEIPD reconoce en su artículo 1 el objeto “*reconocer, proteger y garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones*”. Pero la ley también reconoce en su artículo 4 los principios de accesibilidad, diseño universal y de ajustes razonables. Y en el resto de su texto reconoce otros derechos específicos de la persona con discapacidad.

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ, M., “El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos”, *Revista CES Derecho*, Vol. 6, No. 2, Universidad CES, Medellín, Colombia, 2015, p. 50.

<sup>10</sup> LÓPEZ, M., *Op. cit.*, p. 102, reconoce autonomía a las personas con discapacidad para que “*asuman la dirección de su propia vida en una*

solo han sido asumidos porque el derecho los retoma de otras ciencias como la medicina, la psicología o la educación, para sus aportes al concepto de discapacidad. Sin embargo, la persona con discapacidad tiene dignidad propia (arts. 3.a CDPD; 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante “DUDH”), lo que ha dado impulso al enfoque sociológico de inclusión social a partir del enfoque mismo de derechos humanos.

Lo anterior no implica un calificativo negativo hacia estos enfoques, pues tuvieron su justificación y validez en el momento histórico en el que fueron formulados y aplicados, pero si hicieron evidente que el derecho requería aplicar su propio conocimiento especializado para abandonar la tendencia asistencial, que convertía a la persona con discapacidad en un mero objeto de protección, a fin de dotarla de mayor autonomía<sup>11</sup> al reconocer su condición de sujeto de derecho (arts. 3.a CDPD; 6 DUDH). Lo anterior plantea nuevos horizontes al explorar, desde la perspectiva jurídica, el hecho de que el ser humano sea parte de la biodiversidad natural, o que las diferencias individuales que plantea la psicología del desarrollo no sean más que aspectos de la unicidad del ser humano reconocida por el fundamento mismo de los derechos humanos (art. 2 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en adelante “DUGHDH”). Por ello, se plantea el presente capítulo como una reflexión inicial respecto al concepto y alcance de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

---

*sociedad accesible”, así como “su derecho a la toma de decisiones respecto a su vida, su autonomía y la elección de los apoyos que requieren”.*

<sup>11</sup> Vid. DEL ÁGUILA, L., “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector”, en E. Salmón y R. Bregaglio, **Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, 1ª ed., Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2014, pp. 61-68, quien señala la autonomía como el derecho a “*darse a sí mismo su propia ley*”, pero que también la relaciona con la interdependencia propia de la persona en relación con tipo de discapacidad que manifiesta, a partir de la cual se pueden requerir apoyos.



## II. El concepto jurídico de discapacidad.

La discapacidad es una condición física o psíquica que condiciona el proyecto de vida de la persona que la padece (art. 1 CDPD). No es una enfermedad<sup>12</sup>, aun cuando pueda resultar de esta en la condición humana individual, sino una situación que afecta la corporeidad de la persona y su autonomía<sup>13</sup>. Así, hay que distinguir entre la discapacidad, como situación, y la persona con discapacidad, como sujeto sobre quien acaece. En este sentido, el Art. I.1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante, "CIETFDPD") señala que la discapacidad es

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

---

<sup>12</sup> Las diferencias entre discapacidad y enfermedad pueden evidenciarse en la semántica de ambos términos. Según el Diccionario de la Lengua Española, la enfermedad es un “[e]stado producido en un ser vivo por la alteración de la función de uno de sus órganos o de todo el organismo”, mientras que discapacidad es definida por la misma obra de consulta como aquella “[s]ituación de la persona que por sus condiciones físicas o mentales duraderas se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social”. También EGEA, C. y SARABIA, A., **Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad**, Servicio de Información sobre Discapacidad, Junta de Castilla y León-Universidad de Salamanca, Castilla y León, España, s.f., p. 17, señala que “se ha planteado la posibilidad de que existieran minusvalías derivadas directamente de una enfermedad, que no causando deficiencia (pérdida o anomalía), ni produciendo una discapacidad (restricción o ausencia de capacidad), pudiera producir una minusvalía (un niño portador de VIH que se encuentra en situación desventajosa en actos sociales donde no puede participar en igualdad de condiciones). En sentido inverso, también se puede plantear la situación de que determinadas minusvalías (por ejemplo, la situación de desventaja social que tiene una persona con ciertos trastornos mentales) pueda llegar a causar discapacidades (como sería el caso de la limitación en su capacidad para desarrollar un trabajo remunerado motivado por la prolongada situación de ostracismo a la que se ha sometido al individuo”.

<sup>13</sup> Vid. HERNÁNDEZ, M., **Op. cit.**, pp. 48-50.

En esta disposición internacional se observa un enfoque clínico, muy propio del modelo médico<sup>14</sup>, para definir la discapacidad en virtud de la razones o causas que llevan a que una persona la padezca, tal como se evidencia con los efectos de un accidente o de una enfermedad que puedan afectar anatómica o fisiológicamente al organismo. Dicha afectación constituye base para reconocer la discapacidad por su incidencia en la autonomía personal, de forma temporal o permanente (art. I.1 CIETFDPD). De modo que la discapacidad recae sobre la persona, limitando sus capacidades naturales y constituyendo barreras sociales para ejercer su propia autonomía, pero no debe confundirse con la persona misma, lo que justifica decir que la discapacidad no es automáticamente incapacidad en la persona que la padece. Por esta razón se considera que

*“[I]a 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”<sup>15</sup>.*

De modo que la discapacidad se aprecia como una característica atípica en el desarrollo humano que afecta, en un primer momento, su salud o integridad corporal al manifestarse como una deficiencia o disminución de capacidades para el ejercicio de su autonomía. Pero hay que advertir que dicha disminución no afecta en nada su condición humana<sup>16</sup>, pues alguien con o sin discapacidad es igualmente considerado persona en el mundo contemporáneo, conforme a los principios de igualdad y no discriminación (art. 2 DUDH). Por ello, aunque la discapacidad recae sobre la persona no debe confundirse la discapacidad con la persona misma ni tampoco confundir una deficiencia con la discapacidad<sup>17</sup>. Para el derecho, esto significa

---

<sup>14</sup> Vid. HERNÁNDEZ, M., *Op. cit.*, pp. 48-50.

<sup>15</sup> EGEA, C. y SARABIA, A., *Op. cit.*, p. 16.

<sup>16</sup> Cfr. ENRÍQUEZ, Y., “Discapacidad: una heurística para la condición humana”, *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Brasília, Brasil, 2018, pp. 209-214.

<sup>17</sup> Según el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA, *Clasificación de tipo de discapacidad – histórica*, Dirección General de Estadísticas, Aguascalientes, México, s.f., p. 5, las

que no basta un enfoque clínico para la definición y tratamiento de la discapacidad, sino una perspectiva personalizadora que coincida con el enfoque contemporáneo de los derechos humanos<sup>18</sup>. Esto hace necesario hablar de la persona con discapacidad con relación al concepto legal de discapacidad. Así,

*“[l]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”* (Art. 1 CDPD).

Lo anterior implica que la discapacidad, jurídicamente hablando, es una situación de hecho que se manifiesta en la persona en diversas formas, que pueden categorizarse en los conceptos de discapacidad física, cuando afecta la integridad corporal de la persona, y discapacidad psíquica, cuando afecta su integridad moral o psicológica. Entre los elementos, de interés jurídico, que pueden extraerse del concepto de discapacidad se encuentran: i) la deficiencia que recae funcionalmente sobre el organismo, entendida realmente como un funcionamiento atípico en este; ii) la afectación de la autonomía del organismo y; iii) la limitación social que dicho funcionamiento atípico le produce a su desarrollo social. Y es que la discapacidad no solo es una limitante a la autonomía de la persona respecto a sus propias capacidades, a las que la persona misma puede sobreponerse a través de los mecanismos de adaptación al entorno y con el aprendizaje, sino que también lo son las limitantes a su autonomía devenidas del entorno, de la sociedad y de factores

---

deficiencias afectan al organismo o parte de este, pero la discapacidad se genera a partir de una determinada deficiencia en el organismo.

<sup>18</sup> Según HERNÁNDEZ, M., *Op. cit.*, p. 50, en el enfoque de derechos “la discapacidad resulta de la relación de un individuo con su entorno, en donde su funcionalidad está directamente relacionada con los ajustes aplicados al medio en donde se desenvuelve. Esto significa que la discapacidad no está en la persona que tiene alguna limitación, sino en la relación de esta persona con un medio que puede ponerle barreras y excluirla o, por el contrario, aceptarla y brindarle los ajustes para que pueda desenvolverse funcionalmente dentro de su medio físico y social”.

ambientales<sup>19</sup>, por lo que el art. 1 de la CDPD refiere al concepto de “barreras” al desarrollo de la persona con discapacidad.

Estos elementos del derecho internacional, respecto al concepto de discapacidad, son retomados en el Art. 4.c de la LEIPD para la construcción de una definición legal interna. No obstante, el considerando III de la LEOPD señalaba otra definición, en la que también se reconocen los elementos del concepto de discapacidad, al decir

*“[q]ue por diversas circunstancias, adquiridas o congénitas, la persona humana es susceptible a la disminución de sus capacidades físicas, mentales, psicológicas y sensoriales, lo que crea una condición de desventaja con sus semejantes que les dificulta su integración plena a la vida social, por lo cual se hace necesario tomar medidas que permitan a las personas con discapacidad, incorporarse a la sociedad sin ninguna clase de discriminación”.*

Ahora bien, lo importante de la coincidencia entre el concepto de discapacidad, en el derecho internacional y en el derecho interno, es que se constituye un parámetro de protección convencional junto con la protección legal hacia los derechos de las personas con discapacidad<sup>20</sup>. Pero también hay que

---

<sup>19</sup> EGEA, C. y SARABIA, A., **Op. cit.**, p. 22.

<sup>20</sup> *Cfr.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: control de convencionalidad**, Corte IDH, San José, Costa Rica, 2021, pp. 11-17. A este respecto, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Azul Rojas Marín y otras vr. Perú (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del doce de marzo de dos mil veinte**, § 269, reconoce respecto al control de convencionalidad, que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Lo anterior puede entenderse indubitablemente en el juez del derecho interno a partir de su sujeción a la legalidad y el orden

destacar que tanto las definiciones internacionales como las internas coinciden en el deber ser de la protección de las personas con discapacidad, a saber, la necesidad de utilizar la ley para equiparar en justa medida el trato igualitario<sup>21</sup> hacia las personas con discapacidad. Así, las leyes en materia de discapacidad no deben aspirar solo a proteger a quien padece una discapacidad, sino a ayudarle a ejercer su propia autonomía de acuerdo con sus posibilidades, a través del reconocimiento de derechos y la eliminación de barreras a su desarrollo e integración a la vida económica y social de la comunidad y el país mismo (arts. 27-30 CDPD). Eso explica que las acciones legales no se limiten a crear un sistema atencional hacia las personas con discapacidad, sino que se concreten en requisitos de diseño arquitectónico en edificios de uso público, y en la infraestructura misma de la ciudad; la implementación de la educación inclusiva o el diseño de tecnologías accesibles (arts. 37, 39-48 LEIPD).

### **III. Alcance del catálogo legal de derechos de las personas con discapacidad.**

A nivel jurídico, el concepto de discapacidad trae consigo el reconocimiento de derechos propios de las personas con discapacidad que atienden a su condición humana (art. 3.d

---

constitucional, según el artículo 1 del Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que resulta también aplicable a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad.

<sup>21</sup> En la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión consultiva OC-18/03 del siete de septiembre de dos mil tres**, § 89, se reconoce que el principio de igualdad y de no discriminación admite que se puedan “establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”. En sentido similar, la SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 492-2015**, del tres de noviembre de dos mil diecisiete, considerando IV.1.A§2, reconoce que el principio de igualdad implica “tratar de manera diferente aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes”, lo que justifica la diferenciación que hace el legislador.

CDPD). En ese sentido, la CDPD contiene en su artículo 3 una serie de principios a partir de los cuales se concretan, en el resto de sus disposiciones, derechos de las personas con discapacidad. Aunque estos derechos son consecuencia lógica de los derechos humanos y fundamentales de la persona<sup>22</sup>, su reconocimiento como conceptos jurídicos concretos es importante para su aplicación y respeto desde el sistema legal<sup>23</sup> (arts. 4.1.a CDPD; 29.2 DUDH). Así, se reconoce, dentro del contenido de estos derechos, un tronco común en el contenido general de los derechos humanos y fundamentales y un contenido específico que resulta de la forma en que se aplican a las personas con discapacidad. De esta manera, por ejemplo, aunque el derecho al trabajo garantiza a toda persona su integración a la vida productiva de acuerdo con sus capacidades, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad tiene un contenido específico de inclusividad a través de las medidas que deben aplicar el Estado y la sociedad misma para garantizar la eficacia de ese derecho, como la habilitación laboral de las personas con discapacidad o la cuota de trabajadores con discapacidad que deben cumplir las empresas (arts. 60 y 63 LEIPD).

Ahora bien, aunque los derechos de las personas con discapacidad pueden colegirse como consecuencias lógicas de la dignidad humana, en relación con la igualdad<sup>24</sup>, y como especificaciones de otros derechos humanos y fundamentales, en el positivismo jurídico imperante en la cultura jurídica latinoamericana se hace necesaria la construcción de catálogos legislativos de derechos, a fin de garantizar su consecución práctica. En ese sentido, resulta relevante que el artículo 2 de la LEOPD enunciaba un catálogo de derechos al decir que

---

<sup>22</sup> PECES-BARBA, G., *Op. cit.*, p. 360.

<sup>23</sup> A este respecto, HUERTA, C., "Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos", *Derechos humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, No. 14, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 72, señala que los derechos humanos que han sido positivados constituyen "*derechos ejercitables*" que pueden hacerse cumplir frente a terceros.

<sup>24</sup> PECES-BARBA, G., *Op. cit.*, p. 368.

*“La persona con discapacidad tiene derecho:*

- 1.- A ser protegida contra toda forma de discriminación, explotación, trato denigrante o abusivo en razón de su discapacidad.*
- 2.- A recibir educación con metodología adecuada que facilite su aprendizaje.*
- 3.- A facilidades arquitectónicas de movilidad vial y acceso a los establecimientos públicos y privados con afluencia de público.*
- 4.- A su formación, rehabilitación laboral y profesional.*
- 5.- A obtener empleo y ejercer una ocupación remunerada y a no ser despedido en razón de su discapacidad.*
- 6.- A ser atendida por personal idóneo en su rehabilitación en su rehabilitación integral.*
- 7.- A tener acceso a sistemas de becas”.*

La LEOPD fue creada en el año dos mil y derogada en dos mil veintiuno. Su contenido evidencia un cambio cualitativo en la tendencia legislativa interna al concretar en este cuerpo normativo, una serie de derechos para las personas con discapacidad, frente a la forma dispersa en que antes estaba regulado. Aunque esta no fue la primera ley interna en la que se habló de discapacidad, si representó un importante avance al incluir los criterios diferentes al enfoque segregador en la atención de las personas con discapacidad y al criterio civilista de la discapacidad. No obstante, este último no se superó propiamente en la LEOPD. De hecho, el considerando III de la LEOPD hacía referencia expresa al enfoque integrador, como un elemento conceptual que justificó la adopción de este acto legislativo. En el año dos mil veinte, surgió la LEIPD como un nuevo cuerpo legal en materia de discapacidad, construido propiamente desde el enfoque de inclusión de las personas con discapacidad. En su artículo 7, la LEIPD contiene otro catálogo de derechos, más contemporáneo y actualmente vigente:

*“Las personas con discapacidad gozan de los derechos consagrados en la constitución, la normativa interna, los convenios, tratados e instrumentos internacionales de*

*protección y de derechos humanos, así como de los siguientes:*

- a) A la no discriminación en cualquiera de sus formas en razón de su discapacidad.*
- b) A la información y a la comunicación.*
- c) Al acceso a la justicia.*
- d) A la capacidad jurídica.*
- e) Al trabajo y seguridad social.*
- f) A recibir una educación de calidad e inclusiva en todos los niveles del sistema educativo y a lo largo de la vida.*
- g) A la salud y asistencia social.*
- h) A vivir de forma independiente y a ser incluida en la comunidad.*
- i) A la habilitación y rehabilitación.*
- j) A la protección en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias”.*

En ambos cuerpos legales puede apreciarse las diferencias entre el enfoque integrador y el enfoque de inclusión, coincidiendo con el reconocimiento de derechos. En el catálogo de derechos de la LEOPD, se intentó abandonar la segregación de la persona con discapacidad, para evitar su marginación social, pero se mantuvo una perspectiva tutelar desde la cual se la entiende como objeto de protección<sup>25</sup>. De ahí que el contenido del artículo 2 de LEOPD reconociera, en aquel entonces, derechos especializados que atienden a la condición humana de la persona con discapacidad desde una perspectiva atencional, mientras que en el artículo 7 de LEIPD se nota la influencia del enfoque de inclusión priorizando a la persona

---

<sup>25</sup> De hecho, a pesar de la vigencia de la LEOPD no se derogó la incapacidad legal de los arts. 292 y 293 del Código de Familia ni se hizo modificaciones al régimen civil de la capacidad legal (1316 del Código Civil). Incluso en la jurisprudencia se mantuvo un criterio similar, como se evidencia en la CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **sentencia de apelación 91-A-2009**, de las quince horas del veintinueve de junio de dos mil diez, considerando III§5, respecto a las personas con sordomudez congénita.



como sujeto de derecho y potenciando en ella el ejercicio de sus propias facultades. Esto último, también se evidencia en que los derechos del catálogo de la LEIPD abarcan, además de los derechos específicos en la condición humana de las personas con discapacidad, otros derechos generales de la persona en un intento por adoptar un enfoque más integral.

Ahora bien, aunque la intensión de la ley y los motivos del legislador, fundamentado en uno u otro enfoque vigente en cada época, son importantes para su interpretación (art. 19 del Código Civil, en adelante, “CC”), el elemento más crucial es la eficacia de los derechos mismos en la vida de las personas con discapacidad, pues son ellas quienes van a vivirlos y ejercerlos<sup>26</sup>. En este sentido, el carácter progresivo de la interpretación y la aplicación contextual de los derechos de la persona con discapacidad llevan a entender estos derechos desde una perspectiva interpretativa contemporánea. Así, por ejemplo, aunque el artículo 56 de la Constitución de la República mencione la “*educación especial*”, y consecuentemente con esto los artículos 34 al 36 de la Ley General de Educación (en adelante, “LGE”) también utilicen dicho término, es evidente que al interpretar y aplicar dichas normas no se va a asumir las concepciones del enfoque clínico y segregador que en su momento inspiró al legislador a redactar con estos términos dicha norma. Más bien, se adoptará en esto el actual enfoque de inclusión de las personas con discapacidad (art. 20 CC), a través de la educación inclusiva y sus principios.

De hecho, lo anterior es una exigencia de la justicia en el ejercicio interpretativo de los operadores judiciales, y de la

---

<sup>26</sup> Adviértase que la SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 6-2020/7-2020/10-2020/11-2020**, del veintitrés de octubre de dos mil veinte, considerando VI.1.A§2, reconoce el valor de la interpretación literal, pero reconociendo que tanto la doctrina civilista actual como la propia jurisprudencia constitucional “*han rechazado que esa forma de interpretar las disposiciones jurídicas sea la más apropiada*”. También, la SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 796-2013**, del veintitrés de diciembre de dos mil quince, considerando V.2.C.b.§4, ha reconocido que en la interpretación de las normas jurídicas “*debe tomarse en cuenta el criterio hermenéutico teleológico, orientado a lograr la eficacia de los derechos fundamentales*”.

Administración Pública en general, pues el hecho de que la ley esté diseñada bajo los enfoques clínico, segregador o de integración no impide reconocer para su aplicación el enfoque de inclusión con las buenas prácticas y convenciones sociales vigentes en la actualidad<sup>27</sup>. Por ello, aunque las leyes contengan términos peyorativos o poco sensibles en materia de discapacidad, por ser los que convencionalmente se utilizaban en la época en que se redactó, al interpretar y aplicarla en la actualidad se la debe leer bajo el enfoque de inclusión de las personas con discapacidad. Lo contrario, haría de la ley misma un instrumento de exclusión hacia las personas con discapacidad y de desconocimiento de su dignidad humana. Por esa razón, el juez está llamado a utilizar las facultades que le otorga la jurisdicción para la adecuación de estos elementos legales dentro de su interpretación<sup>28</sup>, a fin de que la aplicación de la ley en materia de discapacidad resulte ser inclusiva.

Pero el juez también debe velar por determinar y extender el alcance de los derechos reconocidos en catálogos legales a las personas con discapacidad (art. 4.1.a, d CDPD). Esto es necesario porque los catálogos de derechos suelen tener un efecto declarativo, para el público en general, y reconocen categorías jurídicas que han de aplicarse a partir del resto de disposiciones legales que resulten vinculadas a esta, por medio de la integración normativa (art. 19 del Código Procesal Civil y Mercantil, en adelante “CPrCM”). De modo que los catálogos de derechos son, en sí mismos, declaraciones de derechos que quedan formalmente reconocidos en el sistema legal, pero su contenido tiene una naturaleza programática que ha de

---

<sup>27</sup> En la jurisprudencia de familia, la CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **sentencia de apelación 1-A-2005**, del dieciocho de enero de dos mil cinco, considerando II§6, 7, reconoce que “[l]a interpretación literal de la ley, conlleva en ocasiones a una conclusión involutiva (errónea)” y que “la interpretación de la ley es un medio poderoso para actualizar el sentido de la norma y que mediante su empleo puede hacerse mutar su significado sin necesidad de cambiar el texto literal”.

<sup>28</sup> Cfr. la SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 149-2013**, del veintitrés de mayo de dos mil dieciocho, considerando III.2§1-3, reconoce que la interpretación jurídica conlleva la “atribución de un significado elegido entre varios posibles” con relación a un problema interpretativo que el intérprete resuelve.

desarrollarse en el resto de las disposiciones de una misma ley, en otros cuerpos legales o incluso a través de la jurisprudencia. Ello explica que el legislador permanezca constantemente actualizando las leyes ya creadas o creando nuevas leyes, para dotar de contenido mínimo a los derechos reconocidos y que la Administración Pública luego reglamente la forma operativa y funcional en que se prestan estos derechos al ciudadano (arts. 131.5, 168.14 de la Constitución de la República). Pero también justifica que el juez, aplicando los derechos en el caso concreto, reconozca formas concretas del mismo a partir de circunstancias particulares del caso que permiten determinar alcances y límites para estos derechos<sup>29</sup>.

Y el juez, por el carácter creativo de la jurisprudencia<sup>30</sup>, también puede reconocer, a partir de los derechos ya forman parte de la ley o el contenido mínimo legal de estos, otros derechos que puedan colegirse de los catálogos de derechos. Esto también es una exigencia de la justicia procesal, y de la tutela judicial efectiva, en virtud del valor constitucional de la persona como fin de la actividad estatal (art. 1 de la Constitución de la República) y el alcance hermenéutico del principio pro persona del derecho internacional de los derechos humanos<sup>31</sup>. Por ello,

---

<sup>29</sup> ROMBOLI, R., “Los derechos fundamentales entre el juez y el legislador”, *Revista judicial*, No. 120, Poder Judicial, Heredia, Costa Rica, 2017, p. 16, 23, señala la complejidad de la relación entre el juez y el legislador, para la protección de los derechos, a partir de las distintas cartas y tribunales internacionales que los tutelan, en la cual el juez interviene respecto a los derechos legales. Pero esta interpretación creativa no queda libremente al criterio del legislador. NUÑEZ, C., **Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica**, Seminario permanente Gregorio Peces Barba, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2017, p. 3, señala que la atribución de significados que viene con la interpretación “no podrá transgredir el significado que poseen los derechos”, pero también señala que “los derechos tienen criterios particulares de interpretación jurídica en atención a su especial naturaleza y en consideración a los bienes que protegen y que son diferentes de los principios interpretativos que se utilizan en otras áreas del derecho”.

<sup>30</sup> ROMBOLI, R., *Op. cit.*, pp. 22-26.

<sup>31</sup> Según NUÑEZ, C., *Op. cit.*, p. 7, el principio pro persona es propio de la interpretación de los derechos humanos y “más allá del reconocimiento explícito constitucional del principio, este se encontraría implícito en

los catálogos de derechos son esenciales para la jurisdicción y la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Aunque se constituyen formalmente como un listado de derechos su contenido axiológico indeterminado en el texto de la ley enriquece su aplicación a nivel judicial o administrativo, y hace posible la vigencia de estos derechos. Y a esto se suma el hecho de que el catálogo de derechos del artículo 7 de LEIPD, al igual que lo fue en su día el catálogo de derechos del artículo 2 de LEOPD, por su naturaleza jurídica es un *numerus apertus*<sup>32</sup>, por lo que exigen del juez determinar su contenido jurídico o ampliarlos desde su labor interpretativa.

No obstante, los catálogos de derechos también tienen una función didáctica, desde la perspectiva de la educación jurídica popular. Aunque su contenido jurídico es de interés para los operadores del sistema legal y de la Administración Pública, la finalidad de un catálogo de derechos es declarar a toda persona los derechos reconocidos en ley, darles publicidad (art. 7 CC). De esta manera, los derechos pasan a ser parte de las relaciones jurídicas subjetivas en el día a día y cobran eficacia para su ejercicio, por parte de sus titulares, o su protección, por parte de quienes están llamados a tutelarlos y garantizarlos. Así es más fácil que dichas categorías jurídicas subjetivas se incorporen al conocimiento común o cotidiano de la sociedad para que las personas puedan hacer valer sus propios derechos frente a terceros o antes las instancias correspondientes.

Por supuesto, esto último no exime al jurista de profundizar en los derechos de las personas con discapacidad. De hecho, es algo necesario para la interpretación y aplicación de los derechos de las personas con discapacidad comprendidos en los catálogos legales, pues dichas consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales son las que constituyen el conocimiento jurídico, como una categoría epistemológica especializada. Por ello, a continuación, se hará un breve análisis de los derechos de las personas con discapacidad comprendidos en el catálogo

---

*cualquier subsistema de derechos fundamentales, en consideración a la vocación expansiva de los derechos mismos".*

<sup>32</sup> De hecho, el art. 7 LEIPD hace referencia a otros derechos contenidos en tratados internacionales y otras leyes, por lo que el catálogo es de *numerus apertus* y no *taxativo*.

legal vigente, relacionado su contenido con otras leyes que les resultan aplicables, aunque sin agotar toda disposición posible, claro está. Para facilitar este análisis, y a efectos de este texto, dichos derechos se han clasificado en dos categorías que comprenden la tradicional división entre derechos de naturaleza individual y social<sup>33</sup>, pero también se identifica aquellos derechos que han sido reconocidos a las personas con discapacidad, bajo el enfoque de inclusión, en virtud de las particularidades y diferencias individuales que forman parte de su condición humana.

#### **IV. Derechos individuales de las personas con discapacidad.**

Los derechos individuales son categorías jurídicas, legales o fundamentales, a través de los cuales se reconoce a la persona ciertas facultades, en la forma de derechos subjetivos<sup>34</sup>, para su

---

<sup>33</sup> Para BIEL, I., *Op. cit.*, pp. 47-48, la CDPD no hace distinción alguna entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de su texto. En su lugar, aplica la clasificación de Gerard Quinn, al distinguir entre i) derechos de dignidad, dentro de los que se incluye al “derecho a la vida (artículo 10), la protección en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (artículo 11), la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15), la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16) y la protección de la integridad personal (artículo 17)”;

ii) derechos de libertad, entre los que se encuentran “la libertad y seguridad de la persona (artículo 14), la libertad de desplazamiento y nacionalidad (artículo 18), el derecho a la movilidad personal (artículo 20) y la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (artículo 21)”;

iii) derechos de autonomía e independencia, entre estos, “a igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12), el respeto de la privacidad (artículo 22) así como del hogar y la familia (artículo 23), la habilitación y rehabilitación (artículo 26) y el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19)”;

iv) derechos de inclusión y participación, que contienen al “derecho a la accesibilidad (artículo 9), el acceso a la justicia (artículo 13), la participación en la vida política y pública (artículo 29) y la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (artículo 30)”;

v) derechos de solidaridad, como el “derecho a la educación (artículo 24), el derecho a la salud (artículo 25), el derecho al trabajo y al empleo (artículo 27) y a gozar de un nivel de vida adecuado de protección social (artículo 28)”.

<sup>34</sup> La SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 22-A-94 y AC 27-M-94**, del cinco de

propio ejercicio. Así, la persona con discapacidad, en la condición de sujeto de derecho (art. 7.d LEIPD), es titular exclusivo de estos derechos porque los mismos forman parte de su esfera jurídica individual<sup>35</sup>, por lo que, en principio, corresponde su ejercicio al propio individuo de acuerdo con su autonomía. Esto significa que las personas con discapacidad, por su naturaleza humana, son titulares de los derechos que les garantizan los tratados internacionales, la Constitución y las leyes (art. 7 LEIPD), para la consecución de su propia personalidad y la puesta en marcha de sus propios proyectos de vida. Dentro de estos se encuentran los derechos fundamentales individuales que aplican a toda persona, como la vida, la integridad personal, la libertad individual, entre otros de los comprendidos en el Título II, Capítulo I de la Constitución de la República. Pero también son derechos individuales los declarados en tratados internacionales en materia de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, "PIDCP").

Es evidente que los derechos individuales no son exclusivos de las personas con discapacidad, sino que le pertenecen a toda persona natural en el orden interno, en el caso de los derechos fundamentales, o en el orden internacional, tratándose de los derechos humanos. De ahí que su contenido mínimo, en principio, sea el mismo que los derechos fundamentales y humanos de toda persona. Sin embargo, hay que reconocer que la discapacidad, y las características individuales que esta conlleva, implican pueden concretar aplicaciones específicas de estos derechos en las personas que las manifiestan. Así, por ejemplo, toda persona tiene derecho a la propia imagen y el honor (art. 2 de la Constitución de la República), pero en las

---

febrero de mil novecientos noventa y seis, considerando XI§7-9, reconoce los derechos subjetivos como "*ámbitos de libre determinación o autonomía*", "*como facultades concedidas por el orden jurídico en favor de un sujeto para imponerse coercitivamente a otro u otros, quienes a su vez se encuentran obligados correlativamente a satisfacer sus pretensiones*", las cuales son parte de la esfera jurídica de la persona.

<sup>35</sup> Sobre el concepto de esfera jurídica, SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 22-A-94 y AC 27-M-94**, del cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, considerando XI§13-15.

personas con discapacidad esto implica también el derecho a ser reconocidos como personas con discapacidad sin que se los etiquete socialmente o se los estigmatice<sup>36</sup>. De igual manera, aunque toda persona tiene derecho a la integridad personal y a la salud (arts. 2 y 65 de la Constitución de la República), en su dimensión individual, para las personas con discapacidad se especifica el derecho a la habilitación y la rehabilitación (artículo 7.i LEIPD).

Por lo anterior, los catálogos legales de derechos no enuncian todo derecho existente, sino que se centran en aquellos que son más relevantes, desde el enfoque que los justifica, o bien, los que requieran especificarse o visibilizarse, según sea propio de la técnica legislativa. En ese sentido, en el catálogo de derechos de la LEIPD se reconocen, de manera expresa, cuatro derechos que pueden catalogarse como individuales. El primero de estos es el derecho a la no discriminación (art. 7.a LEIPD), el cual tiene su base en el concepto de dignidad humana. En principio, cada persona es valiosa e importante, única e irrepetible, tanto a nivel genético (art. 2 DUGHDH) como a nivel psicológico, por lo que se dice que tiene dignidad humana individualmente<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Según ASTORGA, L., “La consulta a las personas con discapacidad”, en E. Salmón y R. Bregaglio. **Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, 1ª ed., Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2014, p. 169, señala que la discriminación de las personas con discapacidad “*las ha limitado en el reconocimiento efectivo como personas sujetas de derechos y las ha colocado en un lugar inferior en las sociedades, donde el olvido y la invisibilización han formado parte de sus vidas cotidianas*”, llevando a un estigma social de las personas con discapacidad. Por ello era tan necesaria la normativa internacional especializada. En este sentido, BIEL, I., **Op. cit.**, p. 1, la misma aprobación de la CDPD conlleva un esfuerzo internacional por “reconocer o afirmar” los derechos que tienen las personas con discapacidad y para recomendar medidas que deben adoptar los Estados para promocionarlos.

<sup>37</sup> Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico puede definirse como la “*Cualidad propia de la condición humana de la que emanan los derechos fundamentales, junto al libre desarrollo de la personalidad, que precisamente por ese fundamento son inviolables e inalienables*”. La misma obra señala la definición del Tribunal Constitucional español, en la sentencia de inconstitucionalidad 120/1990, en la que se define la dignidad de la persona, en relación con el artículo 10.1 de la Constitución Española, como “*Minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo*

Aunque en sentido llano significa respetar a cada persona como humano, en sentido jurídico la dignidad se manifiesta en la forma de obligaciones para el Estado, y la sociedad misma, a través de los cuales se reconoce a la persona y se la protege por medio de los mecanismos legales e institucionales que resulten eficaces para este fin (art. 2 PIDCP). Sin embargo, también implica el derecho de la persona a no ser tratada de modo alguno que resulte contrario a su humanidad.

En ese sentido, el derecho a no ser discriminado por tener algún tipo de discapacidad es una exigencia de la dignidad humana, a partir de la cual se debe tratar a la persona como a todas las demás, pero reconociendo sus diferencias individuales como parte de la diferenciación propia del trato igualitario (art. 1 DUDH). Dicha discriminación puede manifestarse palabras, acciones, omisiones o hechos. Respecto a sus derechos, la persona debe verse protegida de la discriminación en reconocimiento que le da la ley, pero también en su goce y ejercicio<sup>38</sup>. Y estos actos de discriminación resultan de la concepción que se tenga en la sociedad sobre la discapacidad<sup>39</sup> y se constituye en la forma de barreras al desarrollo de la persona. Por ello, la ley establece medidas de protección, asistencia y de accesibilidad. Sin embargo, la dignidad humana también está relacionada con la protección de la persona frente a todo tipo de trato cruel, inhumano, degradante, denigrante o abusivo hacia las personas con discapacidad (art. 5 DUDH). Por ello, la ley prescribe agravamientos a la responsabilidad penal cuando los delitos son cometidos contra personas con discapacidad o hasta la pena de inhabilitación especial (arts. 30.20, 59.4, 172, 367-A del Código Penal).

El segundo es el derecho a la información y a la comunicación (art. 7.b LEIPD) y se encuentra relacionado con el derecho

---

*que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.*

<sup>38</sup> Vid. FACIO, A., **El derecho a la no discriminación**, Biblioteca Corte IDH, San José, Costa Rica, 2011, p. 17.

<sup>39</sup> Vid. ASTORGA, L., **Op. cit.**, pp. 166-170.



humano a la libertad de expresión<sup>40</sup> (art. 19 DUDH). La información es clave para el ejercicio de los derechos, pues a través de ella, la persona tiene los insumos necesarios para tomar decisiones en su propio proyecto de vida. Por ello, la información o conocimiento sobre algo es un elemento previo para el acto volitivo, y para el consentimiento mismo, y la falta de esta o un error en su contenido puede constituir un vicio de la voluntad (arts. 1322-1325 CC). No obstante, en el caso de las personas con discapacidad, el acceso a la información y la posibilidad de transmitirla, a través de su libertad de expresión, queda limitada por el funcionamiento atípico del organismo por causas anatómicas o fisiológicas, cuando afecta sus capacidades comunicativas, como en la discapacidad sensorial. Así, el derecho a la información, en las personas con discapacidad, implica la posibilidad efectiva de acceder a las fuentes, populares o técnicas, de conocimiento basado en principios del diseño universal, como pasaría en el mundo de las telecomunicaciones con la transmisión simultánea de programas de televisión expresados oralmente y en lengua de signos, o por medio de adecuaciones y adaptaciones, como ocurriría con el uso de pictogramas o la impresión de un texto al braille (arts. 40-42 LEIPD). De igual modo, incluye el acceso a la información pública (art. 2 de la Ley de Acceso a la Información Pública).

Esto es de capital importancia para la inclusión efectiva de personas con discapacidades sensoriales, que afectan sus sentidos de la vista, oído o hasta el habla, porque a través del ejercicio accesible del derecho a la información y la comunicación se minimizan barreras a la autonomía de la persona y se posibilita el ejercicio de sus derechos. En este contexto se justifican medidas como el reconocimiento y la implementación de la lengua de signos como vernácula (arts. 15-A LGE, 47 LEIPD). Pero la misma no debe limitarse a un mero requisito formal, sino constituirse dentro de los elementos de la cultura, por lo que el artículo 48 de la LEIPD también manda dar a posibilitar su uso institucionalizado. Y una situación

---

<sup>40</sup> Vid. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 74-2017**, del veintisiete de abril de dos mil veintidós, considerando IV.1§1.

similar puede apreciarse con el braille, su difusión y uso generalizado para potenciar el acceso a la información por parte de las personas con discapacidad (art. 4.n LEIPD). Pero a nivel tecnológico, estas medidas también implican el uso de los principios de diseño universal y accesibilidad para garantizar que el acceso al contenido y uso de las páginas web e interfaces de los dispositivos, algo que las grandes tecnológicas buscan potenciar desde sus buenas prácticas al implementar medidas de accesibilidad tecnológica<sup>41</sup>.

El tercero es el derecho de acceso a la justicia (art. 7.c LEIPD). Aunque no es un derecho exclusivo de las personas con discapacidad, su incorporación en la LEIPD tiene un significado especial, pues implica un deber de desarrollar los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a la justicia desde el enfoque inclusivo<sup>42</sup>. El acceso a la justicia se da por sentado en un sistema democrático cuando se aplican las reglas del Estado de Derecho (arts. 2.a del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica; 10 DUDH), pero no significa automáticamente que resulte inclusivo a las personas con discapacidad. Atender a las personas con discapacidad en los tribunales como a cualquier otro ciudadano no significa, por antonomasia, que se las atienda inclusivamente pues, la justicia implica darle a cada uno lo que le corresponde desde un trato igualitario en el que se distingan sus características y diferencias individuales como persona<sup>43</sup>. De modo que los preceptos de la justicia pueden ser universales, pero la forma en que se aplican

---

<sup>41</sup> Para ampliar sobre el tema y ver ejemplos de aplicación sobre la accesibilidad en el ámbito tecnológico de la educación, se sugiere leer: COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Tecnologías educativas accesibles*, 1ª ed., Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, España, 2015.

<sup>42</sup> *Vid.* Sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad los Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad, de 2020. También las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, de 2008.

<sup>43</sup> *Cfr.* SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *sentencia de amparo 167-97*, del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve, considerando II§1-3, sobre la igualdad y la justicia como directrices que debe tomar en cuenta el juez en su actividad.

y cómo trabajan los operadores jurídicos para realizarla dentro del sistema judicial, debe adaptarse según el enfoque de inclusión de las personas con discapacidad (art. 33, 34 LEIPD).

Así, hay medidas generales de las que se benefician las personas con discapacidad en el sistema judicial, como garantizar que las personas con discapacidad cuenten con un abogado que procure por ellas en los procesos judiciales o la intermediación del juez en su caso también (arts. 4, 10 CPrCM; 10, 11 del Código Procesal Penal, en adelante “CPP”), y medidas especiales, como ocurriría con el nombramiento de un intérprete cuando sea necesario (arts. 148 CPrCM; 82.9 CPP), por ejemplo, ante una persona no hablante o sorda que lo requiera. Pero también se advierten otras prácticas menos evidentes, como el uso de un lenguaje sencillo y comprensible durante las diligencias y actos judiciales, que es imprescindible para personas con algunos tipos de discapacidad psíquica, que deben implementarse, según el caso concreto, para una justicia más inclusiva. No obstante, estas concreciones del derecho de acceso a la justicia, que resultan de su interpretación a la luz del enfoque de inclusión de las personas con discapacidad, no sustraen al derecho de su contenido esencial, por lo que sigue manifestándose en una serie de derechos y garantías generales a toda persona, como el derecho de acción, derecho a la defensa técnica, derecho de oposición, derecho a la tutela judicial efectiva o el mismo derecho a recurrir (art. 1 CPrCM).

El cuarto de estos derechos es el derecho a la capacidad legal (art. 7.d LEIPD), que quizá sea el más importante e innovador de todos en dicho catálogo legal. Aunque es cierto que se trata de un derecho ya reconocido a toda persona (art. 1316, 1317 CC), su mención entre los derechos de las personas con discapacidad se debe a la tendencia contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos a reconocerles como sujetos plenos de derecho (art. 12.1 CDPD), y no como objeto de protección. El hecho que una persona tenga alguna discapacidad no significa que sea incapaz legalmente y de forma automática (arts. 1317 CC; 292 del Código de Familia), pues la libertad es un elemento esencial de la dignidad humana, por lo que se la garantiza a nivel constitucional (art. 8 de la Constitución de la República). Y esta, junto con el resto de los derechos, se ejercen a partir de la capacidad jurídica individual.

Por ello, es significativo que el art. 7.d de LEIPD no hable de reconocer la personalidad jurídica de la persona con discapacidad, para lo que hubiese sido suficiente con darte titularidad de derechos, sino que se centra en su ejercicio efectivo a través de su capacidad jurídica.

Lo anterior es un avance en materia de discapacidad, porque implica la insumisión de la persona a la voluntad de un tercero, que deja obsoletas a instituciones jurídicas restrictivas de derechos como la tutela, y la superación de prácticas tuitivas y sustitutivas contra la voluntad de la persona, o que solo tomaban de referencia su opinión para determinar su interés superior<sup>44</sup>. Se trata de reconocer, con base en la dignidad humana, que la persona con discapacidad tiene autonomía, o cierto grado de autonomía, y que tiene derecho de ejercerla según sus propias posibilidades. Así, la persona con discapacidad tiene reconocido el derecho a decidir respecto a sus propios asuntos y de acuerdo con su propio proyecto de vida, siempre que su grado autonomía se lo permita. Por ejemplo, la persona con discapacidad puede decidir respecto al derecho a la educación, si estudia en la universidad o no o la carrera a escoger (art. 13.2.c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante “PIDESC”), en vez de quedar relegada por el sistema a la mera habilitación laboral, y puede decidir si forma o no una familia según las formas de constitución reconocidas en la ley (art. 1.b CDPD). Incluso en materia sanitaria, implica para la persona con discapacidad su derecho a ejercer el consentimiento informado ante los tratamientos y procedimientos médicos que se le puedan

---

<sup>44</sup> Según VARSÍ, E., “La representación del apoyo de la persona con discapacidad. El nuevo esquema de la capacidad jurídica en el Perú”, *Acta Bioethica*, Vol. 27, No. 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética de la Universidad de Chile, Santiago, 2021, p. 215, las soluciones tradicionalmente empleadas por el derecho, como la curatela o la representación, que implican la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad y atentan contra su dignidad. También, el CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe A/HRC/37/56, de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 37º período de sesiones, Nueva York, Estados Unidos, 2017, §26, confirma que la CDPD prohíbe todas las formas de sustitución de la voluntad adoptadas en la ley.

aplicar<sup>45</sup> (arts. 35, 50 LEIPD; 15, 16 de la Ley de Deberes y Derechos de los Pacientes y Prestadores de Servicios de Salud, en adelante “LDDPPSS”). Por ello, el derecho a la capacidad legal dignifica a la persona con discapacidad y obliga a replantear la aplicación clásica de algunas instituciones jurídicas patrimoniales o de origen civilista, por ejemplo, las relacionadas con la capacidad testamentaria<sup>46</sup> o al menos generar discusión sobre su carácter inclusivo, a fin de garantizarla.

## **V. Derechos sociales de las personas con discapacidad.**

En el catálogo de derechos de la LEIPD también se reconocen derechos sociales, los cuales comprenden facultades individuales para que la persona participe de la sociedad. Estos

---

<sup>45</sup> El consentimiento informado es una institución jurídica que nació con el Código de Nuremberg, tras la Segunda Guerra Mundial, como una garantía de respeto a la persona, su integridad física y moral y, principalmente, su dignidad humana. Permite a la persona ejercer su autonomía en materia sanitaria, respecto a asuntos que involucran su salud individual, partiendo de su capacidad legal. Ante el reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona con discapacidad (art. 12.1 CDPD) y de su capacidad legal (art. 7.d LEIPD), este derecho a tomar sus propias decisiones respecto a asuntos que afectan su salud, también le acompaña. En ese sentido, el artículo 50 LEIPD reconoce que “[c]uando el consentimiento libre e informado se refiera a procedimientos relacionados a la salud de la persona con discapacidad, el profesional o el trabajador de la salud garantizará haberle informado sobre las consecuencias de los métodos utilizados, así como de la necesidad, riesgos e implicaciones de su aplicación y los tratamientos alternativos en caso de que existieran”.

<sup>46</sup> En materia testamentaria, aunque el artículo 22 de la Constitución de la República reconoce a toda persona el derecho a la libre testamentación, el ciego solo puede testar nuncupativamente y quien no pueda expresarse verbalmente solo a través de testamento cerrado (arts. 1014, 1018 del Código Civil (en adelante, “CC”). Sin embargo, hay una disposición más inclusiva en el testamento de la persona sorda, que puede testar nuncupativamente y para quien hay una regla especial en el artículo 1017 CC que le permite otorgar testamento cerrado. Y también está la tacha de testigos instrumentales “ciegos”, “sordos” y “mudos” para el testamento, según el artículo 1007 CC. Aunque haya una justificación histórica y lógica para las disposiciones, con base al criterio adoptado por el legislador en aquel entonces, el derecho contemporáneo de la discapacidad requiere su replanteamiento desde el enfoque actual. En este capítulo no se aborda la temática, por exceder el objeto de análisis, pero se invita a su discusión sin advertir una postura definitiva sobre el tema.

derechos tienen una dimensión individual, que se concreta en la propia persona como una facultad individual, y una dimensión colectiva, que protege legal o constitucionalmente bienes jurídicos colectivos o difusos. Así, por ejemplo, se diferencia el derecho a la salud que tiene toda persona, como dimensión individual, del derecho a la salud pública de la comunidad o de la población del país, en la dimensión colectiva. Pero en ambos casos implican obligaciones prestacionales estatales, en la forma de servicios públicos para la realización del derecho, y límites a la actividad del Estado, quien debe respetar la dimensión individual de estos derechos<sup>47</sup>. La base fundamental de estos derechos se encuentra en el Título II, Capítulo II de la Constitución de la República, entre ellos el derecho a la familia, derecho al trabajo, derecho a la educación, la ciencia y la cultura o el derecho a la salud. No obstante, su contenido esencial también coincide con categorías jurídicas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Tal como ocurre con los derechos individuales ya enunciados, los derechos sociales reconocidos en el catálogo de la LEIPD tienen un carácter general, por lo que son derechos de toda persona, pero en su aplicación a las personas con discapacidad se manifiestan formas concretas de estos derechos. Por ello, resulta conveniente analizar de forma breve el contenido de estos derechos y sus principales alcances en materia de discapacidad. El primero de estos es el derecho a la educación inclusiva (art. 7.f LEIPD). Aunque la educación es un hecho social, y un servicio público que presta el Estado a la persona, como derecho fundamental<sup>48</sup> (art. 53 de la Constitución de la

---

<sup>47</sup> La SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 117-2015AC**, del veintiocho de febrero de dos mil dieciocho, considerando III.1§1, reconoce el contenido prestacional de los derechos sociales “*como expectativas ligadas a la satisfacción de necesidades básicas como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación*”. Estas imponen al Estado obligaciones “*positivas y negativas, de hacer y no hacer*” para conseguir su consecución.

<sup>48</sup> Sobre el contenido general del derecho fundamental a la educación, se sugiere: SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 113-2017AC**, del veinte de noviembre de dos mil veinte, considerando IV.3§1-6, que la reconoce como un derecho inherente de la persona humana que “*incide en la formación integral de su personalidad*”.

República) implica acceso y calidad. Por ello, aunque la Constitución permite la iniciativa privada en el establecimiento de centros educativos privados también manda al Estado a organizar un sistema público educativo y coloca a ambos sectores, tanto el público como el privado, bajo un mismo sistema organizado en distintos niveles educativos (arts. 54 de la Constitución de la República; 11 LGE). Sin embargo, la educación debe atender a las diferencias individuales del educando, lo que explica que se diversifique en niveles, “*de acuerdo con los principios de capacidad y rendimiento*”<sup>49</sup>, así como en especialidades. Una de estas es la educación especial, que según el artículo 34 LGE, está dirigida a “*personas con necesidades educativas especiales*”.

Y es que algunos tipos de discapacidad pueden traer consigo barreras al aprendizaje que deben tomarse en cuenta para que la formación integral de la persona contribuya a “*eleva el nivel y calidad de vida de las personas con necesidades educativas especiales*” y “*favorecer las oportunidades de acceso de toda población con necesidades educativas especiales al sistema educativo nacional*” (art. 35 LGE). Ahora bien, el art. 43 LEIPD ya no utiliza el término de educación especial, que era propio del enfoque segregador, sino el de educación inclusiva<sup>50</sup>, para referirse al hecho educativo aplicado sistemáticamente a las personas con discapacidad<sup>51</sup>. No solo se trata de un cambio de denominación, sino de un cambio completo de enfoque a partir del cual se busca insertar efectivamente a la persona con

---

<sup>49</sup> Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 113-2017AC**, del veinte de noviembre de dos mil veinte, considerando IV.3§6.

<sup>50</sup> Sobre la educación inclusiva, en relación con la aplicación de la CDPD, se sugiere leer: COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **Observación general No. 4, sobre el derecho a la educación inclusiva**, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 2016.

<sup>51</sup> Vid. JUÁREZ, J., COMBONI, S. Y GARNIQUE, F., “De la educación especial a la educación inclusiva”, **Argumentos**, Año 23, No. 62, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2010, pp. 41-84, sobre el cambio profundo que implica la educación inclusiva, frente a la educación especial, y los retos estatales en políticas públicas, accesibilidad y calidad de la educación inclusiva.

discapacidad en la comunidad educativa, en los distintos niveles del sistema educativo y en la sociedad misma. Para su implementación se requiere, de parte de las autoridades en materia educativa, *“la revisión del currículo, los ajustes o adaptaciones que garanticen el acceso y la participación en toda actividad educativa, así como los apoyos técnicos, sin restricción alguna por edad y tipo de discapacidad”* (art. 43 LEIPD). De modo que la educación inclusiva no es una etiqueta de moda para que las instituciones y autoridades educativas parezcan innovadoras, sino que comprende las tendencias contemporáneas de dignificar a la persona con discapacidad en el ámbito educativo.

Ahora bien, el enfoque de la educación inclusiva no se limita a abrir las puertas del aula para estudiantes con diversos tipos de discapacidad, lo que ya hacía el enfoque integrador<sup>52</sup>, sino que involucra la necesidad de adaptarla al estudiante con discapacidad<sup>53</sup>. Esto se debe a que, para que la educación forme integralmente a la persona, debe tomar en cuenta sus características individuales, entre estas, su estilo y tiempos de aprendizaje, pero particularmente las barreras al aprendizaje que tiene por su discapacidad. Y partiendo de esta información se requiere utilizar una u otra metodología apropiada para incluir educativamente al estudiante. Esto no significa, claro está, que todos los estudiantes de un aula deban aprender según determinados métodos de la educación especial solo porque en dicha aula haya un estudiante con discapacidad, sino aplicar el principio de diseño universal para crear experiencias educativas de las que puedan participar todos los estudiantes en igualdad

---

<sup>52</sup> El enfoque integrador, aplicado al ámbito educativo, estaba mencionado en el texto de la LEOPD, cuyo artículo 20 destaca el carácter asistencial de la educación integradora. En su artículo 19, la ley señalaba que *“[l]as personas con discapacidades, previa evaluación, podrán integrarse a los sistemas regulares de enseñanza, los cuales deberán contar con los servicios de apoyo apropiados y accesibilidad”*. En sentido similar se observa el artículo 84 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. En la intención de ambas disposiciones es evidente que se abandona el enfoque segregador de los artículos 34 y 35 de la LGE, pero no tiene el alcance del enfoque inclusivo de los artículos 43-48 de la LEIPD.

<sup>53</sup> El art. 2.2 de LEOPD reconocía el derecho a *“recibir educación con metodología adecuada que facilite su aprendizaje”*.



de condiciones; y cuando lo anterior no es posible, se aplican las adecuaciones curriculares pertinentes<sup>54</sup>.

Dichas medidas, para hacer inclusiva la educación, no deben interpretarse como una forma de hacer más fácil el proceso académico para los estudiantes con discapacidad, pues ellos tienen derecho a “*recibir una educación de calidad e inclusiva en todos los niveles del sistema educativo y a lo largo de la vida*” (art. 7.f LEOPD). En este contexto, la calidad educativa no es producto de mediciones y estadísticas que resulten de sendos procesos de monitoreo y verificación, sino de su impacto real en la vida de las personas con discapacidad y en la sociedad misma para corresponder a la mejora permanente de la calidad de vida de las personas<sup>55</sup>. Por ello, la educación no se limita a titular a los graduados de las instituciones educativas, sino a formar a cada persona para la vida a fin de lograr un impacto positivo en la sociedad misma, de acuerdo con sus propias capacidades (art. 13.1 PIDESC). De ahí que la educación inclusiva, y la educación de calidad en general, formen para la vida. Por ello, a las personas con discapacidad también se les reconoce el derecho a “*tener acceso a sistemas de becas*” (art. 2.7 LEOPD). En ese contexto, este derecho se relaciona también con otros dos derechos sociales, a saber, derecho al trabajo y derecho a la salud.

El derecho “[a]l trabajo y seguridad social” (7.e LEIPD). Aunque toda persona tiene derecho al trabajo, el cual está garantizado a nivel fundamental (art. 37 de la Constitución de la República), las personas con discapacidad tienen un reto particular en ello para la búsqueda de empleo y su inserción en la vida productiva debido a barreras físicas y sociales que se lo complican. En el caso de las barreras sociales, la ley interviene con su carácter tuitivo, muy propio del derecho social, para equilibrar las relaciones jurídicas y reconocerles derechos a las poblaciones

---

<sup>54</sup> ALBA, C., “Diseño universal para el aprendizaje: un modelo teórico-práctico para una educación inclusiva de calidad”, **Revista participación educativa**, No. 9, Ministerio de Educación y Formación Profesional, Madrid, España, 2019, p. 57, hace énfasis en el diseño universal para el aprendizaje, propio para la educación inclusiva, en el cual se busca atender a la diversidad en los estudiantes considerando “*la variabilidad y diferencias*”.

<sup>55</sup> ALBA, C., **Op. cit.**, p. 56.

vulnerables, dentro de la que se encuentran las personas con discapacidad<sup>56</sup>. Por ello, hay un requisito legal para los empleadores que les obliga a contratar “*como mínimo a una persona con discapacidad por cada veinte trabajadores*” (art. 63 LEIPD) y también el derecho a que su trabajo sea “*compatible con sus capacidades, potencialidades y habilidades, a fin de asegurar su máximo desarrollo personal, profesional y resguardando su dignidad, integridad física y psicosocial en el desempeño de sus labores*” (art. 66 LEIPD). Pero los lugares de empleo también deben cumplir con los criterios de accesibilidad que permiten minimizar barreras físicas para el desarrollo de las personas con discapacidad.

No obstante, el acceso al trabajo requiere de condiciones previas en la persona como su idoneidad y aptitud laboral. Para ello, es necesaria una formación de calidad y para la vida, por lo que se relaciona con el derecho a la educación. En las personas con discapacidad, como en las demás personas, la educación debe orientar vocacionalmente al estudiante y formarlo como ciudadano, en los niveles básicos y media, para luego formarlo profesionalmente a nivel universitario (art. 13 PIDESC). Pero, a partir de algunos tipos de discapacidad suele requerirse de una atención adaptada a sus necesidades formativas, a fin de que pueda valerse por sí mismo según su grado de autonomía. Así, la habilitación laboral también puede provenir de la formación profesional, por lo que la persona con discapacidad tiene derecho a acceder a este tipo de formación para el trabajo (art. 56 LEIPD). Lo anterior es crucial cuando la discapacidad compromete a un grado mayor a la persona, pues su formación debe procurar la adquisición y desarrollo de habilidades laborales que posibiliten su inserción al sector productivo, de acuerdo con sus capacidades. Esto permitirá a la persona ejercer su derecho de acceso al empleo para alcanzar su autonomía económica.

---

<sup>56</sup> Respecto a la ley aplicada al trabajo de las personas con discapacidad, y sus tendencias en la técnica legislativa, se sugiere leer: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, ***Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación. Directrices***, 2ª ed., OIT, Suiza, 2014.

Pero también es necesario para esto el derecho a la “*habilitación y rehabilitación*” (7.i LEIPD). La rehabilitación es un proceso médico, actualmente con enfoque social<sup>57</sup>, a través del cual la persona con discapacidad puede restablecer plena o parcialmente las capacidades que afecta su discapacidad; mientras que la habilitación ocurre cuando, no siendo posible la recuperación de las capacidades afectadas, se desarrollan o adquieren capacidades nuevas para compensar otras capacidades que no se tienen o se han atrofiado<sup>58</sup>. Ambos procesos son el resultado de la aplicación de técnicas y métodos comprobados por la ciencia, particularmente en una visión integral desde las ciencias de la salud y la terapéutica física, por lo que son derechos que se coligen de la integridad personal y el derecho a la salud mismo. Por ello es significativo que dentro del catálogo también se haga referencia al derecho “[a] *la salud y asistencia social*” (7.e LEIPD). Como derecho subjetivo, el derecho fundamental a la salud comprende la dimensión individual y la dimensión colectiva.

En su dimensión individual<sup>59</sup>, el derecho a la salud no significa que la persona tenga derecho a no enfermar, pues ello no

---

<sup>57</sup> PEÑA, P., GÓMEZ, E., CALVO, A., ARIAS, C., LOTERO, M., GIRALDO, C. Y PERAFÁN. D., “Fisioterapia y rehabilitación integral de personas con discapacidad: revisión narrativa”, **Revista AVFT, Archivos venezolanos de farmacología y terapéutica**, Vol. 40, No. 6, 2021, p. 649, mencionan que la rehabilitación integral implica a distintos profesionales de la medicina, educación, psicología, entre otras profesiones, y pretende la rehabilitación funcional, a nivel corporal en la persona; la rehabilitación profesional, para su integración al sector productivo; y la rehabilitación social, que implica su adaptación para participar de la vida comunitaria. A este respecto, adviértase que el artículo 56 de LEIPD hace referencia a ese enfoque de rehabilitación integral, basada en la comunidad.

<sup>58</sup> BERLÍN, M., PERALTA, D. Y SALEM, M., “De la rehabilitación a la habilitación: resignificación de un concepto e implicancias en la práctica profesional”, **8º Congreso Argentino de Educación Física y Ciencias**, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2009, p. 2, hacen una diferencia entre “*rehabilitar*”, que refiere a curar o sanar, y “*re-habilitar*”, que implica una nueva habilitación de la persona a través de nuevas capacidades.

<sup>59</sup> En la SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 161-2007**, del veintidós de febrero de dos mil ocho, considerando III§6, se reconoce la salud como un derecho individual.

depende de la ley. Más bien, implica el derecho de la persona a recuperar su salud y mantener su organismo en el grado más óptimo posible. Así se traduce en una obligación del Estado de organizar y mantener un sistema de salud que brinde a la persona aquellos servicios públicos tendientes al ejercicio de este derecho (art. 42 y Capítulo II del Código de Salud, en adelante “CS”). Pero también faculta a la persona para decidir por sí misma, y de forma exclusiva, sobre cuestiones que afecten su integridad individual y su derecho a la salud (arts. 15 y 16 LDDPPSS). En este sentido, el artículo 50 de la LEIPD establece el derecho de las personas con discapacidad al consentimiento libre e informado, al decir que

*“Cuando el consentimiento libre e informado se refiera a procedimientos relacionados a la salud de la persona con discapacidad, el profesional o el trabajador de la salud garantizarán haberle informado sobre las consecuencias de los métodos utilizados, así como de la necesidad, riesgos e implicaciones de su aplicación y los tratamientos alternativos en caso de que existieran”.*

De modo que la dignidad humana de la persona con discapacidad y su derecho a la capacidad legal exigen que se los deje de tratar como objeto de protección<sup>60</sup>, con lo cual se despersonaliza al sujeto y se lo despoja de dignidad, para reconocer su derecho a decir y que se respeten sus decisiones. Lo anterior puede apreciarse en aquellos casos en los que la decisión de la persona afecta directamente solo su esfera corporal, como ocurriría si la persona debe decidir sobre la amputación de alguno de sus miembros o de una enfermedad que afecte únicamente su salud individual, decisión que le está reconocida como parte de sus derechos (arts. 7.d, 50 LEIPD). Pasar por alto esta facultad de la persona con discapacidad, que realmente es de toda persona, genera un efecto nugatorio para el ejercicio de sus derechos personalísimos reconocidos y un atentado a su libertad y dignidad humana.

---

<sup>60</sup> El hecho de que la persona con discapacidad sea considerada un sujeto de derecho, y no un objeto de protección, no debe impedir reconocer otro de los derechos comprendidos en el catálogo de LEIPD, pues en su artículo 7.j establece el derecho “[a] la protección en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias”.

En su dimensión colectiva<sup>61</sup>, el derecho a la salud de las personas con discapacidad implica el derecho de gozar de los servicios de salud pública organizados por el Estado. Además de los servicios de atención primaria y de especialidades médicas, que le corresponden a toda persona, este derecho da acceso a servicios de salud especializados dirigidos a las personas con discapacidad, entre los cuales se encuentran los servicios terapéuticos de habilitación y rehabilitación (arts. 42, 54, 109.b, 206 CS). De modo que la dimensión colectiva de este derecho lleva a reconocer al individuo el derecho a acceder a servicios de salud, generales o de especialidades médicas, y a recibir la habilitación y rehabilitación, de forma voluntaria y consentida, para

*“desarrollar, lograr y mantener la máxima independencia y la participación plena en todos los aspectos de la vida de las personas con discapacidad, en los ámbitos de la salud, la educación, el empleo y los servicios sociales, incluidos programas de habilitación y rehabilitación”* (art. 55 LEIPD).

Ahora bien, aunque todos los derechos individuales y sociales que se han mencionado son importantes y deben verse bajo el mismo concepto de derechos humanos<sup>62</sup>, el derecho reconocido en el artículo 7.h de LEIPD es otro de los más significativos por su contenido y alcance. Se trata del derecho de toda persona con discapacidad “[a] *vivir de forma independiente y a ser incluida en la comunidad*”<sup>63</sup>. Aunque la discapacidad no significa

---

<sup>61</sup> En la SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 113-2017AC**, del veinte de noviembre de dos mil veinte, considerando IV.2.A§1-2.B§2, se reafirma la salud como derecho individual y también se relacionan las obligaciones que adquiere el Estado para la consecución de la dimensión colectiva de la salud, como derecho social.

<sup>62</sup> Según la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del uno de julio de dos mil nueve**, §101, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales son interdependientes, “*sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello*”.

<sup>63</sup> Sobre este derecho, en relación con la aplicación de la CDPD, se sugiere leer: COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **Observación general No. 5, sobre el derecho a vivir de**

incapacidad, y una persona con discapacidad puede adaptarse a sus circunstancias, las barreras físicas y sociales suelen ser un impedimento a su desarrollo autónomo y su inclusión en la sociedad. Esto se debe a que la voluntad y el esfuerzo de la persona con discapacidad puede verse opacado ante el concepto social de discapacidad y las diversas formas de discriminación, explícitas o tácitas, que pueden presentarse en los demás. De ahí que no baste con el reconocimiento de derechos asistenciales para la persona con discapacidad, sino que se requiere del pleno reconocimiento de su personalidad jurídica, su capacidad legal y también de derechos de participación.

Este derecho es un salto cualitativo en el trato hacia las personas con discapacidad porque supone su reconocimiento pleno como sujeto de derecho, lo cual ha sido posible a través del concepto de derechos humanos aplicado al trato de las personas con discapacidad. Sin embargo, hay que advertir que no es suficiente para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, debido a que la concepción social de discapacidad es un importante elemento que juega en su contra. Las principales barreras que las personas con discapacidad encuentran están en las concepciones erradas y estigmatizantes que la sociedad tiene respecto a su capacidad, pero esto también puede estar presente en la mente de los operadores jurídicos. Por ello, es importante el estudio especializado del derecho de la discapacidad como una disciplina jurídica, desde el enfoque de derechos humanos que permita replantear la situación de las personas con discapacidad a partir de su condición humana, y no de las deficiencias que pueda presentarles un determinado tipo de discapacidad.

Por supuesto, la consecución de este derecho se relaciona con los demás derechos de las personas con discapacidad, pues también marca la finalidad perseguida por la CDPD<sup>64</sup>. Por ello,

---

***forma independiente y a ser incluido en la comunidad***, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 2017.

<sup>64</sup> Según la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO, ***Derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad en la Ciudad de México***, 1ª ed.,

requiere de la aplicación del diseño universal y los criterios de accesibilidad en los distintos ámbitos de la sociedad, la planificación y ejecución de ajustes estructurales, pero principalmente la consolidación de una cultura de respeto hacia las personas con discapacidad. De esta manera se respetará

*“el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad” (art. 19 CDPD).*

## **VI. En conclusión.**

El reconocimiento de las personas con discapacidad es un importante avance del derecho contemporáneo. Resulta consecuente con la especificación de los derechos humanos. Su incorporación dentro de catálogos legales de derechos no es la manifestación plena del contenido jurídico de los derechos mismos ni tampoco limitan su número a las facultades subjetivas expresamente reconocidos en ellas. Es un ejercicio político, guiado por la técnica legislativa positivista, que lleva al legislador a reconocer facultades a la persona con discapacidad. Dichos derechos no nacen cuando el legislador los incorpora en la ley, porque los mismos son consecuencias lógicas de la dignidad humana y de los derechos humanos y fundamentales de los que devienen, pero si adquieren visibilidad para la sociedad en general. Esto hace de los catálogos de derechos una herramienta del derecho positivo para reconocer derechos de las poblaciones vulnerables y visibilizarlos ante los demás. De ahí que los catálogos de derechos también tengan una función didáctica.

---

Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, 2019, p. 25, este derecho comprende relación con la autonomía, la dignidad de la persona, la accesibilidad, igualdad y no discriminación, e implica que la persona pueda tomar sus propias decisiones para vivir libremente en la comunidad, quedando el Estado obligado a brindarle los servicios de apoyo que requiera para esto.

Para el abogado, y los operadores jurídicos del sector justicia, dichos catálogos no representan el culmen de la obra legislativa, sino un referente del derecho positivo para dotarlo de contenido jurídico en el ejercicio intelectual que conlleva la integración, interpretación y aplicación de la norma jurídica. De ahí que los derechos de las personas con discapacidad, que están incluidos en los catálogos de derechos, no sean un fin en sí mismos sino un medio para la consecución de dichos derechos. Esto hace relevante su estudio doctrinario y su desarrollo jurisprudencial, para una correcta aplicación del enfoque de derechos humanos en el trato y las relaciones jurídicas hacia las personas con discapacidad.

### **Bibliografía.**

- ALBA, C., “Diseño universal para el aprendizaje: un modelo teórico-práctico para una educación inclusiva de calidad”, ***Revista participación educativa***, No. 9, Ministerio de Educación y Formación Profesional, Madrid, España, 2019. Disponible en URL: <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:c8e7d35c-c3aa-483d-ba2e-68c22fad7e42/pe-n9-art04-carmen-alba.pdf>
- ASTORGA, L., “La consulta a las personas con discapacidad”, en E. Salmón y R. Bregaglio. ***Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad***, 1ª ed., Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2014. Disponible en URL: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>
- BERLÍN, M., PERALTA, D. Y SALEM, M., “De la rehabilitación a la habilitación: resignificación de un concepto e implicancias en la práctica profesional”, ***8º Congreso Argentino de Educación Física y Ciencias***, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2009. Disponible en URL: [https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.7926/ev.7926.pdf](https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.7926/ev.7926.pdf)
- BIEL, I., ***Los derechos humanos de las personas con discapacidad***, Biblioteca Corte IDH, San José, Costa



Rica, 2011. Disponible en URL:  
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31004.pdf>

CARPIZO, J., “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, **Cuestiones constitucionales**, *Revista mexicana de derecho constitucional*, No. 25, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011. Disponible en URL:  
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965/7906>

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **Tecnologías educativas accesibles**, 1ª ed., Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, España, 2015. Disponible en URL:  
<https://sede.educacion.gob.es/publiventa/d/20587/19/0>

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO, **Derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad en la Ciudad de México**, 1ª ed., Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, 2019. Disponible en URL:  
[https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/02/Informe\\_Tematico\\_Vida\\_independiente\\_personas\\_con\\_discapacidad.pdf](https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/02/Informe_Tematico_Vida_independiente_personas_con_discapacidad.pdf)

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **Observación general No. 4, sobre el derecho a la educación inclusiva**, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 2016. Disponible en URL:  
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/263/03/PDF/G1626303.pdf?OpenElement>

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **Observación general No. 5, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad**, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 2017. Disponible en URL:  
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/328/90/PDF/G1732890.pdf?OpenElement>

- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, **Informe A/HRC/37/56, de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, 37º período de sesiones, Nueva York, Estados Unidos, 2017. Disponible en URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/360/35/PDF/G1736035.pdf?OpenElement>
- DEL ÁGUILA, L., “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector”, en E. Salmón y R. Bregaglio, **Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, 1ª ed., Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2014. Disponible en URL: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>
- EGEA, C. y SARABIA, A., **Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad**, Servicio de Información sobre Discapacidad, Junta de Castilla y León-Universidad de Salamanca, Castilla y León, España, s.f. Disponible en URL: [https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/ART6594/clasificacion\\_oms.pdf](https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/ART6594/clasificacion_oms.pdf)
- ENRÍQUEZ, Y., “Discapacidad: una heurística para la condición humana”, **Revista Bioética**, Conselho Federal de Medicina, Brasilia, Brasil, 2018. Disponible en URL: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/h4cRsJVxcQg4rDbbJt6RM/Cg/?format=pdf>
- FACIO, A., **El derecho a la no discriminación**, Biblioteca Corte IDH, San José, Costa Rica, 2011. Disponible en URL: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a22077.pdf>
- HERNÁNDEZ, M., “El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos”, **Revista CES Derecho**, Vol. 6, No. 2, Universidad CES, Medellín, Colombia, 2015. Disponible en URL: <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v6n2/v6n2a04.pdf>
- HUERTA, C., “Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos”, **Derechos humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos**, No. 14, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.  
Disponible en URL:  
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28772.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA, **Clasificación de tipo de discapacidad – histórica**, Dirección General de Estadísticas, Aguascalientes, México, s.f. Disponible en URL: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/clasificadoresycatalogos/doc/clasificacion\\_de\\_tipo\\_de\\_discapacidad.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/clasificadoresycatalogos/doc/clasificacion_de_tipo_de_discapacidad.pdf)

JUÁREZ, J., COMBONI, S. Y GARNIQUE, F., “De la educación especial a la educación inclusiva”, **Argumentos**, Año 23, No. 62, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2010. Disponible en URL: <https://argumentos.xoc.uam.mx/index.php/argumentos/article/view/352/351>

LÓPEZ, M., “Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”, **Alteridad, Revista de educación**, Vol. 6, No. 2, 2011. Disponible en URL: <https://www.redalyc.org/pdf/4677/467746230002.pdf>

NUÑEZ, C., **Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica**, Seminario permanente Gregorio Peces Barba, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2017. Disponible en URL: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37509.pdf>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, **Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación. Directrices**, 2ª ed., OIT, Suiza, 2014. Disponible en URL: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---ifp\\_skills/documents/publication/wcms\\_322694.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_322694.pdf)

PADILLA-MUÑOZ, A., “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, **International Law, Revista colombiana de derecho internacional**, No. 16, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2010. Disponible en URL: <https://www.redalyc.org/pdf/824/82420041012.pdf>

PALACIOS, A., “Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la convención internacional

- sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en E. Salmón y R. Bregaglio, ***Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad***, 1ª ed., Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2014. Disponible en URL: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>
- PECES-BARBA, G., “Derechos humanos, especificación y discapacidad”, en VVAA. ***Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina***, 1ª ed., IDHBC-Dykinson, Madrid, España, 2007. Disponible en URL: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/9992#preview>
- PEÑA, P., GÓMEZ, E., CALVO, A., ARIAS, C., LOTERO, M., GIRALDO, C. Y PERAFÁN. D., “Fisioterapia y rehabilitación integral de personas con discapacidad: revisión narrativa”, ***Revista AVFT, Archivos venezolanos de farmacología y terapéutica***, Vol. 40, No. 6, 2021. Disponible en: [https://www.revistaavft.com/images/revistas/2021/avft\\_6\\_2021/16\\_fisioterapia\\_rehabilitacion\\_integral.pdf](https://www.revistaavft.com/images/revistas/2021/avft_6_2021/16_fisioterapia_rehabilitacion_integral.pdf)
- ROMBOLI, R., “Los derechos fundamentales entre el juez y el legislador”, ***Revista judicial***, No. 120, Poder Judicial, Heredia, Costa Rica, 2017. Disponible en URL: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36202.pdf>
- VARSÍ, E., “La representación del apoyo de la persona con discapacidad. El nuevo esquema de la capacidad jurídica en el Perú”, ***Acta Bioethica***, Vol. 27, No. 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética de la Universidad de Chile, Santiago, 2021. Disponible en URL: <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v27n2/1726-569X-abioeth-27-02-211.pdf>

### **Jurisprudencia citada.**

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **sentencia de apelación 1-A-2005**, del dieciocho de enero de dos mil cinco.

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **sentencia de apelación 91-A-2009**, de las quince horas del veintinueve de junio de dos mil diez.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del uno de julio de dos mil nueve.**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Azul Rojas Marín y otras vr. Perú (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del doce de marzo de dos mil veinte.**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión consultiva OC-18/03 del siete de septiembre de dos mil tres.**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: control de convencionalidad**, Corte IDH, San José, Costa Rica, 2021.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 22-A-94 y AC 27-M-94**, del cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 167-97**, del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 161-2007**, del veintidós de febrero de dos mil ocho.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 149-2013**, del veintitrés de mayo de dos mil dieciocho.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 796-2013**, del veintitrés de diciembre de dos mil quince.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 117-2015AC**, del veintiocho de febrero de dos mil dieciocho.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 492-2015**, del tres de noviembre de dos mil diecisiete.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 74-2017**, del veintisiete de abril de dos mil veintidós.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 113-2017AC**, del veinte de noviembre de dos mil veinte.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 6-2020/7-2020/10-2020/11-2020**, del veintitrés de octubre de dos mil veinte.

# **ANÁLISIS DE LA POLÍTICA INSTITUCIONAL DE ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

ANALYSIS OF THE INSTITUTIONAL POLICY OF CARE FOR  
PEOPLE WITH DISABILITIES FROM THE PERSPECTIVE OF  
HUMAN RIGHTS.

**Otto Germán Mejía Burgos.**

*SUMARIO:* I. Introducción. II. Institucionalización de los derechos humanos de las personas con discapacidad en El Salvador. III. Marco regulatorio de los derechos de las personas con discapacidad en El Salvador. a. Legislación Internacional. b. Legislación nacional. IV. Política de inclusión del Estado de El Salvador. V. Política de Inclusión de la Procuraduría General de la República: el lenguaje de Señas Salvadoreño (LESSA) un caso concreto de aplicación. VI. Conclusiones.

## **I. Introducción**

El presente capítulo se inserta dentro del área de análisis de los derechos humanos de las personas con discapacidad frente la Administración Pública y tiene como objetivo hacer un breve

recorrido sobre la forma en cómo el Estado salvadoreño ha institucionalizado el respeto a los derechos de las personas con discapacidad para luego abordar el marco regulatorio vigente en el país. El trabajo contiene un examen del grado de aplicación de la Ley de Inclusión de las Personas con Discapacidad y de la respectiva política nacional a cargo del Consejo Nacional para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (CONAIPD).

Asimismo, reflexiona sobre la política de igualdad y no discriminación que lleva a cabo la Procuraduría General de la República, a través de la Procuraduría Adjunta de Víctimas y otros Sectores Vulnerables y la Unidad de Género e Inclusión, exponiendo un caso concreto de inclusión institucional a través de la enseñanza del Lenguaje de Señas Salvadoreñas. El ensayo trata de hacer una radiografía del cumplimiento del marco normativo en la materia que va desde la política nacional impulsada por el Gobierno Central hasta cubrir el trabajo de una institución concreta de Estado, como lo es la Procuraduría General de la República.

En este contexto, lo primero que habría que decir es que la salud no simplemente significa la ausencia de enfermedad, sino que es el ejercicio de un derecho humano básico. Se ha podido comprobar estadísticamente que la incidencia de discapacidades es mucho más frecuente entre individuos de bajos recursos económicos y de bajo nivel educativo, lo cual no es de extrañar si se toma en cuenta que personas con una mayor solvencia pueden tratar dichas discapacidades suprimiéndolas o reduciéndolas.<sup>65</sup> Lo anterior también es muy significativo si se toma en cuenta que los servicios que presta la Procuraduría General de la República en El Salvador son gratuitos y que la base de la población usuaria que se atiende pertenece a un sector de bajo estrato económico. De lo anterior se puede deducir que existe una alta probabilidad de que a dicha institución se acerquen personas que adolecen de distintos tipos de discapacidad.

Ahora bien, para una mejor comprensión de la temática a tratar uno de los primeros aspectos que se tiene que dilucidar es lo

---

<sup>65</sup> AMATE, A. et al., *Discapacidad y derechos humanos*, 1ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1992, p. 25.



que se entenderá por “discapacidad”. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define discapacidad como “*toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia), de la capacidad de realizar una actividad en la forma correcta o dentro de la norma*”<sup>66</sup>. En otras palabras, una discapacidad representa la objetivación de una deficiencia. En este contexto, las discapacidades constituyen una insuficiencia para llevar a buen término una actividad rutinaria; estas discapacidades pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles y progresivas. Las discapacidades además pueden ser psicológicas, físicas, sensoriales o de otro tipo.<sup>67</sup>

Desde esta perspectiva, las discapacidades, en términos generales, no solo tienen una relevancia para la salud pública, sino que también tienen una connotación política en el sentido de que constituyen una preocupación social, a la cual debe prestársele la debida atención. Al mismo tiempo se necesita que las instituciones públicas adopten políticas de atención hacia los usuarios que padecen de alguna discapacidad a fin de que sean tratados de una forma más horizontal e integral, pero ¿En qué sentido integral? A través de la prestación de servicios de rehabilitación, incluyendo a este sector en distintas áreas de planificación y educando a los empleados públicos a través de los Centros de Formación o Escuelas de Capacitación de cada institución para evitar actitudes negativas o discriminatorias de su parte.<sup>68</sup>

Además, la integralidad viene dada por el desarrollo de políticas de inclusión por grupo, por ejemplo, a través de la colocación de letreros en lenguaje braille para los ciegos o a través de la readecuación de las instalaciones en casos de discapacidades motrices.<sup>69</sup> Cuando se habla de servicios de la Administración

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 27, 28.

<sup>67</sup> *Ídem*.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 29, 30, 32.

<sup>69</sup> Sobre el tema Ramírez Monsalve afirma que los Estados independientemente del gobierno de turno deben impulsar y sostener una política pública en materia de discriminación, o mejor dicho políticas públicas porque como se sabe existen distintos tipos de discapacidades que pueden acarrear distintos tipos de discriminaciones y al mismo tiempo reducir la posibilidad de que los servidores públicos discriminen al que ya es

Pública dirigidos hacia usuarios con discapacidad no solo se debe pensar en dichos sujetos, sino también en sus familias ya que requieren de mayores demandas de forma conjunta. Indiscutiblemente, el Estado debe cumplir con la función de legislar en esta materia y hacer cumplir los derechos de este sector, asimismo, debe fungir como el coordinador de la política de inclusión. En este orden de ideas, la discapacidad como fenómeno social tiene una dimensión política y una dimensión jurídica; política en el sentido de que implica toma de decisiones desde todos los niveles jerárquicos de gobierno, comenzando desde el Presidente de la República, y jurídica desde la óptica de que necesita un marco regulatorio de obligatorio cumplimiento. En esta dirección, todas las instituciones del Estado deben de actuar de manera coordinada y contar con la participación de las mismas personas discapacitadas.<sup>70</sup>

En el caso de la Procuraduría General de la República, el Centro de Formación, Análisis e Investigación es otra de las unidades que también estimula el desarrollo de la referida política a través de la implementación de cursos formativos con enfoque de inclusión como el que se ejecutó en el año 2021 en coordinación con el Consejo Nacional para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (CONAIPD), del cual se graduaron al menos diecisiete empleadas de la institución que representaban a doce Procuradurías Auxiliares que existían en ese momento y que consistió en el aprendizaje del Lenguaje de Señas Salvadoreñas (LESSA) a nivel básico. Dicho curso tuvo una duración de diez sesiones que fueron impartidas por el Presidente de la Asociación Salvadoreña de Sordos (ASS). Tal y como se expresa en la doctrina, la Procuraduría General de la República ha pasado de un paradigma asistencialista a uno de respeto a los derechos humanos, en el cual se concibe a las personas sordas como sujetas de derecho. Cabe decir que este taller no era la primera vez que se hacía, en años anteriores

---

discriminado socialmente, lo que produciría una especie de revictimización. Véase: RAMÍREZ, P., "Un debate en torno al trato preferencial: la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación del Colectivo de Desplazados por el Conflicto Armado Interno", *Revista Ratio Juris*, Vol. 6, No. 13, (julio-diciembre 2011), p. 113.

<sup>70</sup> AMATE, A., et al., *Op. cit.*, pp. 29, 30, 32.

hubo otros empleados graduados de dicho Lenguaje de Señas.<sup>71</sup>

Algunos de los temas vistos en el curso básico de LESSA fueron: el alfabeto, los números, fechas, los meses del año, los días de la semana, el himno nacional de El Salvador, nombre de lugares en el país: nombres de Municipios y Departamentos de la República, miembros de la familia, nombres cortos de personas, cómo hacer una presentación personal, etc. La idea de tomar cursos básicos de LESSA es, que haya al menos un empleado por Procuraduría Auxiliar que sepa comunicarse con personas sordas o con limitaciones auditivas. También se pretende que exista al menos una persona que domine dicho lenguaje a nivel de Unidades Funcionales en las Oficinas Centrales. Lo fundamental es que el personal de la Procuraduría General de la República, sobre todo, el que presta atención al usuario de manera directa pueda tomar datos personales para formar expedientes, abrir los casos y derivar de forma efectiva.<sup>72</sup>

En definitiva, la política de inclusión institucional también se refleja por el hecho de que la Procuraduría General de la República se une a la celebración del día internacional de las lenguas de señas, que es, precisamente, el día veintitrés de septiembre de cada año. En ese sentido, la filosofía institucional es que las lenguas de señas y en especial LESSA garantizan derechos humanos tales como acceso a la información y a la justicia reconocidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En esta dirección también habría que decir que, en el año 2020, la institución en su red social

---

<sup>71</sup> Es interesante mencionar los prejuicios de género que aún pueden estar jugando un rol importante en la atención de este sector, ya que todas las graduadas del referido curso fueron mujeres, lo cual se podría explicar debido a que históricamente las mujeres han estado más relacionadas con funciones de cuidado. Pareciera ser que el machismo aprendido a nivel social y en el seno de los hogares también se traslada al ámbito institucional.

<sup>72</sup> En este sentido, se tiene conocimiento de algunas experiencias exitosas de empleados dentro de la Procuraduría que han sido intérpretes de personas sordas, por ejemplo, que han intervenido en casos de despidos injustificados. A través del dominio de LESSA también se ha logrado explicar a usuarios sordos los requisitos legales que necesitan para poder impulsar sus pretensiones legales.

Facebook publicó pequeñas capsulas de LESSA. La iniciativa se denominó “Aprendiendo LESSA con PGR”.

## **II. Institucionalización de los derechos humanos de las personas con discapacidad en El Salvador.**

Evidentemente cuando se afirma que los derechos de las personas con discapacidad son derechos humanos, se está tomando como base el axioma de respeto a la dignidad humana. Esta es una idea que está inscrita en el constitucionalismo contemporáneo<sup>73</sup> y, de hecho, la Constitución de El Salvador de 1983, se adhirió a dicha tendencia antropocéntrica cuando en su artículo 1 estableció que el Estado reconocía a la persona humana como el centro de su actividad.

Desde la óptica histórica se considera que hay un punto de inflexión para que los derechos de las personas con discapacidad sean considerados como derechos humanos y es, precisamente, cuando el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías en materia de discapacidad, Leandro Despouy en 1992 presentó un informe sobre este sector, titulado “Los Derechos Humanos y las personas con discapacidad”, en el cual se afirmó de manera explícita, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación No. 5 y luego por la antigua Comisión de Derechos Humanos, que los derechos de estas personas eran Derechos Humanos.<sup>74</sup>

Desde este ángulo, en El Salvador, la protección de los derechos de las personas con discapacidad constituye uno de los subsistemas de promoción y protección de derechos humanos. Los restantes subsistemas son: 1) personas privadas

---

<sup>73</sup> ARGUETA, J. y PÉREZ, S., *Respeto y garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad* [Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas], Universidad de El Salvador, San Salvador, 2004, p. 26.

<sup>74</sup> BIEL, I., “*La discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, p. 3, consultado el 18/07/2022 de URL <https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/extranjero/derechos-humanos/Israel-Biel-Portero-Discapacidad-Sistema-Interamericano-DDHH.pdf>

de libertad, 2) pueblos originarios, 3) niñez y adolescencia, 4) mujeres, 5) medio ambiente, 6) pacientes con VIH/SIDA, 7) personas migrantes, 8) trabajadores, 9) personas adultas mayores, 10) juventud, 11) comunidad LGTBI+ y 12) víctimas de delitos y abusos de poder. Como puede observarse de manera clara, a pesar de la diversidad, todos estos sectores tienen una característica en común y es que son vulnerables o están en una situación de desventaja respecto al resto de la población.<sup>75</sup>

Se llaman subsistemas de derechos humanos debido a que forman parte del sistema nacional. Cada subsistema tiene sus propias leyes, instituciones y mecanismos que preservan y favorecen los derechos de las personas que puedan estar ubicados en cada uno de ellos. Ahora bien, ciertas personas, por sus propias características específicas pueden estar ubicados en dos o más de estos subsistemas; y a esto se le denomina “interseccionalidad”. Como ejemplo podría tomarse una persona sorda, que sea adulta mayor y que a su vez padezca de VIH. Todas estas causas, de manera conjuntada, pueden llevar a una discriminación exponencial o como se menciona en la Convención Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, podrían llevar a una discriminación múltiple o agravada.<sup>76</sup>

Si una persona con discapacidad, cuando requiere de un servicio público, es discriminada o mal atendida, además de ser una grave violación a sus derechos humanos, se constituye una falta de ética del o de los funcionarios por los que fue atendida de acuerdo al principio de igualdad establecido en el artículo 4 literal “c” de la Ley de Ética Gubernamental<sup>77</sup> aunque el artículo 6 literal “j” del mismo cuerpo legal es aún más específico al establecer que está prohibido negar la prestación de un servicio público por razón de nacionalidad, raza, sexo, discapacidad u otra causa. Hay que poner de relieve también que la

---

<sup>75</sup> ESCUELA DE DERECHOS HUMANOS, *Curso básico de derechos humanos*, 1ª ed., Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, San Salvador, El Salvador, 2021, p. 24.

<sup>76</sup> *Ídem.*

<sup>77</sup> La disposición establece que se debe: “Tratar a todas las personas por igual en condiciones similares”.

Procuraduría General de la República cuenta con su propio Código de Ética interno, el cual en su capítulo II establece los principios y valores éticos que debe practicar la persona servidora pública; en su artículo 5 literal “d”, establece que los servicios deben ser prestados a todos los usuarios sin distinción de ningún tipo. En el literal “n” se establece el principio institucional de Igualdad y no discriminación:

Se prestará el servicio a todas las personas en igualdad de condiciones sin distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, condición de discapacidad, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la situación migratoria, la lengua, las opiniones, la orientación sexual, filiación política, o en cualquier otra situación que pueda generar discriminación a la persona usuaria.<sup>78</sup>

Aunado a lo anterior habría que decir que la atención a este tipo de personas también depende de los principios y valores de los derechos humanos, como podrían ser la solidaridad y la empatía. Habría que tomar en cuenta otros aspectos que también pueden imposibilitar el cumplimiento de los derechos humanos de este tipo de sectores de la población, como sería el hecho de que tanto la Procuraduría General de la República como la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos cuentan con bajos presupuestos.<sup>79</sup>

Ahora bien, habría que ser específico en decir que, en el caso de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, se cuenta con un Departamento de Discapacidad y Derechos Humanos, el cual, según el Reglamento de Organización y Funciones, en su artículo 24, debe: 1) Realizar campañas de sensibilización tanto a nivel interno como externo, 2) Dar seguimiento a los derechos humanos de las personas con discapacidad y 3) Elaborar informes periódicos de su situación.

---

<sup>78</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, **Código de ética de la Procuraduría General de la República**, San Salvador, El Salvador, 2020, p. 10.

<sup>79</sup> FUNDACIÓN DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO, **Cumplimiento y vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en El Salvador**, s.e., San Salvador, El Salvador, 2004, p. 25.

Asimismo, cabe mencionar que si alguna persona con discapacidad sufre de algún tipo de discriminación por su condición corresponde a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos recibir la denuncia, la cual podría derivar en una acción inmediata por parte de la institución o en algún tipo de asesoría legal.

Desde esta perspectiva habría que señalar que la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos publicó en junio de 2010 un *Manual de violaciones a derechos humanos con enfoque de género*, en el cual se estableció de manera clara que, en El Salvador, se viola el derecho humano de acceso a la justicia, el cual consiste no solamente en que se resuelva sobre lo peticionado, sino que se resuelva de manera pronta y cumplida. Además, dicho manual establece que la justicia debe ser diferenciada y equitativa en consideración a los grupos vulnerables; y que la Administración Pública debe derribar todos aquellos obstáculos que puedan impedir o retardar la justicia a los grupos en situación de vulnerabilidad.<sup>80</sup>

El documento también manifiesta que las instituciones del Estado salvadoreño deberían de ser sancionadas por la ausencia o la inaplicabilidad de políticas de acceso a la justicia que promuevan y favorezcan una justicia más inclusiva para las personas en situación de vulnerabilidad; incluso, establece que los Estados, a nivel internacional, pueden ser sancionados por no proveer de un presupuesto suficiente para atender a estos sectores dentro de la Administración de Justicia, tal y como se mencionó antes.<sup>81</sup>

Hablar de justicia y de derechos humanos de las personas con discapacidad no debe ser un asunto meramente doctrinario o filosófico ya que esto, planteado así, podría parecer un asunto de relevancia solo para teóricos o eruditos del derecho. De lo que se trata en definitiva es de que haya una reflexión que permita la realización del valor justicia de una forma más

---

<sup>80</sup> PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, ***Manual de calificación de violaciones a derechos humanos con enfoque de género***, 1ª ed., Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, San Salvador, El Salvador, 2010, pp. 102, 103.

<sup>81</sup> *Ídem*.

efectiva y realista, sobre todo en países de América Latina donde las instituciones que conforman el sector están muy mal evaluadas y las cuales no generan confianza hacia la población debido, entre otras cosas, a los altos niveles de corrupción, o, en otras palabras, ante la inoperancia y la corrupción en las instituciones públicas que golpea a toda la población, pero que golpea más a los sectores vulnerables. Desde esta óptica, existe un estado de derecho y una institucionalidad débiles, lo cual redundaría en una democracia frágil y de baja calidad. Con base a lo anterior, todas las instituciones del Estado deben estar sujetas a rendir cuentas y a ser fiscalizadas por la ciudadanía.<sup>82</sup>

El punto esencial aquí es que las personas que sufren de algún tipo de discapacidad, al igual que el resto de la población, tienen conflictos de intereses con relevancia jurídica, tanto de manera individual como colectiva. Por tanto, tienen el derecho a acceder a todos los procesos y procedimientos previamente establecidos en la legislación nacional, ya sea en el ámbito administrativo o judicial, pero lo importante es que estos servicios sean prestados con un enfoque de inclusión.<sup>83</sup>

A partir de la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad, El Estado salvadoreño está obligado a crear una política de inclusión que aspire a tener un carácter programático, práctico y medible en el tiempo. Desde esta perspectiva, se debe aspirar a tener empleados y funcionarios públicos comprometidos y conscientes de que su cargo constituye un privilegio, en el sentido de que manejan una pequeña cuota de poder para solucionar o tramitar X o Y problema, lo cual también conlleva una enorme responsabilidad. La función administrativa debe tratar de facilitar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones, en términos más amplios, y la Administración Pública es responsable de cumplir y hacer cumplir los derechos humanos fundamentales”.<sup>84</sup> En consecuencia, Vicente Rivas

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 104, 105.

<sup>83</sup> *Ídem*.

<sup>84</sup> RIVAS, V., “**Jurisprudencia constitucional sobre los principios constitucionales de la Administración Pública**”, s.e., San Salvador, s.f., pp. 7, 8. Consultado el 4/02/2022 de URL <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2018/05/CBD36.PDF>



Moreno establece lo siguiente: “*En la actuación administrativa se pueden plantear tratamientos diferenciados para conseguir resultados que promuevan la igualdad real; no debe olvidarse que este es uno de los presupuestos del Estado Constitucional de Derecho*”.<sup>85</sup> Dicho autor sostiene que el trato diferenciado, en el caso de personas que sufren de alguna discapacidad, está constitucionalmente justificado por la aspiración legítima de pasar de una igualdad formal a una material.<sup>86</sup>

Ahora bien, El Salvador ha dado algunos avances en el campo de la inclusión por razones de incapacidad, por ejemplo, emitió la Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, y su reglamento, en el año 2000. Otro avance es la creación del Consejo Nacional para la Atención Integral de las Personas con Discapacidad fundado por Decreto Ejecutivo No. 111, de fecha 6 de diciembre de 1993. Asimismo, el 1 de junio de 2009 se creó la Secretaría de Inclusión Social como una dependencia de Casa Presidencial, la cual sería la responsable de implementar políticas de inclusión social y de no discriminación, con base a derechos humanos. En dicho informe también se llegó a la conclusión de que en la creación y desarrollo de las políticas no se contaba con la participación de la sociedad civil, los distintos sectores con discapacidad no tenían representación en el CONAIPD y además el CONAIPD no tenía capacidad de implementación de sus decisiones.<sup>87</sup>

En base a estas falencias es que se emitió un nuevo decreto ejecutivo en el año 2010 en donde se reconfiguraba dicho instituto de tal modo que se incorporó a representantes de la sociedad civil de acuerdo a los distintos tipos de discapacidades ya fueren físicos, visuales, auditivos, mentales o intelectuales; y la Secretaría de Inclusión Social se convirtió en la Secretaría Ejecutiva del CONAIPD, es decir, que esta Secretaría sería la

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>86</sup> *Ídem*.

<sup>87</sup> GOBIERNO DE EL SALVADOR, *Primer informe periódico de la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, San Salvador, pp. 7, 10, 11, consultado el 29/07/2022 de URL:

[https://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/futuresession/CRPD.C.SLV.1\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/futuresession/CRPD.C.SLV.1_sp.doc)

encargada de garantizar la ejecución de las decisiones del pleno del CONAIPD, facilitando su funcionamiento estratégico y operativo.<sup>88</sup>

Debe decirse que la política de inclusión aprobada por el Presidente de la República es diseñada con un enfoque de derechos humanos y responde a obligaciones internacionales sobre la materia. El CONAIPD puede tomar todos los acuerdos que considere necesarios para ir haciendo los ajustes entre los instrumentos internacionales y la legislación nacional, ya que este es el encargado de proponer al Presidente todos los mecanismos que sean necesarios como la creación y derogación de leyes o asignaciones presupuestarias que juzgue pertinentes. De hecho, el CONAIPD también puede hacer análisis e investigaciones sobre la situación de las personas con discapacidad en el país y para ello puede solicitar la colaboración de entidades públicas y privadas.<sup>89</sup> Precisamente, a esto hace referencia el concepto de “ajustes razonables” del que hablan los tratados internacionales<sup>90</sup>, o sea, ir creando la institucionalidad y la legislación correspondiente.

Según el artículo 18 de la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad, el Pleno actual del CONAIPD, por parte del Estado, queda conformado por la Procuraduría General de la República y los Ministerios de Salud, Trabajo y Previsión Social, Obras Públicas, Educación, Hacienda y Gobernación; y por parte del sector privado, por las asociaciones con discapacidad física, auditiva, visual, mental, intelectual, de padres de niños con discapacidad y fundaciones que se dedican al tratamiento de discapacidades y su rehabilitación. Cabe mencionar que el Procurador General de la

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 13, 14, 15, 16.

<sup>90</sup> La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 3 proporciona algunas definiciones aclaratorias, específicamente, en el inciso cuarto establece “Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

República tiene la obligación legal de asistir a las sesiones plenarias a las que fuere convocado por el CONAIPD. Para el 31 de marzo de 2010 se estimaba que en El Salvador había al menos 196,807 personas mayores de edad con discapacidad, pero evidentemente este dato podría ser un sub-registro ya que el cálculo se hizo en base a personas que solicitaban el Documento Único de Identidad (DUI) y se realizó sin tomar en cuenta a las personas menores de esa edad.<sup>91</sup>

### **III. Marco regulatorio de los derechos de las personas con discapacidad en El Salvador**

#### **a. Legislación internacional.**

La legislación internacional debe entenderse como normas de carácter internacional tales como las convenciones, tratados y protocolos que se originan en el Sistema de Naciones Unidas o en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que han sido ratificados por El Salvador.<sup>92</sup>

En este sentido, la discapacidad es un tema que está dentro de la agenda de los derechos humanos tal y como lo reafirma la Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas (ONU), la cual el 13 de diciembre de 2006, decretó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, misma que fue ratificada por El Salvador mediante Decreto Legislativo Número 420 del 4 de octubre de 2007 y publicada en el Diario Oficial Número 205, Tomo 377 del 5 de noviembre de 2007. Se debe aclarar que la Convención también cuenta con un Protocolo Facultativo (2006), el cual está ratificado mediante Decreto Legislativo Número 420 del 4 de octubre de 2007 publicado en el mismo Diario Oficial que la Convención. Cabe decir además que el Protocolo Facultativo fue reformado por Decreto número 920 del 8 de enero de 2015

---

<sup>91</sup> GOBIERNO DE EL SALVADOR, *Op. cit.*, pp. 13, 14, 15, 16.

<sup>92</sup> NAJARRO, F., *Módulo de formación respecto a la normativa nacional e internacional que regula los derechos de las personas con discapacidad e identificación de buenas prácticas nacionales e internacionales*, 1ª ed., Unidad Técnica del Sector Justicia, San Salvador, El Salvador, 2020, p. 31.

y dicha reforma fue publicada en el Diario Oficial Tomo 406 del 5 de febrero de 2015.<sup>93</sup>

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento de carácter universal, el cual obliga a los Estados a adoptar medidas de acción positiva y políticas públicas; y su Protocolo Facultativo permite que las personas y grupos presenten denuncias ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicho Comité constituye un enlace entre el sistema internacional de protección y los actores del sistema de protección nacional tales como el Órgano Ejecutivo, el Órgano Judicial y la Asamblea Legislativa, pero además con la sociedad civil en general.<sup>94</sup> El decreto de este instrumento internacional reconoce que a las personas que sufren de distintas discapacidades, ya no se les debe ver como objetos de políticas asistencialistas o paternalistas, sino como sujetos de derecho.<sup>95</sup>

Desde una perspectiva sociológica, hay una tendencia a pensar que la discriminación por razones de discapacidad proviene del sistema capitalista, en el sentido de que este consideraría a las personas de este sector como poco o nada productivas, es decir, sería una concepción que provendría del mercado, en donde se juzgaría el valor de una persona por su utilidad o valor de uso. Resulta innegable que, desde esta percepción, la dignidad humana se vería francamente vulnerada en función de una visión meramente empresarial, y por tanto habría que reconocer que todas las personas son fines en sí mismas y no medios. Por otro lado, todavía sigue prevaleciendo muy fuertemente en la mayoría de los países del mundo la cosmovisión de que las personas con discapacidades carecen o tienen reducida su autonomía y que, por tanto, hay que asistirles, una idea que también iría en contra de su dignidad humana. Con estas reflexiones lo que se quiere hacer ver es que no hay que dar por sentado que la discapacidad sea asunto

---

<sup>93</sup> ESCUELA DE DERECHOS HUMANOS, *Op. cit.*, p. 36.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>95</sup> PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 1ª ed., España, Ediciones Cinca, 2007, pp. 9, 11.

solo de derechos humanos, sino que ha sido un concepto que ha venido evolucionando a través del tiempo hasta alcanzar el grado de derechos fundamentales reconocidos en distintas constituciones desde el mismo momento en que estas establecen la igualdad entre todas las personas.<sup>96</sup>

Otro principio muy importante de abordar acá es el de “accesibilidad”<sup>97</sup>, el cual puede tener distintas connotaciones que van desde el acceso a entornos físicos, tales como edificios públicos, instalaciones médicas, centros de trabajo, etcétera hasta el goce irrestricto a bienes y servicios. En cuanto a las políticas institucionales, estas conformarían un conjunto de normas mínimas y directrices que irían encaminadas a facilitar la accesibilidad en su sentido más amplio que conllevaría tanto lo físico como los servicios, incluso, el derecho a recibir información a través de herramientas tecnológicas.<sup>98</sup>

De acuerdo con un informe emitido por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial, en 2018, existen más de mil millones de personas con discapacidad en el mundo, lo que representaría el 15% de la población mundial total.<sup>99</sup> Como puede observarse es un número muy representativo al cual debe prestársele la debida atención. Desde la Convención misma se establece que la implementación de una política de inclusión dirigida a las personas con discapacidad debe ser transversal y progresiva. Cuando se hace alusión a transversal quiere decir que todos los servidores públicos y ciudadanía en general deben de conocerla e implementarla y cuando se refiere a progresiva, quiere decir que debe tener una implementación gradual en la medida de que los recursos sean suficientes.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>97</sup> El derecho de accesibilidad se encuentra recogido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La disposición habla de entorno físico, transporte, información, etc., es decir, la Convención entiende “accesibilidad” en un sentido amplio.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 103, 104.

<sup>99</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Los principales derechos de las personas con discapacidad*, 3ª ed., México D. F., s.e., 2018, p. 3.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 5.

Debe mencionarse que El Salvador es Estado Parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero originalmente con una reserva genérica, la cual es: “*en la medida que esta sea compatible con la Constitución*”. Como se ya se dijo, El Salvador suscribió dicha convención el 30 de marzo de 2007 y la ratificó el 4 de octubre del mismo año.<sup>101</sup> En ese sentido, el Estado habría adquirido ya la obligación de proteger y garantizar el respeto a los derechos civiles, políticos, sociales y culturales de las personas con discapacidad. Esto quiere decir que el Estado de El Salvador tiene que hacer “ajustes razonables” a fin de que dicho instrumento internacional tenga un cumplimiento verificable y precisamente la concepción de “ajustes razonables” hace referencia a que las personas con discapacidad de los países suscriptores puedan disfrutar de todos los bienes y servicios públicos y privados. Cabe mencionar que uno de los principios más relevantes de dicha Convención es el establecido en el artículo 3, literal d, sobre que los Estados deben de garantizar “*El respeto por la diferencia y la aceptación por las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana*”. El artículo 13 de dicha Convención es aún más específico al establecer el derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones, mediante el ajuste de procedimientos.<sup>102</sup>

Respecto a la reserva genérica, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos ha sido de la opinión que contraviene el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y al mismo tiempo el artículo 46 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, precisamente, por ser demasiado general.<sup>103</sup> Ahora bien, habría que aclarar que por Decreto 920 de 2007 emitido por la Asamblea Legislativa, esta, debido a la presión de la comunidad internacional, retiró la referida reserva quedando ratificada la Convención en todo su conjunto. Asimismo, El Salvador rindió un primer informe al respecto donde se llegó a

---

<sup>101</sup> GOBIERNO DE EL SALVADOR, *Op. cit.*, p. 3.

<sup>102</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Op. cit.*, pp. 6, 9, 10, 11, 12.

<sup>103</sup> *Ídem.*

la conclusión de que aún había camino por recorrer en cuanto a armonizar la Convención con la legislación interna, al mismo tiempo se determinó ámbitos de gestión pública que debían ser “mejorados”.

Debe decirse que además de la Convención y el Protocolo Facultativo, a nivel internacional existe la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la cual constituye un instrumento de derechos humanos del Sistema Interamericano que es específico en cuanto a la calidad del sujeto que protege.<sup>104</sup> La Convención fue elaborada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1999 y de la cual El Salvador también es parte suscriptora y ratificadora.<sup>105</sup> Fue ratificada mediante Decreto Legislativo No. 610 del 15 de noviembre de 2001 y aparece con vigencia en El Salvador según Diario Oficial No. 238, Tomo 353 del 17 de diciembre de 2001 en donde fue publicada.<sup>106</sup> En el artículo 3 de esta última se establece que los países suscriptores deben crear legislación interna especializada en la materia y además formar a los responsables de su implementación, con el objetivo de sensibilizar a toda la población a través de campañas de educación que tiendan a ir deconstruyendo prejuicios y estereotipos<sup>107</sup> encaminados a disminuir la dignidad de las personas pertenecientes a este sector, los cuales pueden expresarse a través del lenguaje cotidiano, como por ejemplo cuando se dice coloquialmente: “el cogito”, “el cieguito” o “el mudito”. De lo que se trata entonces es no solo erradicar la discriminación de las personas con alguna discapacidad, sino también prevenirla.

En estos procesos las organizaciones de personas con discapacidad no deben quedar al margen, sino que tienen que participar de forma conjunta con el Estado en cuanto a la

---

<sup>104</sup> ESCUELA DE DERECHOS HUMANOS, *Op. cit.*, p. 28.

<sup>105</sup> CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDAD, *Compendio legal sobre discapacidad*, 1ª ed., s.e., Perú, 2014, p. 52.

<sup>106</sup> ESCUELA DE DERECHOS HUMANOS, *Op. cit.*, p. 34.

<sup>107</sup> CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDAD, *Op. cit.*, p. 49.

implementación de políticas que les favorezcan;<sup>108</sup> no hacerlo sería tan ilógico como tratar de promover derechos indígenas sin tomar en cuenta a sus poblaciones. El Estado de El Salvador, como parte firmante de dicho convenio regional, deberá presentar un informe de los avances que se den como país en la aplicación de la Convención cada cuatro años. Puede decirse, entonces, que son dos los grandes instrumentos internacionales de protección a los derechos de las personas con discapacidad: 1) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y 2) la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad; aunque existen otros como el Protocolo de San Salvador, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que específicamente en su artículo 18 habla de la “Protección de los minusválidos”.<sup>109</sup>

#### **b. Legislación nacional.**

Así como hay una normativa internacional que protege los derechos de las personas con discapacidad también hay una nacional. La Ley de Procedimientos Administrativos, establece, por ejemplo, una obligación legal tanto para la Procuraduría General de la República como para las instituciones estatales en general, ya que en su artículo 1 regula los derechos que gozan los ciudadanos frente a la Administración Pública. Esto tiene íntima relación con el artículo 16 numerales 5 y 6 del mismo cuerpo legal que establece que los administrados, en este caso usuarios de dicha institución, deben ser tratados con respeto y dignidad en cuanto a las prestaciones que soliciten ya sean legales, psicológicas o sociales, pero hace una deferencia especial con respecto a aquellas personas que se encuentran en alguna situación de indefensión, debilidad manifiesta o discapacidad, los cuales tendrán derecho a recibir un trato preferencial por parte de las autoridades y demás personal que conforma la Administración Pública. El artículo 2 de dicha ley reafirma que las tres instituciones que conforman el Ministerio

---

<sup>108</sup> *Ídem.*

<sup>109</sup> NAJARRO, F., *Op. cit.*, p. 48.



Público, Fiscalía, Procuraduría y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos tienen la referida obligación.

Esta regulación de un trato singular tendría su asidero en el artículo 1 de la Constitución que establece que “*El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado*”. Filosóficamente hablando, el Estado no tendría razón de ser si no hubiese administrados que tutelar. El punto es que no todas las personas están en la misma situación o condición para acceder a la prestación de un servicio público y es por eso que este tiene que reducir al máximo las barreras que imposibiliten o menoscaben el goce de dichas prestaciones. Luego, la Constitución en su artículo 3 establece que “*Todas las personas son iguales ante la ley*”, aplicando el principio al caso concreto significa que un servidor público no puede ejercer ninguna acción que implique discriminación por ningún motivo.

De forma similar la Constitución reivindica los derechos de las personas que adolecen de limitantes, al establecer en el artículo 37 inciso segundo una obligación legal a los centros de trabajo para que contraten personas “*con limitaciones o incapacidades físicas, mentales o sociales*”. En El Salvador, toda persona tiene derecho a un trabajo, sin importar que tenga alguna de las limitaciones antes aludidas, lo que haría falta en la realidad social salvadoreña sería una aplicación efectiva de dicho derecho y que el Estado, a través del Ministerio de Trabajo y Previsión social y el sistema de justicia, hicieran cumplir la Ley de Equiparación de Oportunidades.<sup>110</sup>

También habría que decir que el artículo 11 de la Ley de Procedimientos Administrativos establece las Normas de Atención al Público, lo cual no solo tiene que ver con el mero cumplimiento del servicio, sino también con la calidad con la cual se presta.<sup>111</sup> Evidentemente esto implica un enfoque de resultados y buen trato y es por eso que los Centros de Formación o Escuelas de Capacitación de cada institución

---

<sup>110</sup> MÉNDEZ, A., “***El derecho al trabajo de las personas con discapacidad en El Salvador***”, Ensayo para el curso de especialización en derecho administrativo de la salud para obtener el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2021, p. 1.

<sup>111</sup> RIVAS, V., ***Op. cit.***, p. 29.

tienen que incluir dentro de sus planes de capacitación anual distintos ejes temáticos de inclusión. Algo que se ve desde un punto de vista meramente académico, en realidad, le estaría dando cumplimiento al derecho de las personas con discapacidad para tramitar sus pretensiones con el Estado. Tal y como lo asevera la doctrina, respetar los derechos humanos de las personas con discapacidad, y concretamente fomentar el lenguaje de señas, contribuye a evitar injusticias prevenibles.<sup>112</sup>

Es interesante observar que dentro de las funciones del CONAIPD está capacitar en el conocimiento sobre la Ley Especial de Inclusión de Personas con Discapacidad y, al mismo tiempo, llevar a cabo procesos de sociabilización en discapacidad. Dicha ley tiene como objetivo, en su artículo 1, proteger los derechos de las personas con discapacidad y sostiene que su articulado se aplicará tanto a las instituciones gubernamentales como no gubernamentales y privadas. Por otro lado, en su artículo 2 declara la atención de personas con discapacidad como de interés público, con lo cual se vislumbra cierta política de Estado, la cual tiene un enfoque de derechos humanos. En su artículo 4 queda evidenciado que la visión del Estado es derribar todas las barreras que impidan el acceso a la justicia de estas personas bajo un enfoque de diseño universal que va referido a programas, bienes, servicios, etc. El acceso debe ser entendido en el sentido más amplio posible a fin de garantizar el mayor grado de autonomía de los usuarios.

En este contexto, es importante hablar de la categoría “Ajustes de procedimiento”, establecido en el artículo 4, literal “n” que consiste en modificar todos los procesos y procedimientos de la Administración de Justicia dirigidos a las personas con discapacidad. Esto quiere decir que debe haber flexibilidad en los procesos y diligencias procesales. Además, debe haber intérpretes y acceso a la información jurídica. Según el artículo 9 de dicha ley, es al Estado, a través del CONAIPD y las municipalidades, a quienes les corresponde llevar a cabo distintas políticas públicas y programas encaminados a incluir a

---

<sup>112</sup> HEREDIA, E., et al, “La convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad y las teorías de justicia: la participación política de las personas con discapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 51, No. 134, enero-junio 2021, pp. 8, 9.

las personas con discapacidad; incluso, las instituciones autónomas están obligadas a crear normativa interna al respecto.

Para cumplir con las políticas y los programas, el Estado debe asignar un presupuesto, ya que lo que se pretende es que esta visión no quede solamente en el ámbito de las buenas intenciones. Asimismo, se debe poner de relieve que el capítulo III, de la referida ley, es prácticamente una enumeración y desarrollo de los derechos humanos de las personas con discapacidad, los cuales son: 1) Capacidad jurídica para obligarse<sup>113</sup>, 2) derecho a formar una familia, 3) derecho a la propiedad y a la posesión y 4) derecho a la vida política y pública. Ya dentro del capítulo IV de la Ley en el artículo 33 se reconoce el derecho de acceso a la justicia, en el cual se establece que las personas con discapacidad tienen derecho a tener asistencia, asesoría y representación legal y administrativa gratuita por parte de la Procuraduría General de la República.

Podría decirse, entonces, que en El Salvador existe todo un marco normativo interno que protege a las personas con discapacidad, ya sea de manera directa o indirecta: 1) la Constitución de la República, 2) la Ley de Procedimientos Administrativos, 3) la Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y su reglamento, 4) la Norma Técnica Salvadoreña NTS 11.69.01:14 sobre urbanismo y arquitectura, 5) la Ley de Beneficio para la Protección de los Lisiados y Discapacitados a consecuencia del conflicto armado

---

<sup>113</sup> Pérez Bueno sostiene que el concepto de capacidad jurídica se refiere a que una persona con discapacidad no puede ser sustituida o representada en la toma de decisiones por otra. En ese sentido si hubiese una contradicción entre las legislaciones internas de cada país y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, prevalecerá esta última. Las personas con discapacidad y las consideradas normales tienen la misma capacidad jurídica. El espíritu de la Convención es que los Estados deben limitar su apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica plena. Véase: PÉREZ, L, *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*, 1ª ed., Ediciones Cinca, España, 2010, pp. 65, 66.

y su reglamento, 6) la Ley del Instituto de Rehabilitación de Inválidos entre otras.<sup>114</sup>

#### **IV. Política de inclusión del Estado de El Salvador.**

Debe decirse que tanto el Decreto No. 80, de fecha 17 de junio de 2010 y mediante el cual se establece la creación del CONAIPD, como la misma Política Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad son consideradas normativa interna en la materia.<sup>115</sup> En el 2015 se realizó una encuesta nacional de personas con discapacidad y en mayo del 2016, se realizó una interpretación de la misma; esto como parte de las obligaciones adquiridas por parte del Estado salvadoreño respecto a darle cumplimiento al artículo 31 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicha disposición está referida a la obligación de los Estados de recopilar información para determinar el grado de cumplimiento de las políticas dirigidas a este sector.

La encuesta se realizó durante la presidencia de Salvador Sánchez Cerén, a través de la Secretaría Técnica, el CONAIPD, la Dirección General de Estadísticas y Censos y el apoyo técnico de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Dicha encuesta arrojó datos muy reveladores que sacan a la luz que las personas con discapacidad constituyen un sector vulnerable desde una perspectiva multisectorial. En primer lugar, podría decirse que esta población se encuentra en un rango que va desde los 25 a los 60 años.<sup>116</sup>

Se pudo determinar que este sector tiene una baja escolaridad, la cual, en promedio, es de cuarto grado y en algunos otros casos se llega hasta al analfabetismo, lo que implica tanto una exclusión educativa como laboral. La anterior situación, como efecto domino, lleva a que esta población se mantenga en una

---

<sup>114</sup> NAJARRO, F., *Op. cit.*, p. 32.

<sup>115</sup> *Ídem.*

<sup>116</sup> CONSEJO NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “*Encuesta nacional con personas con discapacidad 2015. Primera lectura de datos*”, CONAIPD, San Salvador, 2016, pp. 3, 5.

situación de pobreza material. Si hay exclusión en el ámbito económico, de salud pública y laboral, y se vuelve fundamental que este sector tenga acceso a la justicia, para que de manera paulatina se vayan reduciendo las brechas, ya que todos ellos implican respeto a sus derechos humanos fundamentales. Lo importante de este instrumento de investigación es que la información provino desde la sociedad civil organizada de las personas con discapacidad. Este estudio además reveló que a dicho sector se le están vulnerando otros derechos humanos fundamentales, tales como el acceso a una vivienda digna y a otros servicios básicos como agua, energía eléctrica y trabajo, pero además que tienen muy poca probabilidad de participar en los asuntos públicos de manera activa. Respecto al trabajo, la mayoría de las personas insertas en este sector realizan trabajos por cuenta propia en el sector informal y en el caso de las mujeres, la mayoría desempeña un trabajo familiar no remunerado.<sup>117</sup>

El estudio establece que el 6.4 de la población salvadoreña padece de algún tipo de discapacidad, lo que constituye el número aproximado de 410,798 habitantes. El predominio de la discapacidad física en El Salvador es visual y en un segundo término está la auditiva. De dicha investigación también se llegó a la conclusión de que al menos en el 20.3% de hogares salvadoreños vive al menos una persona con discapacidad, lo que ascendería a 344,070 hogares salvadoreños.<sup>118</sup>

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos también ha emitido una serie de informes para determinar la calidad de vida y el grado de cumplimiento de los derechos humanos a estas personas. El primer informe fue elaborado entre el 2008 y el 2013. En esta ocasión también se contó con la participación de personas con discapacidad y fue publicado a cinco años de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicho informe también fue presentado ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.

---

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 5, 6, 10, 12, 25.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 14, 18.

En el XII aniversario de la suscripción de la referida Convención también se hizo una valoración de su grado de cumplimiento. El Gobierno reiteró su compromiso de crear las condiciones necesarias a fin de que dicha convención fuera efectiva. En ese sentido, el CONAIPD también trabaja el tema desde un enfoque de derechos humanos, ya que reconoce que la persona con discapacidad tiene un respeto inherente; de lo que se trata es de no caer en el mero discurso vacío sino llevar a cabo acciones concretas que creen en un sentido real la equiparación de oportunidades. El CONAIPD reconoce que a pesar de que existe un marco normativo, tanto nacional como internacional, de derechos a personas con discapacidad aún existen tareas pendientes, por lo que hay que realizar un importante esfuerzo a fin de solventarlas.<sup>119</sup>

En realidad, dentro de las proyecciones del gobierno actual para los siguientes años están: 1) Implementar en la mayor medida de lo posible la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2) cumplir y hacer cumplir la normativa en la materia desde los tres órganos de Estado, 3) crear registros fidedignos, 4) llevar estadísticas actualizadas, 5) Llevar a cabo un censo a nivel nacional y 6) transversalizar el enfoque de derechos de personas con discapacidad a través de los distintos gabinetes de gobierno. Evidentemente, cuando se habla de proyecciones es porque se han dado algunos pasos, pero aún queda mucho por hacer de cara al futuro.<sup>120</sup>

Debe decirse que se ha hablado de instrumentos internacionales ratificados por El Salvador, pero desde la perspectiva de protección de derechos humanos de las personas con discapacidad, el país tiene aún una gran deuda y es que no ha ratificado la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia decretada por la Organización de Estados Americanos (OEA). Esta Convención fue adoptada con el fin de que los países que conforman la OEA

---

<sup>119</sup> CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Memoria de Labores 2019-2020*, CONAIPD, San Salvador, El Salvador, 2020, p. 21, consultado el 26/07/2022 de URL: <https://conaipd.gob.sv/wp-content/uploads/2021/02/Memoria-de-Labores-junio-2019-mayo-2020.pdf>

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 36.

tomaran medidas encaminadas a fomentar el respeto a los derechos humanos y las libertades de sus ciudadanos. Específicamente en sus considerandos establece que no se puede ejercer discriminación ni contra individuos ni contra grupos por razón de discapacidad.

La idea de este instrumento es evitar la exclusión y la marginación de las personas que padecen de alguna discapacidad y proteger de esta manera sus proyectos de vida. Es en este punto donde cabe una reflexión no tanto jurídica, sino más bien social, en el sentido de que, si todas las personas tienen derecho a la autorrealización y superación personal, la Administración de Justicia debe ser una instancia que no obstaculice dichos proyectos; más bien, que los garantice a través de la protección de derechos.

Esta Convención también contiene aspectos doctrinarios muy interesantes en su artículo 1 numerales 1 y 4. Por ejemplo, el hecho de que a estos sectores, tanto desde la Administración Pública como desde las empresas privadas, no se les puede tratar de manera “neutra”, ya que eso sería una forma de discriminación también y contrario *sensu* “*No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran.*”

Debe recordarse que este tipo de instrumentos está dentro de la rama del derecho internacional de los derechos humanos. Específicamente, guarda especial importancia respecto a este tema, el artículo 4, el cual establece deberes para las partes suscriptoras, en el sentido de que es a los Estados a los que les corresponde prevenir, eliminar y sancionar de acuerdo a su legislación internacional y nacional vigente, todos los actos y manifestaciones de discriminación. Además, para la defensa de estos sectores, la Convención establece que los Estados deben de tomar en cuenta la jurisprudencia de las Cortes Internacionales y regionales ya que son grupos históricamente sujetos a discriminación.

Respecto a una política de inclusión de las personas con discapacidad, a nivel nacional, debe decirse que en el año 2021 el CONAIPD en alianza con el Fondo de Población de las

Naciones Unidas (UNFPA) y la Universidad Pedagógica, acordaron llevar a cabo de forma conjunta un diagnóstico para el diseño de una nueva política nacional. Da la impresión de que, hasta el mes de julio del año 2022, la situación de las personas con discapacidad en El Salvador no está del todo clara, pareciera que no se tiene una visión diáfana del impacto de las políticas para las personas con discapacidad por parte de los gobiernos anteriores. Hasta el momento no se ha producido la tan anhelada transformación social que este sector ha estado esperando durante mucho tiempo. Sin embargo, se espera que una vez realizado dicho diagnóstico se puedan desarrollar políticas públicas y un programa de protección integral. Este diagnóstico evidentemente debe involucrar a la sociedad civil organizada de las personas con discapacidad, que siempre deben de tener algún tipo de injerencia bajo el lema “Nada de nosotros sin nosotros”.<sup>121</sup>

Ahora bien, pareciera que la consulta ha estado teniendo avances, para octubre del año 2021 el CONAIPD se reunió con distintos sectores de personas con discapacidad en las zonas central y paracentral del país. Los sectores fueron personas con discapacidades físicas y personas sordas, últimas que pertenecían a los municipios de Mejicanos, Soyapango, Tonacatepeque y otros municipios de los departamentos de La Libertad, La Paz y Chalatenango. Para la consulta, evidentemente se contó con la participación de intérpretes de LESSA.<sup>122</sup>

En cuanto al acceso a la justicia, en octubre de 2019 la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia (UTE) recibió una consultoría que contó con el apoyo del CONAIPD, la cual se enfocaba en crear un documento que garantizará justicia pronta

---

<sup>121</sup> CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “**Gobierno realizará diagnóstico de las personas con discapacidad**”, CONAIPD, San Salvador, El Salvador, 2021, consultado el 26/07/2022 de URL: <https://conaipd.gob.sv/2021/09/30/gobierno-realizara-diagnostico-para-las-personas-con-discapacidad/>

<sup>122</sup> CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “**Participación de personas sordas zonas central y paracentral**”, CONAIPD, San Salvador, 2021, Consultado el 26/07/2022 de URL: <https://conaipd.gob.sv/2021/10/19/participacion-de-personas-sordas-zonas-central-y-paracentral/>



y cumplida para las personas con discapacidad. Cabe decir que en la misma estuvieron presentes operadores de justicia. Se concluyó que tres de las grandes condiciones que se tienen que cumplir para brindar un servicio de calidad y de respeto a los derechos humanos de las personas con discapacidad son: 1) llevar a cabo la contratación de intérpretes en las instituciones del sector justicia, 2) difundir y socializar la normativa encaminada a la defensa de este sector y 3) crear accesibilidad física a las instalaciones de las distintas instituciones de la Administración de Justicia.<sup>123</sup>

La Comisión Coordinadora del Sector Justicia cuenta con un Protocolo de Atención para la atención de personas con Discapacidad, el cual se implementa con un enfoque de derechos humanos en las distintas instituciones que la conforman, tales como el Órgano Judicial, la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio de Justicia y de Seguridad Pública e instituciones del Ministerio Público. Los principios que establece este protocolo para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad tanto en el ámbito administrativo como judicial son: 1) idoneidad y proporcionalidad, 2) interculturalidad, 3) economía procesal, 4) celeridad procesal, 5) universalización de derechos, 6) principio de no revictimización y 7) socialización. En este contexto, debe afirmarse que uno de los principales enfoques de los derechos humanos de este sector es el acceso a la justicia integral. De más está decir que para la Procuraduría General de la República es de carácter obligatorio el cumplimiento de este protocolo.<sup>124</sup>

Este protocolo es eminentemente operativo ya que da directrices desde la recepción y primer contacto con los usuarios que adolecen de alguna discapacidad, las cuales deben ser atendidas sin necesidad de que porten alguna acreditación. A dichas personas, se les debe hacer de su conocimiento los derechos que les asisten, así como los trámites que tienen que realizar, ya sea por sí mismos o por medio de representante

---

<sup>123</sup> CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Memoria...Op. cit.*, p. 11.

<sup>124</sup> FLORES, C., *Protocolo de atención para personas con discapacidad con enfoque de derechos humanos*, 1ª ed., Unidad Técnica del Sector Justicia, San Salvador, El Salvador, 2020, pp. 20, 21, 24.

legal. Los operadores de justicia deben utilizar un lenguaje sencillo y en el caso de las personas sordas, el protocolo mandata a que estas deben ser atendidas por un intérprete certificado en el lenguaje de LESSA. Estas personas también tienen derecho a ser asistidas por un acompañante. Por otro lado, los operadores de justicia deben tener habilidades emocionales para atender a personas con discapacidad en crisis. En fin, el protocolo brinda todo un número detallado de comportamientos que los operadores de justicia deben de mostrar frente a las personas con discapacidad. Desde esta óptica, no es suficiente que el protocolo exista, sino que se conozca y se aplique, ya que el mismo se considera como una concreción práctica en el país de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>125</sup>

Por otro lado, es muy importante el tema de la sensibilización y en ese sentido, el Ministerio de Educación, en mayo de 2022, entregó cuatro módulos y material audiovisual de LESSA dirigido a docentes, directores y estudiantes del sistema de educación nacional. También entregó dicho material a personal del Ministerio de Salud y miembros de la sociedad civil en general. Además, el CONAIPD ha firmado convenios con distintas instituciones públicas, a fin de brindar oportunidades laborales a los distintos sectores poblacionales con discapacidad.<sup>126</sup> Con todo este relato lo que se quiere afirmar es que ha habido algunos avances, pero aún hay muchas acciones pendientes por realizar.

## **V. Política de Inclusión de la Procuraduría General de la República: el lenguaje de Señas Salvadoreño (LESSA) un caso concreto de aplicación**

En mayo de 2022, la Procuraduría General de la República aprobó un instructivo de buenas prácticas para brindar una

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>126</sup> CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “*Entrega de módulos y material audiovisual “Hablemos LESSA”*”, CONAIPD, San Salvador, 2022, consultado el 27/07/2022 de URL: <https://conaipd.gob.sv/2022/05/27/entrega-de-modulos-y-material-audiovisual-hablemos-lessa/>

atención especializada a las personas en condiciones de vulnerabilidad usuaria de la institución. El objetivo de dicho documento consiste en identificar condiciones de vulnerabilidad entre la población, a fin de implementar estándares específicos de atención. La idea es aplicar acciones positivas, a nivel de todas las procuradurías departamentales, mediante la concepción de buena administración, lo cual implica la implementación de una serie de medidas, tales como que los servidores de la Procuraduría deben de ser diligentes en todas las actuaciones a fin de evitar violaciones a derechos humanos. Además, dependiendo del caso concreto deben de realizar una correcta derivación tanto interna como externa. Este instructivo concretiza una política de no discriminación, la cual puede ser directa o indirecta, y está provisto del enfoque de interseccionalidad.<sup>127</sup>

El enfoque de discapacidad pretende visibilizar a esta población, a fin de no darle un tratamiento estándar. Para garantizar el acceso a la justicia de estos sectores al interior de la Procuraduría General de la República, el documento ha tomado en cuenta las *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Grupos en condición de vulnerabilidad*, en el cual se establece que el trato diferenciado debe constituir un modelo de atención.<sup>128</sup>

Desde esta perspectiva, el hecho de que exista una política de inclusión al interior de las instituciones públicas también garantiza la buena atención a los usuarios, lo cual es mandado por el artículo 11 de La Ley de Procedimientos Administrativos, ya que una persona al adolecer de una discapacidad podría verse imposibilitada del ejercicio de sus derechos. Un ejemplo concreto de inclusión que ha realizado la Procuraduría General de la República es enseñarles a sus empleados el Lenguaje de Señas Salvadoreño. En este sentido, debe mencionarse que el dominio de dicho lenguaje no tiene solo un alcance particular para solventar un caso en concreto, sino que también se

---

<sup>127</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Instructivo de buenas prácticas para la identificación y atención de personas en condiciones de vulnerabilidad en la población usuaria de la Procuraduría General de la República*, San Salvador, 2022, pp. 3, 5, 6.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp. 7, 8, 15, 20.

convierte en una cultura inclusiva ya que permite atender a un público sordo en general.

Cuando los servidores públicos dominan el Lenguaje de Señas, no solo derriban una barrera de comunicación, sino que equiparan las oportunidades de acceso a la justicia. Tomando en cuenta lo anterior hay que reconocer el esfuerzo de centros de educación superior tales como la Universidad Don Bosco y la Universidad Pedagógica, que dentro de su oferta académica ofrecen cursos libres para los que desean aprender este lenguaje. Se debe mencionar también que la Universidad Don Bosco, a través de la Escuela de Comunicaciones, en el 2019, colaboró en el CONAIPD llevando a cabo una campaña para dar a conocer los derechos de las personas con discapacidad.<sup>129</sup>

El lenguaje de señas salvadoreño está dirigido hacia la comunidad sorda. Una persona sorda es aquella que sufre de una pérdida de la capacidad auditiva de manera total o parcial. Se considera que en el mundo existen más de 70 millones de personas que se comunican a través del lenguaje de señas. De más está decir que todas estas personas tienen la necesidad de satisfacción de derechos frente la Administración Pública en sus países respectivos.

Dentro de la Procuraduría General de la República, existe todo un protocolo de atención que inicia mediante la realización de una entrevista inicial respetuosa, la cual puede ser presencial, virtual o incluso telefónica. En el caso concreto de las discapacidades física, auditiva, intelectual, mental y visual, los servidores públicos deben utilizar un lenguaje apropiado, escucha activa y brindar un trato respetuoso dependiendo del tipo de discapacidad. Los servidores públicos de la institución también están en la obligación de proporcionar toda la información que se les sea requerida por parte de las personas que adolecen de alguna discapacidad. En el caso de discapacidad auditiva, se debe proporcionar un intérprete del lenguaje de señas salvadoreñas (LESSA). Como puede observarse, el objetivo de la política de inclusión es brindar un

---

<sup>129</sup> CONSEJO NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, *Op. cit.*, p. 12.

acompañamiento en todos los procedimientos y procesos que tengan que realizar estas personas.<sup>130</sup>

Evidentemente, cuando estos usuarios tratan de activar el sistema de justicia para satisfacer una pretensión legítima se encuentran con un gran valladar debido al predominio de la comunicación oral. Ahora bien, es impensable que estas personas no puedan tener acceso a la justicia debido a esa limitación y de no hacerlo o de hacerlo de forma deficiente el principal responsable es el Estado. Si bien es cierto que las personas sordas constituyen hasta cierto punto una minoría... son una minoría que tiene el derecho de ser incluida, es decir, que no pueden ser excluidos o privados de tener una justicia pronta y cumplida. Cuando se habla de LESSA se hace referencia a un sistema de señales que concretiza uno de los derechos más básicos de estas personas, que es el derecho a comunicarse con sus semejantes. En este caso son las personas no sordas que trabajan en las distintas instituciones del sector justicia las que tienen la obligación de aprender dicho lenguaje, a fin de no vulnerar derechos humanos o realizar actos de discriminación.<sup>131</sup>

Es interesante observar que desde el punto de vista doctrinario se hable de cultura sorda, lo cual significa que es una comunidad que aboga por ciertos derechos concretos. La importancia del lenguaje de señas viene dada porque son lenguas que surgieron de manera espontánea debido a la necesidad. El lenguaje de señas no es universal debido a que tiene distintas variantes dependiendo de las zonas geográficas. Es una lengua visual-gestual, con una gramática y una estructura lógica propia. En este sentido, los Estados se encuentran obligados a promover el lenguaje de señas.<sup>132</sup>

Dentro de la Procuraduría General de la República, la política de inclusión es un eje transversal que tiene que ser conocido por todos los empleados, sin excepción. Esto tiene como

---

<sup>130</sup> DE ASÍS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, 1ª ed., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid-Editorial Dykinson, Madrid, España, 2013, p. 83.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>132</sup> *Ibidem*, pp. 84 y 85.

objetivo el fomento de las buenas prácticas en cuanto al trato de los usuarios. Bajo esta óptica, la Unidad de Género e Inclusión cumple con una función fundamental, la cual consiste en darle cumplimiento a los artículos 10-A, 38 y 39 de la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres que luchan contra factores de discriminación a nivel estructural e histórico, pero al mismo tiempo la Unidad tiene la obligación de crear una cultura de inclusión hacia todas las personas que solicitan servicios a la institución. Por eso, a esta Unidad le corresponde la aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Esto, evidentemente, conlleva un gran trabajo hacia el interior de la entidad, pero también tiene proyecciones hacia afuera.<sup>133</sup>

La Unidad de Género e Inclusión no solo vela porque los empleados tengan una sensibilización respecto a los derechos de las mujeres, como equivocadamente pudiera pensarse, además tienen a su cargo crear los mecanismos idóneos que eviten que distintos sectores vulnerables, tales como personas mayores adultas, personas con discapacidad, personas de la comunidad LGTBI+, etc., sean discriminados. De modo que el término inclusión dentro de la Procuraduría General de la República debe entenderse en su más amplio sentido. Esta Unidad también puede promover ante el titular de la institución reformas y marcos normativos adecuados a fin de proteger los derechos de las personas con discapacidad entre otros sectores vulnerables. Definitivamente, esta Unidad –como se dijo antes– pretende la prestación de los servicios de manera horizontal.<sup>134</sup>

También busca implementar programas, proyectos y convenios con otras instituciones encaminados a cumplir con dicho fin inclusivo. Y es aquí donde puede verse claramente que todas las instituciones del Estado, especialmente las del sector justicia, deben de trabajar de forma articulada para el cumplimiento de ciertas pretensiones de las personas que adolecen de alguna discapacidad. Dicha Unidad incide y

---

<sup>133</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Memoria de labores*, junio 2021-mayo 2022, p. 116, consultado el 27/07/2022 de URL: <https://pgr.gob.sv/documentos/MEMORIA%20DE%20LABORES%20%202022.pdf>

<sup>134</sup> *Ídem*.

asesora de manera directa a las unidades operativas para crear acciones afirmativas en favor de los usuarios que padecen de alguna discapacidad. Específicamente, ayudan a deconstruir todos aquellos imaginarios y prácticas que limitan o impiden el acceso a la justicia y es por eso que el componente formativo también es parte de su accionar.<sup>135</sup>

Debe mencionarse que al interior de la institución también existe una Unidad de Quejas y Denuncias. Las denuncias se pueden realizar por diferentes vías. Incluso existe un formulario para hacerla de una manera más organizada y sistemática. La idea es que, ante una situación anómala, incluido entre estos un acto de discriminación hacia una persona con discapacidad, dichas quejas puedan ser tramitadas hasta brindarse una solución satisfactoria que evidentemente implique la prestación del servicio requerido. El otro componente es que exista una permanente política de mejora<sup>136</sup> y es ahí donde también tiene vital importancia la Ley de Mejora Regulatoria.

## VI. Conclusión.

Los derechos humanos de las personas con discapacidad han sido sistemáticamente violados a través de la historia. Es recientemente, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, que se ha reconocido, tanto a nivel individual como grupal, que estas personas son sujetos de derechos, pero también de obligaciones. Los Estados deben de garantizar el pleno goce de dichos derechos y es ahí donde todavía sigue habiendo tareas inconclusas.<sup>137</sup>

Se han dado ciertos avances. Quizás el más fundamental ha sido el dejar de ver a esta comunidad como personas que merecen lástima y que a lo sumo hay que ayudarlos a ellos y a sus familiares a que tengan una vida más o menos llevadera. Poco a poco se ha venido derribando la concepción de que estas personas son “cargas” tanto para sus familias como para el Estado y han pasado a tener un papel mucho más

---

<sup>135</sup> *Ídem*.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>137</sup> BIEL, I., *Op. cit.*, p. 1.

protagónico en cuanto a la exigibilidad de sus derechos. Al igual que como pasa con el caso de las mujeres, las personas con discapacidad están atravesando por un proceso de empoderamiento en las distintas áreas de su vida en donde el derecho les sirve como un instrumento de reivindicación.

Desde esta perspectiva, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece un mecanismo para vigilar la aplicación de su contenido en los diferentes Estados. Es así como surge el Protocolo Facultativo. Es lógico pensar que los Estados tienen fuertes erogaciones año con año en áreas que consideran prioritarias a nivel nacional y desde esa óptica la suscripción de una convención representaría una obligación más que de no tener un carácter coercitivo; podría quedar incumplida. Es por eso que en un momento determinado hay resistencia por parte de los Estados a adoptar este tipo mecanismos de control, pero de otra forma sería muy difícil que se pudieran lograr avances.<sup>138</sup>

Otro aspecto muy importante de resaltar es que, en muchas ocasiones, desde la comunidad jurídica se suele ver este tema desde un punto de vista meramente legal, pero en realidad cuando se habla de cumplimiento implica no solamente la creación y la aplicación de leyes, sino la implementación de políticas de atención en diferentes ámbitos, tales como el económico, el social, el psicológico, el familiar, el laboral, el educativo, el recreativo, etc. y evidentemente todas estas aristas tienen que ser impulsadas por una política nacional general diseñada desde el Ejecutivo. Con esto lo que se quiere decir es que la adopción de normativa es importante y necesaria, pero no suficiente. No solamente se necesita de la formalidad legal sino también del cumplimiento real de estos preceptos, los cuales deben ser garantizados por instituciones y personas especializadas concretas.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, una discapacidad no podría ser un criterio para diferenciar a unas personas de otras además también existe un reconocimiento de la posibilidad de que toda persona pueda sufrir algún tipo de discapacidad en algún momento de su vida. Los derechos

---

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 5.



humanos pretenden que exista una igualdad jurídica de todas las personas, en este caso, independientemente de las diferencias físicas que puedan existir; esto supone una superación de la exclusión y de la estigmatización. La lógica no es ignorar las discapacidades para dar un pretendido tratamiento por igual a todos, sino atender ciertas situaciones especiales para que todas las personas reciban la misma calidad de atención. Las personas con discapacidad necesitan interactuar con los servidores de la Administración Pública, en una situación de horizontalidad, respecto a otros usuarios considerados sin discapacidades o “normales”.<sup>139</sup>

El Estado debe crear condiciones para cada tipo de discapacidad en concreto, ya que existe una diversidad de discapacidades. Debe reconocerse que la discriminación hacia las personas que adolecen de algún tipo de discapacidad conlleva el ejercicio de una violencia moral, y de una suerte de descalificación, de tal manera que terminan siendo considerados como ciudadanos de segunda clase, ya que el paradigma de hombre ideal es blanco, heterosexual, de buena condición física, sin enfermedades, sin discapacidades y que no sobrepasa los cuarenta y cinco años. Todo aquel que no cumpla con este modelo es sujeto de ser discriminado. Debe reconocerse también que la discriminación no solo puede producir efectos legales, sino también un impacto psicológico negativo, lo cual se suele dejar de lado. Las discapacidades pueden conllevar efectos nocivos, tales como tristeza, ansiedad, depresión e incluso pueden llevar al suicidio y es quizás en este contexto donde la categoría de dignidad humana alcanza su mayor plenitud. De lo que se trata también es de derribar los estereotipos de lo que es ser “normal”, porque la normalidad es una categoría muy relativa.<sup>140</sup>

Como se ha dicho el tema no es solamente jurídico. Implica mucha educación de la enseñanza de los principios y valores de los derechos humanos, tales como el de igualdad, no

---

<sup>139</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS/VISIÓN MUNDIAL, *Derechos de las personas con discapacidad: módulo 6*, 1ª reimpresión, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008, pp. 12, 13.

<sup>140</sup> *Ibidem*, pp. 38, 39.

discriminación, respeto a la diversidad, autodeterminación, vida independiente y accesibilidad. Las instituciones de la Administración Pública también tienen que trabajar por no dar una atención estandarizada en estos casos sino basada en las características individuales de cada persona, es decir, especializada.<sup>141</sup> En El Salvador, aunque hay tratados internacionales ratificados, normativa interna creada, instituciones especializadas, política nacional y políticas institucionales sobre el tema de la discapacidad aún falta un largo recorrido para hacer efectivo el paradigma de los Derechos Humanos. Se han dado avances significativos, pero aún se necesita que sus derechos se hagan cumplir de forma integral. Se considera que es un trabajo que tendría que verse realizado en un mediano plazo y cada uno como servidor público que trabaja en una institución del Estado, debe aportar su granito de arena cumpliendo y haciendo cumplir los derechos de las personas con discapacidad.

### **Bibliografía.**

AMATE, A. et al., ***Discapacidad y derechos humanos***, 1ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1992.

ARGUETA, J. y PÉREZ, S., ***Respeto y garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad*** [Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas], Universidad de El Salvador, San Salvador, 2004.

BIEL, I., "***La discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos***", consultado el 18/07/2022 de URL <https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/extranjero/derechos-humanos/Israel-Biel-Portero-Discapacidad-Sistema-Interamericano-DDHH.pdf>

---

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 40.

- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, **Los principales derechos de las personas con discapacidad**, 3ª ed., México D. F., s.e., 2018.
- CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDAD, **Compendio legal sobre discapacidad**, 1ª ed., s.e., Perú, 2014.
- CONSEJO NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **“Encuesta nacional con personas con discapacidad 2015. Primera lectura de datos”**, CONAIPD, San Salvador, 2016.
- CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **“Entrega de módulos y material audiovisual “Hablemos LESSA”**”, CONAIPD, San Salvador, 2022, consultado el 27/07/2022 de URL: <https://conaipd.gob.sv/2022/05/27/entrega-de-modulos-y-material-audiovisual-hablemos-lessa/>
- CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **“Gobierno realizará diagnóstico de las personas con discapacidad”**, CONAIPD, San Salvador, El Salvador, 2021, consultado el 26/07/2022 de URL: <https://conaipd.gob.sv/2021/09/30/gobierno-realizara-diagnostico-para-las-personas-con-discapacidad/>
- CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **Memoria de Labores 2019-2020**, CONAIPD, San Salvador, El Salvador, 2020, consultado el 26/07/2022 de URL: <https://conaipd.gob.sv/wp-content/uploads/2021/02/Memoria-de-Labores-junio-2019-mayo-2020.pdf>
- CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **“Participación de personas sordas zonas central y paracentral”**, CONAIPD, San Salvador, 2021, Consultado el 26/07/2022 de URL: <https://conaipd.gob.sv/2021/10/19/participacion-de-personas-sordas-zonas-central-y-paracentral/>
- DE ASÍS, R., **Sobre discapacidad y derechos**, 1ª ed., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid-Editorial Dykinson, Madrid, España, 2013.

- ESCUELA DE DERECHOS HUMANOS, **Curso básico de derechos humanos**, 1ª ed., Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, San Salvador, El Salvador, 2021.
- FLORES, C., **Protocolo de atención para personas con discapacidad con enfoque de derechos humanos**, 1ª ed., Unidad Técnica del Sector Justicia, San Salvador, El Salvador, 2020.
- FUNDACIÓN DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO, **Cumplimiento y vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en El Salvador**, s.e., San Salvador, El Salvador, 2004.
- GOBIERNO DE EL SALVADOR, **Primer informe periódico de la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, San Salvador, consultado el 29/07/2022 de URL: [https://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/futuresession/CRPD.C.SLV.1\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/futuresession/CRPD.C.SLV.1_sp.doc)
- HEREDIA, E., et al, “La convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad y las teorías de justicia: la participación política de las personas con discapacidad”, **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, Vol. 51, No. 134, enero-junio 2021.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS/VISIÓN MUNDIAL, **Derechos de las personas con discapacidad: módulo 6**, 1ª reimpresión, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008.
- MÉNDEZ, A., “**El derecho al trabajo de las personas con discapacidad en El Salvador**”, Ensayo para el curso de especialización en derecho administrativo de la salud para obtener el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2021.
- NAJARRO, F., **Módulo de formación respecto a la normativa nacional e internacional que regula los derechos de las personas con discapacidad e identificación de buenas prácticas nacionales e internacionales**, 1ª ed., Unidad

Técnica del Sector Justicia, San Salvador, El Salvador, 2020.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F., ***La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad***, 1ª ed., España, Ediciones Cinca, 2007.

PÉREZ, L, ***Discapacidad, derecho y políticas de inclusión***, 1ª ed., Ediciones Cinca, España, 2010.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, ***Código de ética de la Procuraduría General de la República***, San Salvador, El Salvador, 2020.


PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, ***Instructivo de buenas prácticas para la identificación y atención de personas en condiciones de vulnerabilidad en la población usuaria de la Procuraduría General de la República***, San Salvador, 2022.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, ***Memoria de labores***, junio 2021-mayo 2022, consultado el 27/07/2022 de URL:  
<https://pgr.gob.sv/documentos/MEMORIA%20DE%20LABORES%20%202022.pdf>

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, ***Manual de calificación de violaciones a derechos humanos con enfoque de género***, 1ª ed., Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, San Salvador, El Salvador, 2010.

RAMÍREZ, P., “Un debate en torno al trato preferencial: la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación del Colectivo de Desplazados por el Conflicto Armado Interno”, ***Revista Ratio Juris***, Vol. 6, No. 13, (julio-diciembre 2011).

RIVAS, V., ***Jurisprudencia constitucional sobre los principios constitucionales de la Administración Pública***, s.e., San Salvador, consultado el 4/02/2022 de URL  
<https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2018/05/CBD36.PDF>:



# **DISCAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA: UN ESTUDIO ACERCA DEL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SALVADOR.**

DISABILITY AND POLITICAL REPRESENTATION: A STUDY ON  
THE RIGHT TO PASSIVE SUFFRAGE OF PEOPLE WITH  
DISABILITIES IN EL SALVADOR.

**Manuel Adrián Merino Menjívar.**

*SUMARIO:* I. Introducción. II. Nociones básicas sobre los derechos de las personas con discapacidad. III. La discapacidad como categoría sospechosa de discriminación. IV. Breve consideración sobre derechos políticos y representación política. V. Estado de cosas sobre la participación política de las personas con discapacidad en El Salvador. VI. Condiciones para garantizar el derecho al sufragio pasivo de las personas con discapacidad en El Salvador. VII. Conclusiones.

## **I. Introducción.**

El presente capítulo pretende dar cuenta de una cuestión que parece haber sido olvidada por la dogmática de los derechos humanos y fundamentales: la garantía del derecho al sufragio pasivo de las personas con discapacidad. Como derecho

político, por antonomasia, el derecho al sufragio pasivo implica la posibilidad de cualquier ciudadano de optar por competir para ser electo en un cargo de elección popular. Desde un punto de vista formal, este derecho se garantiza de manera igualitaria a todos los ciudadanos, salvo las excepciones constitucionalmente previstas.

Las personas con discapacidad, en teoría, no tienen obstáculo constitucional ni legal alguno para optar a un cargo de elección popular. Sin embargo, la práctica ha demostrado que su participación en los procesos políticos de esta clase es muy baja o incluso nula, por lo que se pretende, luego de avanzar algunas cuestiones teóricas y constatar el estado de cosas sobre el tema, proponer algunas medidas que garanticen que las personas con discapacidad puedan optar a un cargo de elección popular y, en consecuencia, ejercer la representación política no solo del grueso de la población, sino del singular grupo del cual forman parte.

## **II. Nociones básicas sobre los derechos de las personas con discapacidad.**

Los derechos fundamentales son un producto histórico.<sup>142</sup> Su nacimiento coincide con las grandes revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, que dieron lugar a su aparición en los primeros documentos constitucionales, como el *Bill of Rights* de Virginia de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.<sup>143</sup> En esta época temprana del

---

<sup>142</sup> BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, 1ª ed., Sistema, Madrid, 1991, pp. 17-18, Bobbio afirma que “*los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes*”.

<sup>143</sup> GRIMM, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, 1ª ed., Trotta, Madrid, 2006, pp. 77-78, el autor sostiene que la consagración de derechos en documentos constitucionales «modernos» representó una forma histórica de protección jurídica de la libertad; sin embargo, esta forma de protección rompió con sus precursoras, es decir, con las antiguas formas de protección jurídica de la libertad, en el sentido de afianzar jurídicamente la transformación ocasionada por la vía revolucionaria.

constitucionalismo se entendió que el poder del Estado se veía justificado solo en la medida en que pudiese garantizar determinados “derechos naturales” de las personas. En este punto es significativo remarcar el contenido del célebre artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, según el cual, para considerar que un Estado poseía una “auténtica Constitución”, esta debía asegurar dos cuestiones: la separación de poderes y la garantía de los derechos. La ausencia de estos elementos equivaldría a que un Estado carezca de Constitución.<sup>144</sup>

El reconocimiento y la evolución de los derechos fundamentales parte, sin duda, de su positivación. Los proyectos iusnaturalistas suponían la existencia de unos derechos naturales del individuo que eran previos al Estado, inherentes e inalienables. Por lo que la positivación no era más que la consagración normativa de unas exigencias previas, de unas facultades que le corresponden al hombre por el mero hecho de serlo.<sup>145</sup> Cuando se dejaron atrás las ideas iusnaturalistas y las constituciones modernas comenzaron a consagrar amplios catálogos de derechos fundamentales, estos continuaron con su proceso de evolución.

En esa línea, luego de la positivación de los derechos vino su proceso de generalización, internacionalización y especificación.<sup>146</sup> Interesa destacar aquí esta última etapa.

---

<sup>144</sup> MALDONADO, M., “Por una genealogía de la Constitución”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2020/2, pp. 174-175. Cuando se hablaba de derechos en esta época se partía de una concepción específicamente liberal, donde la vida, la libertad, la propiedad y la búsqueda de la felicidad eran principios que la asociación política no debía sobrepasar.

<sup>145</sup> PÉREZ-LUÑO, A., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 52-54. Pérez Luño entiende la positivación de los derechos fundamentales como “*su formulación normativa a través de unos preceptos emanados según los cauces formales establecidos por el principio de validez de un determinado ordenamiento jurídico*”.

<sup>146</sup> En resumen, el proceso de generalización de los derechos fundamentales consistió en su reconocimiento progresivo a todos los seres humanos, sin restricción alguna basada en categorías discriminatorias. Por su parte, el proceso de internacionalización se refiere a la positivación de los derechos fundamentales en tratados internacionales, dando nacimiento al llamado derecho internacional de los derechos humanos, que cobró auge luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial. Véase PECES-BARBA, G., *Curso de*



Como su nombre lo indica, en ella se comenzaron a desarrollar normativamente los derechos fundamentales de ciertos grupos sociales en situación de vulnerabilidad, como los niños, las niñas, las mujeres, los consumidores, la población LGBTIQ+, las personas con discapacidad, entre otros.<sup>147</sup>

Tanto Bobbio como Peces-Barba coinciden en que la especificación de los derechos fundamentales se produce en relación con los titulares y a los contenidos de aquellos. En relación con los titulares de los derechos, mediante el proceso de especificación se deja atrás la idea originaria de que los derechos fundamentales estaban reservados para ciertas categorías: hombres, ciudadanos, mujeres, nacionales, extranjeros, entre otros. Aquí se toman en cuenta circunstancias que tienen que ver con: (i) la condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación o la desigualdad; (ii) la condición física de las personas que por alguna razón se encuentran en una situación de desventaja en las relaciones sociales. Existen condiciones relevantes generales, como la edad, pero también específicas, como la discapacidad física o psíquica; y (iii) la situación que ocupan las personas en determinadas relaciones sociales, como es el caso de los consumidores frente a las grandes empresas.<sup>148</sup>

En relación a los contenidos de los derechos, estos irán variando, evolucionando y apareciendo según el entorno del individuo vaya evolucionando.<sup>149</sup> Por ejemplo, en el siglo XIX no se pensaba en el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza, del pluriculturalismo o de la ampliación de los derechos de participación política, como sucede hoy en día.<sup>150</sup>

---

**derechos fundamentales. Teoría General**, 1ª ed., Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 160-161 y 174.

<sup>147</sup> ROMÁN, M., **Los derechos humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio** [Tesis doctoral], Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 287.

<sup>148</sup> PECES-BARBA, G., **Op. cit.**, pp. 180-181.

<sup>149</sup> **Ibid.**, p. 183.

<sup>150</sup> El reconocimiento de esta clase de derechos es un rasgo común que puede observarse en las constituciones del llamado "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano". Véase ALTERIO, A., **Entre lo neo y**

De todas las dimensiones en las que se han ido especificando los derechos fundamentales, interesa destacar aquí la categoría de la discapacidad.

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, esta categoría incluye a las personas

*“que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.*

A lo largo de la historia han existido distintos modelos que han tratado de explicar el lugar de las personas con discapacidad en la sociedad y en relación con el derecho. El primer modelo, denominado “de prescindencia”, partía de dos supuestos: la justificación religiosa de la discapacidad y la consideración de que la persona con discapacidad no tenía nada que aportar a la sociedad.<sup>151</sup> De aquí se derivan dos submodelos: el eugenésico, que trata de la aplicación de políticas eugenésicas a las personas con discapacidad, y el de marginación, que propone su aislamiento de la sociedad.<sup>152</sup>

El modelo médico o rehabilitador tuvo lugar a principios del siglo XX. Este significó un avance en cuanto fundamentaba la discapacidad en argumentos científicos y no religiosos o de otra

---

**lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano**, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, México, 2020, p. 57-67.

<sup>151</sup> *“En primer lugar entonces, se asume que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas: un castigo de los dioses por un pecado cometido generalmente por los padres de la persona con discapacidad, o una advertencia de los dioses acerca de que la alianza se encuentra rota y que se acerca una catástrofe. En cuanto al segundo presupuesto, se parte de la idea de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad, que es un ser improductivo y además una carga que deberá ser arrastrada, ya sea por los padres o por la misma comunidad”.* Véase PALACIOS, A., **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, 1ª ed., Cinca, Madrid, 2008, p. 37.

<sup>152</sup> *Ibid.*

clase. Aquí la discapacidad estaba directamente relacionada como una cuestión de salud o enfermedad. En ese sentido, se procuró por la “curación” o “rehabilitación” de estas personas para que tuvieran algo que aportar a la sociedad. Una persona con discapacidad solo se consideraba útil en la medida en que fuera rehabilitada para que se asimilara, en la medida de lo posible, a las personas “normales”.<sup>153</sup>

Si bien este modelo tuvo en cuenta el reconocimiento de ciertos derechos de las personas con discapacidad, su debilidad radicó en el exceso de realidad clínica, lo que suponía tratar a la persona con discapacidad no como sujeto de derechos, sino como un enfermo necesitado de atención y cuidados.<sup>154</sup>

A finales de la década de los años 80's del siglo pasado surgió en Estados Unidos e Inglaterra el modelo social de tratamiento de la discapacidad. Este modelo rechazó todos los modelos previos sobre la discapacidad y en cambio sostuvo que las causas que la originan no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o, al menos, preponderantemente sociales. Este modelo no puso su foco de atención en las discapacidades *per se*, sino en la limitación y falta de adecuación de la sociedad (de sus instituciones, principalmente) para prestar servicios adecuados. De esta forma, el modelo estimó que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad, no en la medida en que sean curadas o rehabilitadas, sino en la medida en que se promueva su inclusión y se acepten las diferencias.<sup>155</sup> Según este modelo, es la sociedad la que debe de adaptarse a las personas con discapacidad, y no al contrario.

El modelo social tampoco estuvo exento de críticas. Por una parte, se le achacó que pretendía construir una teoría general de los derechos a partir de la excepcionalidad, cuando la filosofía de los derechos fundamentales opera en sentido opuesto, es decir, de la universalidad a la particularidad o

---

<sup>153</sup> *Ibid.*, pp. 66-68. Dos hechos principales que marcaron el auge de este modelo fueron la Primera Guerra Mundial y los accidentes laborales, que incrementaron como producto de la industrialización del mercado.

<sup>154</sup> CUENCA, P., “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, *Papeles el tiempo de los derechos*, No. 3, p. 3.

<sup>155</sup> PALACIOS, A., *El modelo social...Op. cit.*, pp. 103-104, 106.

excepcionalidad. Por otra parte, se criticó que la utilidad del modelo social puede servir

*“para dar cuenta de cómo debe ser abordada la discapacidad física o la sensorial, pero, al mismo tiempo, se pone en tela de juicio su validez en el tratamiento de la discapacidad intelectual o mental. Así, estos tipos de discapacidad, se afirma, se entienden y se caracterizan por las deficiencias personales que posee una persona, siendo la dimensión social un añadido de escasa importancia. La discapacidad intelectual o mental exige, sobre todo, de políticas sanitarias y de medidas rehabilitadoras”*.<sup>156</sup>

Finalmente, Theresia Degener ha sido precursora en hablar de un modelo de derechos humanos para el tratamiento de la discapacidad. La autora sostiene más de seis argumentos — que no es posible desarrollar a cabalidad aquí— para demostrar las deficiencias del modelo social de discapacidad, por lo que propone que el fenómeno sea estudiado a partir del conjunto de principios y valores que provee la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues el modelo social es incompleto, en cuanto centra su visión en aspectos puramente sociales, y además es insuficiente para dar cuenta de la protección de la persona con discapacidad desde su dignidad y el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los que debe gozar.<sup>157</sup>

Según Agustina Palacios, este modelo de derechos humanos no es del todo claro. Para la autora, los argumentos de Degener no parecen suficientes para superar el modelo social de discapacidad, sino que proporcionan lo que podría ser un

---

<sup>156</sup> ASÍS, R. de, “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito”, **Papeles el tiempo de los derechos**, N.º 1, pp. 5-6.

<sup>157</sup> DEGENER, T., **A human rights model of disability**, pp. 6-28, consultado el 29.4.2022 de URL: [https://www.researchgate.net/publication/283713863\\_A\\_human\\_rights\\_model\\_of\\_disability](https://www.researchgate.net/publication/283713863_A_human_rights_model_of_disability). Este ensayo se publicó originalmente en el Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights (2020).

enfoque, un abordaje, un encuadre de cómo abordar la discapacidad, pero no un modelo como tal.<sup>158</sup>

Independientemente del enfoque que se adopte, si el social, el de los derechos humanos o incluso se habla de otros como el de la diversidad<sup>159</sup>, lo cierto es que la discapacidad ha incursionado en la teoría de los derechos, tanto doctrinaria como normativamente, de forma innegable. Los derechos humanos y fundamentales<sup>160</sup> no son suficientes, pero sí necesarios para abordar el tema de la discapacidad. Esto es así porque reflejan una determinada concepción de la moralidad pública y constituyen un criterio de legitimación y de justificación. Además, las regulaciones jurídicas sobre el tema de la discapacidad se enfocan en los derechos humanos.<sup>161</sup>

Los principios y valores que subyacen al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad son, primordialmente, la dignidad, la igualdad, la libertad y la solidaridad.<sup>162</sup> Sobre ellos se sustenta el fundamento normativo que dio cabida al reconocimiento específico de los derechos de

---

<sup>158</sup> PALACIOS, A., “¿Un nuevo modelo de derechos humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones —ligeras brisas— frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 4, No. 2, pp. 28-36. La autora es mucho más extensa en su explicación que lo que aquí, por cuestiones de espacio, se pudo resumir.

<sup>159</sup> Sobre esto puede consultarse a PALACIOS, A. y ROMANACH, J. “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico*, vol. 2, No. 2, pp. 37-47.

<sup>160</sup> Partiré aquí de una distinción puramente conceptual entre ambas clases de derechos. Me referiré a los contenidos en las constituciones como “derechos fundamentales” y a los contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos como “derechos humanos”.

<sup>161</sup> ASÍS, R. de, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos”, en *La maquinaria del Derecho en Iberoamérica. Constituciones, derechos fundamentales y administración*, Flores, México, 2016, pp. 1-2.

<sup>162</sup> CAMPOY, I., “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 8, pp. 129-156.

las personas con discapacidad en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos.<sup>163</sup>

Ha sido en el derecho internacional de los derechos humanos donde mayor desarrollo ha tenido el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Además de los instrumentos generales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se pueden mencionar: (i) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; (ii) la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia; (iii) el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad; (iv)<sup>164</sup> las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad; (v) los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental; (vi) las Observaciones generales No. 1 (2014), No. 2 (2014), No. 3 (2016) y No. 4 (2016) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas.

### **III. La discapacidad como categoría sospechosa de discriminación.**

Las categorías sospechosas de discriminación se refieren a la utilización de criterios de diferenciación de trato jurídico basados

---

<sup>163</sup> ASÍS, R. de, "Discapacidad y Constitución", **Derechos y Libertades**, No. 29, Época II, p. 42. El autor recalca que "*la Convención [Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] supone la incorporación definitiva de la discapacidad en el discurso de los derechos, algo que, aunque nos pueda parecer obvio, no lo ha sido en la historia y además, posee una importante trascendencia. De manera sorprendente, la discapacidad no ha estado presente en el discurso de los derechos; tradicionalmente ha formado parte de los discursos asistenciales y prestacionales (lo que ha provocado que su incorporación al mundo de los derechos se haya producido como derecho social). Pues bien, la entrada de la discapacidad, en el discurso de los derechos implica un cambio fundamental en la consideración de las demandas y pretensiones de las personas con discapacidad, que se constituyen en auténticos derechos*".

<sup>164</sup> A partir de aquí se hace referencia a instrumentos del *soft law* del derecho internacional de los derechos humanos.

en la raza, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como gravemente odioso para la dignidad de la persona.<sup>165</sup> Esta definición encuentra soporte normativo en la formulación constitucional del principio de igualdad y no discriminación en varias constituciones latinoamericanas, incluida la salvadoreña, así como en la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales de la región y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>166</sup>

Lo anterior no significa que la desigualdad sea en sí misma inconstitucional o ilegal, pues es bien sabido que un trato verdaderamente igualitario debe considerar las diferencias existentes entre los seres humanos, de modo que lo prohibido es tratar desigualmente a lo igual, desigualmente a lo esencialmente igual y arbitrariamente desigual a lo esencialmente igual.<sup>167</sup> La determinación de una categoría como “sospechosa” de discriminación no atiende al mero hecho del trato diferenciado a cierto grupo de la población (personas

---

<sup>165</sup> BILBAO, J. y REY, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en ***El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción***, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 111.

<sup>166</sup> Entre las constituciones se encuentran la de Argentina (art. 16), Bolivia (art. 14), Chile (art. 19 ord. 2°), Colombia (art. 13), Costa Rica (art. 33), Ecuador (art. 11.2) y El Salvador (art. 3), entre otros. Por su parte, como caso ejemplificativo, el Tribunal Constitucional de Perú ha sostenido que “se entiende por ‘categorías sospechosas’ o ‘especialmente odiosas’ a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable (Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia Exp. n.º 2317-2010-AA/TC, de 3 de septiembre de 2013). Estos datos se citan en VELA, M., “La condición de pobreza como categoría sospechosa de discriminación en América Latina”, ***IgualdadES***, No. 4, pp. 163 y 168.

<sup>167</sup> ALEXY, R., ***Teoría de los derechos fundamentales***, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 355. Alexy retoma esta consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

con discapacidad, población LGTBIQ+, mujeres, etc.), pues, paradójicamente, el trato diferenciado a estas personas es necesario en muchos ámbitos. Para Roberto Saba la razón de ser, el contenido, de una categoría sospechosa no es el principio de no discriminación, sino el principio de igualdad como no sometimiento.<sup>168</sup>

Entendidas de esta forma, las categorías sospechosas de discriminación obligarían a determinar cuáles son los grupos sojuzgados, sometidos, sistemáticamente excluidos o víctimas de tratos desiguales estructurales, para luego establecer que serán sospechosos todos aquellos criterios, categorías, requisitos, condiciones o tratos que contribuyan a perpetuar la situación de desigualdad estructural de esos grupos. Aquellos criterios que fueran irrazonables, pero no contribuyeran a perpetuar la situación de sometimiento y, por el contrario, sirvieran para realizar tratos diferentes tendientes a dismantelar esas situaciones de desigualdad estructural, no solo no serían sospechosos, sino que ni siquiera serían ilegítimos y hasta podrían ser exigidos.<sup>169</sup>

El art. 3 de la Constitución salvadoreña (Cn.) consagra el principio de igualdad.<sup>170</sup> Dentro del mismo, prohíbe que se

---

<sup>168</sup> Sobre ello, Saba afirma: “creo posible afirmar que el principio de no discriminación es inadecuado para concretar el ideal de igualdad como no sometimiento, y esa falta de adecuación se traslada a las categorías sospechosas fundadas sobre él. La negación implícita que ese principio conlleva respecto de la existencia de grupos (y por consiguiente de grupos sojuzgados o excluidos) no permite (o aún se opone a) la posibilidad de prodigar tratos preferenciales a grupos sistemática o estructuralmente segregados o tratados de manera desigual. Dichos tratos preferenciales se apoyan y justifican en términos opuestos a los del principio de no discriminación, en tanto parten de reconocer el hecho mismo de que existen grupos estructuralmente desiguales, segregados o excluidos por otros o por el resto de la sociedad”. Véase SABA, R., **Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?**, 1ª ed., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, pp. 71-72.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>170</sup> La Sala de lo Constitucional ha sostenido que “[l]a igualdad es reconocida en el art. 3 inc. 1º Cn. y puede ser concebida como un principio y como un derecho fundamental. Entendida como principio, es un mandato que supone una sujeción para todos los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, como una garantía de la legalidad y un imperativo de la justicia. El principio



generen restricciones a los derechos fundamentales basadas en diferencias de “*nacionalidad, raza, sexo o religión*”. Por su parte, el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe toda discriminación con base en la “*raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.<sup>171</sup> De acuerdo con la jurisprudencia constitucional salvadoreña:

*“[e]l mandato de trato igualitario incorpora una prohibición de discriminación injustificada —art. 3 inc. 1° frase 2ª Cn.—. Y la forma en que la Constitución garantiza la aplicación del mandato en cuestión es la enumeración o indicación de categorías establecidas en las fuentes de Derecho sobre las que hay que sospechar, porque son situaciones, criterios o factores que históricamente han sido causas comunes de tratos discriminatorios”.*<sup>172</sup>

A diferencia de constituciones como la ecuatoriana<sup>173</sup> o la boliviana<sup>174</sup>, que regulan expresamente la condición de discapacidad como causal de discriminación, la constitución salvadoreña no lo hace. Sin embargo, la misma jurisprudencia constitucional se ha encargado de aclarar que las categorías sospechosas de discriminación que menciona expresamente el

---

*de igualdad constituye un criterio informador del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico, por lo que debe ser observado en las actividades de aplicación, creación y ejecución del Derecho. La igualdad también es el derecho fundamental que tienen las personas a exigir de los poderes públicos un trato equivalente al encontrarse en condiciones similares a otras, pero también a que deliberadamente se les dé un trato dispar en beneficio propio, al encontrarse en situación distinta a los demás, bajo criterios justificados constitucionalmente”. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, **Sentencia de inconstitucionalidad 98-2015**, de 23 de octubre de 2020.*

<sup>171</sup> Esta disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es básicamente replicada por los arts. 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>172</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, **Sentencia de inconstitucionalidad 156-2012**, de 23 de diciembre de 2016.

<sup>173</sup> Véase la sección sexta del capítulo tercero.

<sup>174</sup> Art. 14.2, entre otros.

art. 3 de la Cn. no son taxativas, ya que pueden existir otras que no fueron consideradas por el constituyente, pero que pueden derivarse del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>175</sup>

En este último contexto pueden citarse dos instrumentos principales en la materia: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Ambas convenciones dejan en claro que la discapacidad, de cualquier clase, ha sido considerada históricamente como una categoría sospechosa de discriminación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las personas con discapacidad física o mental son especialmente vulnerables a la discriminación y otras violaciones a los derechos humanos como la restricción arbitraria de la libertad personal y el trato inhumano y degradante. En consecuencia, ha recomendado a los Estados miembros que tomen las medidas legislativas, o de otra índole, que sean necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer, sin discriminación, sus derechos civiles y políticos y para que, a la luz de los compromisos establecidos en el Protocolo de San Salvador, sus derechos económicos, sociales y culturales cuenten con especial protección.<sup>176</sup>

Estas consideraciones dejan en evidencia que en todos los Estados cuyas constituciones consagran el principio de igualdad y, dentro del mismo, incluyen —de forma expresa o tácita— ciertas categorías sospechosas de discriminación, así como para todos aquellos que son firmantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos considerados en este apartado, existe una obligación de considerar a la discapacidad como una categoría sospechosa de discriminación. En consecuencia, en El Salvador, la condición de discapacidad es

---

<sup>175</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR. **Sentencia de inconstitucionalidad 156-2012**, cit.

<sup>176</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Informe de impacto del procedimiento de solución amistosa OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/13**, de 18 diciembre de 2013.

una categoría sospechosa de discriminación que encuentra sustento normativo en el art. 3 inc. 1° de la Cn.<sup>177</sup>

#### **IV. Breve consideración sobre derechos políticos y representación política.**

Cuando se habla de derechos políticos se habla de una clase particular de derechos fundamentales.<sup>178</sup> La dogmática tradicional de los derechos fundamentales, y también la de los derechos humanos, partía de la clásica distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.<sup>179</sup> Esta distinción se considera ahora obsoleta. La misma tenía su razón de ser en el tipo de obligaciones que generan estos derechos. Así, se decía que los derechos civiles y políticos generaban exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales

---

<sup>177</sup> Esto también ha dado pie a la promulgación de normativa interna como la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad y la Ley de Equiparación de oportunidades para las Personas con Discapacidad.

<sup>178</sup> Por “derechos fundamentales” se entenderá aquí aquellos que, teniendo la misma estructura de los derechos subjetivos, revisten ciertas propiedades formales y materiales. Las primeras tienen que ver con la ubicación de los derechos en el sistema de normas, esto es, que se encuentren contenidos en la Constitución (o en una parte específica de esta), en la jurisprudencia constitucional o, en el caso de los Estados que admiten el denominado bloque de constitucionalidad, en un tratado internacional de derechos humanos. Las segundas, es decir, las propiedades materiales, tienen que ver con el contenido que han de tener los derechos fundamentales, que deben proteger los intereses liberales y democráticos de la persona política y la satisfacción de sus necesidades básicas. Véase BERNAL, C. “Derechos fundamentales”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 2, pp. 1571-1594.

<sup>179</sup> Por su aparición en el tiempo se solía ubicar a los derechos por “generaciones”. Los derechos individuales corresponderían a una primera generación, los derechos políticos a una segunda y los derechos económicos, sociales y culturales a una tercera. Véase CARBONELL, M., *Los derechos fundamentales en México*, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, pp. 44-46.

y culturales implicaban obligaciones positivas para el Estado.<sup>180</sup>

Para dejar atrás dicha idea, la Sala de lo Constitucional ha sostenido lo siguiente:

*“[F]rente a la contraposición entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, ha adquirido fuerza la idea de que todos los derechos fundamentales presentan, unos más que otros, dimensiones negativas y positivas de libertad. Por ello, dan lugar tanto a obligaciones de hacer como de abstenerse; que imponen deberes no solo a los poderes públicos, sino también a aquellos sujetos privados en condiciones de afectarlos; que demandan prestaciones onerosas, que pueden adoptar carácter individual o colectivo y que, en todo caso, resultan ser indivisibles e interdependientes”.*<sup>181</sup>

Para los propósitos de esta investigación interesa la categoría de los derechos políticos. Según Ferrajoli, estos derechos se encuentran reservados para quienes ostentan determinado estatus: el de ciudadano con capacidad de obrar. Se habla aquí del derecho al voto, al sufragio pasivo y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.<sup>182</sup> La Sala de lo Constitucional coincide con esta descripción y agrega que, en El Salvador, esta calidad se adquiere a los dieciocho años de edad (art. 71 de la Cn.). También afirma, siguiendo a Arriagada Cáceres, que el contenido normativo de los derechos políticos connota que su ejercicio supone la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal en los órdenes jurídicos democráticos, principalmente a través de la elección de representantes

---

<sup>180</sup> ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1ª ed., Trotta, Madrid, 2002, p. 21.

<sup>181</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, *Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 ac.*, de 10 de noviembre de 2017.

<sup>182</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2004, p. 40.

mediante sufragio o la postulación para optar a cargos de elección popular.<sup>183</sup>

Es por ello que los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Por lo tanto, el Estado debe propiciar las condiciones y mecanismos para que dichos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.<sup>184</sup>

En sintonía con lo anterior, el tribunal recalcó que el art. 72 de la Cn. dispone que los derechos políticos del ciudadano son: (i) ejercer el sufragio; (ii) asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley e ingresar a los ya constituidos; y (iii) optar a cargos públicos cumpliendo con los requisitos que determinan la Constitución y las leyes.<sup>185</sup> De todas las modalidades de ejercicio que presentan los derechos políticos, es relevante para esta investigación el concepto de sufragio pasivo. Este ha de entenderse como el derecho de todo ciudadano de tener la oportunidad real e igualitaria de ser votado para un cargo de elección popular, ya sea a través de la postulación de un ente intermedio (partidos políticos, por lo general) o directamente.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, **Resolución del proceso de pérdida de los derechos de ciudadanía 1-2020**, de 5 de octubre de 2020.

<sup>184</sup> FERRER, E., “¿Existe un derecho humano a la reelección presidencial indefinida en el Sistema Interamericano? Los límites de los derechos políticos en una democracia representativa”, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, 26(1), p. 26. También véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Yatama Vs. Nicaragua**, de 23 de junio de 2005.

<sup>185</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, **Resolución del proceso de pérdida de los derechos de ciudadanía 1-2020**, *cit.*, se afirmó que nuestra Constitución utiliza los términos “derechos políticos” y “derechos de ciudadanía” de forma indistinta. Estos derechos han de coincidir con los que, en mayor o menor medida, se regulan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>186</sup> SALAS, A., **El derecho de sufragio pasivo en el sistema interamericano de derechos humanos** [Tesis Doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 32.

La Sala de lo Constitucional ha señalado que el establecimiento de ciertos requisitos o “límites” al ejercicio del derecho al sufragio pasivo es constitucionalmente admisible —incluso, diríamos, deseable—. El reconocimiento de este derecho va encaminado a la protección, por un lado, de la oportunidad de todo ciudadano a participar en la gestión democrática de los asuntos públicos, y, por otro lado, indirectamente, a la protección de la regularidad de los procesos electorales.<sup>187</sup>

La importancia del sufragio pasivo en los sistemas electorales contemporáneos está directamente relacionada con la idea de democracia representativa. El mismo Rousseau advertía ya a mediados del siglo XVIII que por más pequeño que fuera un Estado, por muy poco que fuera su número de habitantes, los sistemas de democracia directa se volverían impracticables e indeseables.<sup>188</sup> Es imposible que cada decisión fundamental dentro de un Estado se adopte mediante la participación popular. Por ello es que, aunque la soberanía le pertenece al Pueblo, este no puede reunirse y ejercerla, por lo que lo hace a través de determinadas instituciones. Por ejemplo, la decisión fundamental de adoptar una nueva ley se ejerce por medio de una Asamblea Legislativa o Parlamento, el poder de resolver controversias, a través del Órgano Judicial, y la dirección de la Administración Pública, por medio de un Órgano Ejecutivo.<sup>189</sup>

De esta forma surge el concepto de representación política, como resultado de la coordinación entre el principio democrático y el principio de la división del trabajo.<sup>190</sup> El modelo de

---

<sup>187</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR. **Sentencia de inconstitucionalidad 61-2009**, de 29 de julio de 2010.

<sup>188</sup> COLÓN-RÍOS, J., **Constituent Power and the Law**, 1ª ed. Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 35.

<sup>189</sup> COLÓN-RÍOS, J., “El poder de una Asamblea Constituyente: reflexiones acerca de la Constitución de 1991 y su artículo 376”, **Revista Derecho del Estado**, No. 50, p. 81.

<sup>190</sup> La Sala de lo Constitucional sostiene que “*la representación es la que permite que el gobierno pueda armonizar diversos intereses en juego en una sociedad plural, que haya una actividad permanente de integración de la población en el Estado y que se garantice la libertad a través de la separación efectiva entre gobernantes y gobernados*”. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, **Sentencia de inconstitucionalidad 61-2009**, cit.

democracia que mejor acoge estos principios y, como consecuencia de ello, ha sido el más exitoso hasta nuestros días, es el de democracia representativa. Mediante este sistema se permite que solo ciertos cargos, tales como los de Presidente de la República, diputados y concejos municipales, sean electos directamente por voto popular, con el fin de que ejerzan, durante un tiempo limitado, la representación política de la ciudadanía en determinados órganos del Estado y, a su vez, se encarguen de nombrar a otros funcionarios.<sup>191</sup> Por ello, la Sala de lo Constitucional afirma que los elementos que integran una democracia representativa son: las elecciones libres, el mandato libre, la regla de mayoría y la imputación.<sup>192</sup>

En El Salvador los cargos de Presidente de la República, diputados de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano, y los miembros de los Concejos Municipales, son producto de una elección directa o de primer grado.<sup>193</sup> Mientras que otros funcionarios, como los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte de Cuentas de la República, del Tribunal Supremo Electoral, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, entre otros, son producto de una elección indirecta o de segundo grado.<sup>194</sup>

La diferencia entre unos y otros, en cuanto al fundamento de la representación política se refiere, es el grado de legitimidad

---

<sup>191</sup> VALLEJO, C., “Representación democrática y nuevas formas de participación en Colombia y el mundo”, en ***Democracia, representación y nuevas formas de participación. Una mirada en prospectiva. XXI Jornadas de Derecho Constitucional. Constitucionalismo en transformación. Prospectiva 2030***, s.e., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, p. 155.

<sup>192</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, ***Sentencia de inconstitucionalidad 61-2009***, cit.

<sup>193</sup> Cabe decir que únicamente para el caso de los diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano se permite la postulación de candidaturas independientes. En los demás casos es requisito *sine qua non* la afiliación y postulación a través de un partido político. Véase SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, ***Sentencia de inconstitucionalidad 61-2009***, cit.

<sup>194</sup> Esta distinción es realizada por la Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia. Véase SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, ***Sentencia de inconstitucionalidad 49-2011***, de 23 de enero de 2013.

democrática del que gozan.<sup>195</sup> Los primeros gozan de una legitimidad democrática directa o de primer grado, mientras que los segundos de una legitimidad democrática derivada o de segundo grado.<sup>196</sup> Por “legitimidad democrática” ha de entenderse la autorización con la que cuentan ciertos funcionarios públicos para tomar decisiones fundamentales en nombre del pueblo. Si bien el objeto del presente trabajo se enfoca en los funcionarios de elección de primer grado, es importante recalcar que también los funcionarios electos como producto de elecciones secundarias también ejercen representación política y gozan de legitimidad democrática.

## V. Estado de cosas sobre la participación política de las personas con discapacidad en El Salvador.

Parece claro que, para ejercer la representación política del Pueblo en un cargo público, primero hay que poder acceder a dicho cargo. Como se mostró en el apartado anterior (IV), el art. 72 de la Cn. consagra como derechos políticos el de ejercer el sufragio y el de optar a cargos públicos. Por su parte, el art. 74 de la Cn. se encarga de prever algunos supuestos por los cuales dichos derechos pueden suspenderse.<sup>197</sup> Dentro de esos

---

<sup>195</sup> Se parte aquí de la idea de que la legitimidad democrática de la que gozan ciertos funcionarios públicos no es una cuestión de absolutos, o de todo o nada, sino gradual. Véase ROA, J., **La legitimidad democrática del control de constitucionalidad. El ciudadano ante la justicia constitucional** [Tesis Doctoral], Universidad Pompeu Fabra, 2017, p. xxii.

<sup>196</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, **Resolución de inconstitucionalidad 16-2011**, de 27 de abril de 2011.

<sup>197</sup> “[E]n la suspensión de derechos fundamentales (ya sea general o individual), se anulan o suprimen todas las modalidades de ejercicio de los derechos fundamentales, salvo aquella o aquellas que la autoridad competente expresamente autorice para su ejercicio. Aquí, los derechos fundamentales operan a la inversa o “al revés”: solo puedo ejercer aquella modalidad que me sea permitida, no así todas las demás que comprende el derecho”. Sobre esto véase MERINO, M., “Regulación, limitación, suspensión y pérdida de los derechos fundamentales: una aclaración conceptual desde la jurisprudencia constitucional salvadoreña”, **Derecho & Negocios**, pp. 6-7, consultado el 1.6.2022. de URL: <https://derechoynegocios.info/regulacion-limitacion-suspension-perdida-los-derechos-fundamentales-una-aclaracion-conceptual-desde-la-jurisprudencia-constitucional-salvadorena/>; también véase SALA DE LO



supuestos, el ordinal 2° del citado art. 74 menciona la “*enajenación mental*” y el ordinal 3° de dicho artículo la “*interdicción judicial*”. Esta última causa se refiere a la declaratoria de incapacidad de una persona por sentencia judicial. Las causas de incapacidad reconocidas en el ordenamiento jurídico salvadoreño son: (i) la enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos y (ii) la sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable.<sup>198</sup>

Estas condiciones, que pueden considerarse como casos de discapacidad mental y auditiva, son los únicos supuestos que la Constitución contempla como obstáculo para el ejercicio del sufragio tanto activo como pasivo.<sup>199</sup> Dichas prohibiciones se concretizan en el art. 148 del Código Electoral, que establece como consecuencia del incumplimiento de requisitos por parte de los aspirantes a candidatos, la denegación definitiva de su solicitud de inscripción.

Tal parece que, en un plano ideal, el terreno para que las personas con discapacidad opten a ser candidatas a cargos de elección popular se encuentra allanado, salvo en los casos expresamente prohibidos, y que, con base en el principio de igualdad, no existen más restricciones que las que la Constitución y las leyes establecen. De hecho, el Estado salvadoreño, por medio de la Asamblea Legislativa, ha promulgado dos legislaciones tendientes a promover la inclusión y participación de las personas con discapacidad en los ámbitos económico, social, cultural, civil, político o de otro tipo, siendo estas la Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (en adelante “LEOPD”)<sup>200</sup> y la

---

CONSTITUCIONAL DEL EL SALVADOR, **Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 ac.**, de 8 de junio de 2020.

<sup>198</sup> Véase los arts. 292 y 293 del Código de Familia.

<sup>199</sup> La Constitución también contempla la condición de discapacidad física o mental de una persona como causa de incompatibilidad con el ejercicio de los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República y de aquellos cargos que son electos por la Asamblea Legislativa, cuando así sea declarado por esta, previo dictamen unánime de una comisión de cinco médicos nombrados por la asamblea (art. 131 ord. 20° de la Cn.).

<sup>200</sup> Promulgada por Decreto Legislativo N.º 888, de 26 de abril de 2000.

Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad (en adelante, “LEIPD”)<sup>201</sup>.

La LEOPD parte de un claro modelo social de tratamiento de la discapacidad, incluso con muchos matices del modelo rehabilitador. Esta se enfoca en erradicar la discriminación contra las personas con discapacidad y promover sus derechos a recibir educación, formación, empleo, rehabilitación integral, y a que tanto entes públicos como privados realicen los ajustes razonables en temas arquitectónicos, de adecuación de espacios, y laborales para su adecuada integración a la sociedad. Como cuestión novedosa al momento de su promulgación en el año 2000, el art. 24 de la LEOPD obliga al empleador público y privado a contratar, como mínimo, una persona con discapacidad por cada veinticinco personas que trabajen en el establecimiento. Esta ley nada regula respecto de la garantía de participación de las personas con discapacidad en los procesos electorales.

La LEIPD, de 2020, es mucho más extensa en su contenido y establece ciertas regulaciones que vale la pena traer a cuenta. En todo su articulado la ley promueve de forma bastante intensa la participación de las personas con discapacidad en —casi— todos los ámbitos sociales, jurídicos y políticos. Analizar todos los campos de acción que promueve la LEIPD excedería los propósitos de este trabajo, por lo que interesa centrarse en la esfera política.

El art. 32 de la LEIPD establece ciertas exigencias para garantizar la participación de las personas con discapacidad en la vida política en condiciones de igualdad. Específicamente, determina que, para garantizar sus derechos al sufragio activo y pasivo, sin discriminación alguna, el Estado está obligado a:

*“a) Asegurar la inclusión de las personas con discapacidad en el diseño de los procedimientos, instalaciones y materiales electorales a fin de que sean adecuados y accesibles; así como todo lo producido por los partidos políticos en lo concerniente a sus ofertas electorales, incluidas las campañas proselitistas.*

---

<sup>201</sup> Promulgada por Decreto Legislativo N.º 672, de 22 de junio de 2020.

- b) Proteger su derecho a emitir libremente su voto de forma secreta en elecciones.*
- c) Garantizar la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores, brindándoles cuando sea necesario o a su petición, los apoyos que sean requeridos, incluyendo una persona de su elección que le preste asistencia para emitir su voto.*
- d) Promover la participación de las personas con discapacidad en los asuntos públicos, garantizando que el entorno permita su participación plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos sin discriminación.*
- e) Realizar cualquier otra medida destinada a asegurar ampliamente la participación, tanto en el ámbito político como público.”*

Estas medidas resultan de suma importancia como fundamento normativo de la participación política en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad, pero más relevante parece, para los propósitos de esta investigación, la redacción del inciso final del art. 32 de la LEIPD:

*“Los partidos políticos promoverán la participación de personas con discapacidad en las planillas para las elecciones internas de candidatos a diputados a la Asamblea Legislativa, Parlamento Centroamericano y miembros de los Concejos Municipales.”*

¿En qué medida los partidos políticos dan cumplimiento a estas obligaciones? ¿En qué medida el sistema electoral, en general, promueve la participación política de las personas con discapacidad, no solo para ejercer el sufragio, sino para postularse a un cargo de elección popular, ya sea mediante un partido político o por candidatura independiente? ¿Cuál es el porcentaje de personas con discapacidad que optan a un cargo de elección popular y que, efectivamente, resultan electas? Estas y otras cuestiones tratarán de responderse en el siguiente apartado.

Lo cierto es que, en los últimos años, han sido dos los casos representativos de personas con discapacidad que lograron acceder a cargos de elección popular en El Salvador, específicamente como diputados de la Asamblea Legislativa. El

primero en la historia moderna del país fue el del señor David Ernesto Reyes Molina, quien fungió en dicho cargo durante los períodos 2009-2012, 2012-2015, 2015-2018 y 2018-2021.<sup>202</sup> El segundo caso fue el de la señora Eeileen Auxiliadora Romero Valle†, quien fungió como diputada durante el período 2018-2021.<sup>203</sup>

A pesar de que los impedimentos constitucionales y legales para la participación política, mediante sufragio pasivo, de las personas con discapacidad se limita a las enfermedades mentales crónicas e incurables y a la sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable, la ausencia de casos de participación y elección de este grupo poblacional en la historia reciente del país parece una señal de alarma que sobrepasa la simple idea de igualdad formal, es decir, aquella asegurada por la ley, sino que trasciende, posiblemente, a causas más profundas.

## **VI. Condiciones para garantizar el derecho al sufragio pasivo de las personas con discapacidad en El Salvador.**

Todo parecería indicar que las condiciones de igualdad formales y materiales para que las personas con discapacidad puedan acceder a cargos de elección popular son, cuanto menos, aceptables. Sin embargo, la mínima o nula participación política de este grupo de la población para aspirar a tales cargos hace voltear la mirada a cuestiones sistemáticas, o en palabras de Roberto Saba, *estructurales*. A través de este enfoque se centra la atención en la incorporación de

---

<sup>202</sup> La discapacidad física del exdiputado Reyes Molina se conoce como síndrome de regresión caudal. Véase ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR, **Portal de Transparencia**, consultado el 2.6.2022 de URL: <https://transparencia.asamblea.gob.sv/informacion-administrativa/perfil-publico-de-funcionarios-legislativos/historico/diputados-y-diputadas-legislatura-2018-2021/diputado-david-reyes>.

<sup>203</sup> La discapacidad física de la exdiputada Romero Valle† se conoce como osteogénesis imperfecta. Véase ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR, **Portal de Transparencia**, consultado el 2.6.2022 de URL: <https://transparencia.asamblea.gob.sv/informacion-administrativa/perfil-publico-de-funcionarios-legislativos/historico/diputados-y-diputadas-legislatura-2018-2021/diputada-eileen>.

*“datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad. Se apoya en la idea de que el Derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad”.*<sup>204</sup>

Se partirá aquí de la idea, siguiendo a Saba, de que estos grupos no se autoexcluyen en forma voluntaria y autónoma, sino que han sido históricamente excluidos y sometidos.<sup>205</sup> En El Salvador casi no hay normas<sup>206</sup> que excluyan a las personas con discapacidad del ejercicio del derecho a ser elegidos para cargos públicos. Sin embargo, de hecho, alcanzar esa meta para ellos puede ser solo una utopía, y esto se debe

*“a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan”.*<sup>207</sup>

El art. 3 inc. 1° de la Cn. dispone lo siguiente:

*“Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.”*

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la igualdad puede constituir un mandato de equiparación y un mandato de diferenciación:

*“Como exigencia de equiparación, implica dar un trato igual a circunstancias o situaciones no idénticas que, sin embargo, deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma disposición (sentencia de 8 de*

---

<sup>204</sup> SABA, R., *Op. cit.*, p. 22.

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> Salvo las excepciones ya advertidas.

<sup>207</sup> SABA, R., *Op. cit.*, p. 22.

*abril de 2003, inconstitucionalidad 28-2002). Para llevar a cabo el juicio de equiparación, se debe establecer el criterio según el cual se van a considerar los datos como irrelevantes para predicar la igualdad entre situaciones o personas distintas. Por otro lado, como exigencia de diferenciación, equivale a no equiparar arbitrariamente aquellas situaciones o personas entre las que se presentan diferencias relevantes. Se trata de establecer un trato diferenciado con respecto a circunstancias o situaciones aparentemente semejantes, pero que requieren una regulación jurídica distinta.”<sup>208</sup>*

De acuerdo con esta concepción de la igualdad, el Estado debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas o de otro tipo, que resulten irrelevantes para los fines de la actividad que la persona aspira a realizar; por ejemplo, aspirar a un cargo de elección popular. Sin embargo, dicha concepción de la igualdad como “trato imparcial” tiene algunos defectos importantes.<sup>209</sup> El principal defecto es que presenta una versión “individualista” de los derechos, esto es, pretende hacer diferenciaciones no arbitrarias basadas en el hecho de “ser mujer”, “ser persona con discapacidad” o “ser portador de VIH”, entre otros supuestos. Este enfoque propone tratar a los individuos de manera aislada, no como parte de un grupo sometido a ciertos tratos o prácticas sociales.<sup>210</sup>

Contrario a lo dicho, Saba, siguiendo a autores como Fiss, Post, Siegel y MacKinnon, propone dejar atrás esa visión individualista de la igualdad para adoptar una perspectiva “estructural”. Entendida de esta forma, la igualdad ante la ley perseguiría evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad.<sup>211</sup> Se pretende, entonces, dejar atrás, aunque no anular, la tradicional concepción de la igualdad como no discriminación, para asumir una idea de la igualdad como no sometimiento, es decir,

---

<sup>208</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, **Sentencia de inconstitucionalidad 98-2015**, cit.

<sup>209</sup> SABA, R., **Op. cit.**, p. 32.

<sup>210</sup> **Ibid.**, p. 35.

<sup>211</sup> **Ibid.**, p. 37.

contraria a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación.<sup>212</sup>

Para concluir con estas ideas se dirá que, desde esta postura, la igualdad como no sometimiento implica, cuanto menos, las siguientes obligaciones: (i) redefinir la concepción de categorías sospechosas de discriminación; (ii) trazar los límites al ejercicio de derechos fundamentales asociados con la libertad personal, como la libertad de contratar y la de asociarse; (iii) el diseño de políticas públicas que, por un lado, no deberían contribuir a perpetuar la situación de subordinación de grupos y, por el otro, deberían tender a dismantelar las estructuras sociales que producen esa subordinación; y (iv) reformular el rol de los tribunales y sus posibles respuestas cuando, en ejercicio de su facultad de proteger la igualdad ante la ley como derecho constitucional, afrontan demandas de personas pertenecientes a grupos sojuzgados que esperan del Estado una postura enérgica contra esos atropellos.<sup>213</sup>

Si se aplican estas nociones al caso de las personas con discapacidad se debe partir de dos supuestos previamente constatados: (i) la discapacidad —del tipo que fuere— es una categoría sospechosa de discriminación y (ii) las personas con discapacidad son identificables como parte de un grupo social que ha sido histórica y estructuralmente discriminado. En el campo específico de este estudio, es decir, la participación política de las personas con discapacidad para optar a cargos públicos es posible afirmar que existe un problema de desigualdad estructural muy marcado. Ni la Constitución ni la ley establecen prohibiciones para que, más allá de los casos de discapacidad mental grave y de sordera, una persona con discapacidad pueda optar a cargos de elección popular; sin embargo, en la historia reciente del país, han sido dos los casos significativos de personas con discapacidad que pudieron acceder al cargo de diputado de la Asamblea Legislativa.

Una vez identificada esta situación, y sobre la base de lo establecido en el art. 3 de la Cn., el Estado puede alegar un interés estatal urgente en no aplicar el principio de

---

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 51.

razonabilidad (como relación medio-fin) y aplicar un requisito que, si bien es irrazonable por no ser funcional al fin de la regulación (postular obligatoriamente a personas con discapacidad a cargos de elección popular), es necesario para dismantlar la situación de desigualdad estructural. De este modo, la discapacidad continuaría siendo una categoría sospechosa, pero dejaría de serlo si contribuyera a revertir la situación de desigualdad estructural. De acuerdo con esta línea de interpretación, si se impone la obligación a los partidos políticos para que incluyan dentro de sus candidatos a personas con discapacidad, teniendo en cuenta que estas personas resultaron histórica y sistemáticamente excluidas del acceso a cargos públicos, ese criterio presuntamente irrazonable (por no funcional) se convierte en legítimo por ser parte de una política de dismantlamiento de las condiciones que excluyen a las personas con discapacidad del ejercicio de la representación política mediante la postulación a cargos de elección popular.<sup>214</sup>

A mi juicio, es posible concretar estas ideas en el ordenamiento jurídico salvadoreño. No simplemente desde un ideal regulativo, sino desde un plano normativo y, por tanto, vinculante. El punto de partida debe ser el art. 3 de la Cn., interpretado ya no solo como igualdad como no discriminación, sino como igualdad como no sometimiento. Aunado a ello, El Salvador es firmante de múltiples convenios y tratados internacionales de derechos humanos que promulgan el principio de igualdad en los sentidos expuestos y, particularmente, tratados internacionales relativos a la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad.

Asimismo, el art. 32 de la LEIPD obliga a promover la participación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida política, lo que incluye el aseguramiento de algunas condiciones para la garantía de su derecho al sufragio pasivo y, de esta forma, promover sus candidaturas para cargos de elección popular. Esta disposición no debe verse como letra muerta o inoperante, sino como una exigencia que el Derecho positivo hace para la promoción de un derecho fundamental.

---

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 93.



Finalmente, es conveniente traer a cuenta una regulación ya existente en el ordenamiento jurídico salvadoreño que puede añadir otra base normativa para sustentar esta propuesta. El art. 38 de la Ley de Partidos Políticos exige una “*cuota de género*” para que los partidos políticos integren dentro de sus planillas para elección de diputaciones a la Asamblea Legislativa, al Parlamento Centroamericano y a los concejos municipales, al menos con un treinta por ciento de participación de mujeres. Según dicha disposición, el Tribunal Supremo Electoral, a través de la junta electoral departamental, deberá verificar que los partidos políticos o coaliciones cumplan con tales disposiciones al momento de presentar sus planillas. Además, contempla que, para el caso de elecciones internas de autoridades partidarias y candidaturas a cargos de elección popular, cada partido político deberá prever en sus reglamentos los mecanismos que garanticen la cuota de género en sus procesos electivos internos.

Si tal disposición exigiera que dentro de la planillas electorales se asegurara la participación de por lo menos un treinta por ciento de hombres, seguramente nos parecería absurdo y tal categoría sería sospechosa por ser irrazonable, pero cuando se exige que al menos el treinta por ciento de las planillas estén integradas por mujeres, teniendo en cuenta que las mujeres resultaron histórica y sistemáticamente excluidas de los cargos de elección popular, ese criterio presuntamente irrazonable (por no funcional) se convierte en legítimo por ser parte de una política de desmantelamiento de las condiciones que excluyen a las mujeres del acceso a puestos públicos.<sup>215</sup>

Estos mismos argumentos pueden trasplantarse al caso de las personas con discapacidad. Es perfectamente posible, a mi juicio, pensar en una reforma legal que exija a los partidos políticos una cuota obligatoria de inclusión de personas con discapacidad, tanto en las elecciones para formar su gobierno interno como en la formación de planillas para aspirar a cargos de elección popular. Este podría ser un buen punto de partida para asegurar la inclusión de las personas con discapacidad y facilitar el ejercicio de su derecho al sufragio pasivo y, a su vez, ir derribando prejuicios y estereotipos en los electores al

---

<sup>215</sup> *Ibid.*

momento de optar por una persona con discapacidad para que los represente en determinado cargo público. Lo que se propone aquí no es inventar una fórmula para que las personas con discapacidad automáticamente ganen los cargos de elección popular, sino que se faciliten los mecanismos para su participación y, de esa forma, desbaratar las estructuras que mantienen viva la desigualdad.<sup>216</sup>

## **VII. Conclusiones.**

Los derechos humanos y fundamentales pretenden asegurar, en última instancia, la dignidad y los intereses y necesidades básicas de las personas. Ante la evidente falta de homogeneidad entre los seres humanos, existen ciertas personas, ciertos grupos, que han sido histórica y estructuralmente marginados, excluidos y discriminados. Uno de esos grupos es el de las personas con discapacidad. Son innegables los avances que se han dado en su tratamiento jurídico y social, desde la época en que la discapacidad se consideraba un castigo divino, pasando luego por su entendimiento como una enfermedad que necesitaba ser curada, hasta el actual enfoque social y de derechos humanos, que exige la adaptación del entorno para el pleno desarrollo de estas personas.

Sin embargo, algunos derechos parecen haber sido olvidados o hechos de lado por los Estados. Este, a mi parecer, es el caso de los derechos políticos y, particularmente, del derecho al sufragio pasivo. Quedó evidenciado a lo largo del presente capítulo que, por lo menos en el ordenamiento jurídico salvadoreño, son mínimos los impedimentos constitucionales y legales para que las personas con discapacidad puedan acceder a cargos de elección popular. No obstante, en la historia reciente han sido únicamente dos los casos emblemáticos de

---

<sup>216</sup> A esto habría que sumarle la posibilidad de que el Estado ejecute otras acciones, como la formulación de políticas públicas o la promoción de la participación política de las personas con discapacidad no solo a través de los partidos políticos, sino mediante candidaturas independientes. Profundizar en estas consideraciones excedería el objeto del presente capítulo.

personas con discapacidad que pudieron acceder al cargo de diputado de la Asamblea Legislativa.

Esta ausencia de participación política de las personas con discapacidad para acceder a cargos de elección popular no se trata de una cuestión de desigualdad formal, es decir, ante la ley, ni tampoco de una desigualdad producida por la aplicación de dicha ley, desigualdad material, sino que atiende a cuestiones más profundas. Siguiendo a Roberto Saba, se entendió que la ausencia de representación política por parte de personas con discapacidad en cargos de elección popular atiende a una desigualdad estructural de la que han sido víctimas numerosos grupos minoritarios a lo largo de la historia. Desde la óptica de la desigualdad estructural se entiende que la discriminación trasciende a aspectos sociales, culturales, económicos, políticos, jurídicos, etc., es decir, que existe un estado de cosas que impide que más personas con discapacidad opten a cargos de elección popular.

Esta dimensión de la igualdad sobrepasa su clásica concepción de “igualdad como no discriminación”, y exige entenderla no solo de esa forma, sino como “no sometimiento”. En ese sentido, se justifica que el Estado lleve a cabo acciones positivas para lograr una auténtica igualdad entre las personas. Una de esas acciones podría ser, tal como se propuso en este capítulo, exigir a los partidos políticos, como se hace en materia de género, la inclusión de una cuota obligatoria de personas con discapacidad en sus planillas, para propiciar su participación y eventual acceso a un cargo de elección popular. Al mismo tiempo, dicha medida iría permeando en la conciencia ciudadana sobre la necesidad de la inclusión y el respeto por la igualdad de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida pública, incluida la política.

## **Bibliografía**

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1ª ed., Trotta, Madrid, 2002.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

- ALTERIO, A., *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, México, 2020.
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR, *Portal de Transparencia*, consultado el 2.6.2022 de URL: <https://transparencia.asamblea.gob.sv/informacion-administrativa/perfil-publico-de-funcionarios-legislativos/historico/diputados-y-diputadas-legislatura-2018-2021/diputado-david-reyes>.
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR, *Portal de Transparencia*, consultado el 2.6.2022 de URL: <https://transparencia.asamblea.gob.sv/informacion-administrativa/perfil-publico-de-funcionarios-legislativos/historico/diputados-y-diputadas-legislatura-2018-2021/diputada-eilen>.
- ASÍS, R. de, “Discapacidad y Constitución”, *Derechos y Libertades*, No. 29, Época II.
- ASÍS, R. de, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos”, en *La maquinaria del Derecho en Iberoamérica. Constituciones, derechos fundamentales y administración*, Flores, México, 2016.
- ASÍS, R. de, “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito”, *Papeles el tiempo de los derechos*, No. 1.
- BERNAL, C. “Derechos fundamentales”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 2.
- BILBAO, J. y REY, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, 1ª ed., Sistema, Madrid, 1991.
- CAMPOY, I., “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 8.

- CARBONELL, M., **Los derechos fundamentales en México**, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.
- COLÓN-RÍOS, J., **Constituent Power and the Law**, 1ª ed. Oxford, Oxford University Press, 2020.
- COLÓN-RÍOS, J., “El poder de una Asamblea Constituyente: reflexiones acerca de la Constitución de 1991 y su artículo 376”, **Revista Derecho del Estado**, No. 50.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Informe de impacto del procedimiento de solución amistosa OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/13**, de 18 diciembre de 2013.
- CUENCA, P., “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, **Papeles el tiempo de los derechos**, No. 3.
- DEGENER, T., **A human rights model of disability**, consultado el 29.4.2022 de URL: [https://www.researchgate.net/publication/283713863\\_A\\_human\\_rights\\_model\\_of\\_disability](https://www.researchgate.net/publication/283713863_A_human_rights_model_of_disability).
- FERRAJOLI, L., **Derechos y garantías. La ley del más débil**, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2004.
- FERRER, E., “¿Existe un derecho humano a la reelección presidencial indefinida en el Sistema Interamericano? Los límites de los derechos políticos en una democracia representativa”, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, 26(1).
- GRIMM, D., **Constitucionalismo y derechos fundamentales**, 1ª ed., Trotta, Madrid, 2006.
- MALDONADO, M., “Por una genealogía de la Constitución”, **Diritto & Questioni Pubbliche**, 2020.
- MERINO, M., “Regulación, limitación, suspensión y pérdida de los derechos fundamentales: una aclaración conceptual desde la jurisprudencia constitucional salvadoreña”, **Derecho & Negocios**, consultado el 1.6.2022. de URL: <https://derechoynegocios.info/regulacion-limitacion->

suspension-perdida-los-derechos-fundamentales-una-  
aclaramiento-conceptual-desde-la-jurisprudencia-  
constitucional-salvadorena/

- PALACIOS, A., ***El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad***, 1ª ed., Cinca, Madrid, 2008.
- PALACIOS, A., “¿Un nuevo modelo de derechos humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones —ligeras brisas— frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social”, ***Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos***, Vol. 4, No. 2.
- PALACIOS, A. y ROMAÑACH, J. “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, ***Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico***, vol. 2, No. 2.
- PECES-BARBA, G., ***Curso de derechos fundamentales. Teoría General***, 1ª ed., Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PÉREZ-LUÑO, A., ***Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución***, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- ROA, J., ***La legitimidad democrática del control de constitucionalidad. El ciudadano ante la justicia constitucional*** [Tesis Doctoral], Universidad Pompeu Fabra, 2017.
- ROMÁN, M., ***Los derechos humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio*** [Tesis doctoral], Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- SABA, R., ***Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?***, 1ª ed., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016.
- SALAS, A., ***El derecho de sufragio pasivo en el sistema interamericano de derechos humanos*** [Tesis Doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2015.

VALLEJO, C., “Representación democrática y nuevas formas de participación en Colombia y el mundo”, en ***Democracia, representación y nuevas formas de participación. Una mirada en prospectiva. XXI Jornadas de Derecho Constitucional. Constitucionalismo en transformación. Prospectiva 2030***, s.e., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021.

VELA, M., “La condición de pobreza como categoría sospechosa de discriminación en América Latina”, ***IgualdadES***, No. 4.

#### **Jurisprudencia citada.**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,  
***Caso Yatama Vs. Nicaragua***, de 23 de junio de 2005.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR,  
***Resolución de inconstitucionalidad 16-2011***, de 27 de abril de 2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR,  
***Resolución del proceso de pérdida de los derechos de ciudadanía 1-2020***, de 5 de octubre de 2020.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR.  
***Sentencia de inconstitucionalidad 61-2009***, de 29 de julio de 2010.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR,  
***Sentencia de inconstitucionalidad 49-2011***, de 23 de enero de 2013.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR,  
***Sentencia de inconstitucionalidad 156-2012***, de 23 de diciembre de 2016.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR,  
***Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 ac.***, de 10 de noviembre de 2017.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR,  
***Sentencia de inconstitucionalidad 98-2015***, de 23 de  
octubre de 2020.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR,  
***Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 ac.***, de 8 de  
junio de 2020.



# LA CAPACIDAD LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, POR ENFERMEDAD MENTAL, DESDE EL ENFOQUE DE INCLUSIÓN Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

THE LEGAL CAPACITY OF PERSONS WITH MENTAL DISABILITIES, DUE TO MENTAL ILLNESS, FROM THE PERSPECTIVE OF INCLUSION AND RESPECT FOR HUMAN RIGHTS.

**Luis Alonso Rivera Ayala.**

*SUMARIO:* I. Introducción. II. Autonomía y libertad personal ante la enfermedad mental. III. La incapacidad legal como condición jurídica subjetiva excepcional. IV. La enfermedad mental como fundamento de la incapacidad legal. V. Replantear la incapacidad legal desde el enfoque de derechos humanos. VI. En conclusión.

## **I. Introducción.**

Toda enfermedad es una condición anómala en el funcionamiento de los organismos vivos, cuya causa patológica puede ser hereditaria, viral o infecciosa, ya sea de origen bacteriano o micótico, y sus efectos pueden graduarse desde

una leve molestia temporal hasta graves consecuencias permanentes o la muerte misma<sup>217</sup>. Estas condiciones anómalas en el organismo vivo no solo afectan su estructura anatómica o fisiológica sino también lo psíquico, es decir, la mente<sup>218</sup>. De hecho, tal como una enfermedad física afecta el estado anímico del organismo, una enfermedad psíquica también puede afectar su funcionamiento físico. Por ello, se entiende que una enfermedad, particularmente las de origen psíquico, puede limitar o hasta imposibilitar, temporal o permanentemente a la persona para el ejercicio autónomo de su propia libertad en la consecución de su proyecto de vida<sup>219</sup> al afectar su integridad psicofísica y su capacidad de obrar<sup>220</sup>.

Pero lo anterior no siempre ocurre. Generalmente, las enfermedades físicas temporales y crónicas, algunas de las cuales hasta resultan asintomáticas<sup>221</sup>, no restringen a la persona en el ejercicio autónomo de su libertad individual. Las consecuencias de algunas, como la pérdida de una extremidad,

---

<sup>217</sup> SLUCHEVSKI, I., *Psiquiatría*, 2ª ed., Editorial Grijalbo, México, 1963, p. 40 y ROMERO, E., *Patología general y fisiopatología*, tomo I, 5ª ed., Editorial Alhambra, Madrid, 1980, pp. 179-181, 222-223.

<sup>218</sup> MAYER-GROSS, W., SLATER, E. y ROTH, M., *Psiquiatría clínica*, t. II, 2ª ed., Paidós, Buenos Aires, 1974, p. 201, menciona que los trastornos psíquicos pueden tener su causa en lesiones cerebrales, en cuyo caso se denominan orgánicos, o sin ser demostrable que las haya en afectaciones a la función cerebral misma, que se denominan funcionales.

<sup>219</sup> Según CASULLO, M., "Génesis y consolidación del proyecto de vida", en M. M. Casullo et al., *Proyecto de vida y decisión vocacional*, 1ª ed., Paidós, Buenos Aires, 1994, pp. 18-20, el proyecto de vida requiere madurez intelectual y afectiva por parte de la persona mientras crece a fin de que sea capaz de orientar libremente sus propias acciones y comportamientos con responsabilidad ante sí mismo y los demás.

<sup>220</sup> Vid. AGUILAR, A., "Síntesis del derecho civil", en A. Aguilar Gutiérrez et al., *Panorama del derecho mexicano*, tomo II, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, p. 29. También COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de derecho civil*, tomo II, Vol. I, 3ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961, p. 317, reconoce que una enfermedad mental afecta la libertad individual de quien la padece y no puede ejercer sus derechos por su falta de razón, lo que conlleva la necesidad de que alguien más se encargue de ello por él.

<sup>221</sup> ROMERO, E., *Op. cit.*, p. 16.

si limitan las posibilidades individuales, pero no inhabilitan a la persona para el ejercicio de su libertad individual, claro está, siempre que continúe siendo capaz de tomar sus propias decisiones<sup>222</sup> con el fin de determinar y construir su propio proyecto de vida. De lo anterior son prueba los ejemplos sobresalientes en la sociedad de personas con alguna discapacidad que han logrado integrarse exitosamente.

Esto se debe a que lo que hace humano a un ser vivo es su personalidad, es decir, el conjunto de aptitudes y actitudes individuales que lo distinguen de cualquier otro y lo caracterizan con una identidad propia, resultante a nivel orgánico de las estructuras neuronales y tejidos cerebrales en los que se produce la actividad psíquica<sup>223</sup>, a partir de la cuales la persona misma se autodetermina a lo largo de su vida y en sus relaciones con otros en la sociedad. Así, el ser humano es tal por las características orgánicas únicas que lo caracterizan y que le permiten gozar autónomamente su condición subjetiva frente a los demás (arts. 1 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante “DUDH”).

En el caso de las enfermedades psíquicas, también denominadas enfermedades mentales, afectan la autonomía individual pero no siempre restringen por completo las

---

<sup>222</sup> Según AGLIANO, H., *Principios de derecho civil. Nociones elementales de derecho civil para la carrera de ciencias económicas*, 3ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 39, la enfermedad mental solo causa incapacidad cuando la persona no puede gobernarse a sí misma ni administrar por ella misma sus propios bienes a causa de esta.

<sup>223</sup> WOOLFOLK, A., *Psicología educativa*, 11ª ed., Pearson Educación, México, 2010, pp. 28, 42-44, 86-88, expone que determinadas partes del cerebro se relacionan con funciones específicas como el equilibrio, la coordinación del movimiento, el pensamiento, el lenguaje, la resolución de problemas o el mismo aprendizaje. También explica que, de la interacción con el resto de los seres humanos, según la teoría sociocultural del aprendizaje, se forma el pensamiento individual a partir del cual se comprende el mundo que lo rodea. Es a partir de su mente en desarrollo, esencialmente desde la adolescencia, que la persona comienza a elegir y decidir por sí misma en torno a los roles, ideas y valores de la sociedad para construir su propia identidad.

posibilidades de la persona para ejercer su libertad individual<sup>224</sup>. Por ejemplo, el trastorno obsesivo-compulsivo, es un padecimiento de fijación conductual que obliga a la persona a comportarse de manera no voluntaria ante una razón infundada o desproporcionada, como ocurre con la misofobia; y el trastorno por déficit de atención con hiperactividad hasta puede incluir comportamientos impulsivos en quien lo padece<sup>225</sup>. Sin embargo, ambos no siempre afectan gravemente la autonomía individual al grado de impedir la toma de sus propias decisiones al construir su proyecto de vida, por lo que no justifica la incapacitación legal. *Contrario sensu*, la demencia<sup>226</sup>, si impide por completo el ejercicio de la libertad individual al incapacitar a quien la padece para actuar autónomamente. Pero ¿Qué significa esto para el ámbito jurídico?

Aunque es evidente que no corresponde al jurista determinar las causas patológicas clínicas ni efectos psicofísicos de las enfermedades mentales si le compete el estudio de sus efectos jurídicos, pues constituyen hechos de la realidad que trascienden hasta el campo del derecho a través de perspectivas contemporáneas para su estudio que no pueden

---

<sup>224</sup> GONZÁLEZ, M., "Aspectos médicos de la declaración de incapacidad", en s.e., ***I Encuentro nacional sobre incapacidad judicial y tutela***, 1ª ed., Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalías, Cádiz, España, 1998, p. 40, señala el hecho de que no toda enfermedad mental causa incapacidad total a la persona pues es posible distinguir grados parciales de afectación en razón de las circunstancias de cada paciente, como es el caso del retraso mental en grado ligero, en virtud de cuya afectación quien la padece podría ser capaz de administrar una pensión para sus gastos personales pero no discernir la implicación de operaciones mercantiles complejas.

<sup>225</sup> WOOLFOLK, A., ***Op. cit.***, p. 137.

<sup>226</sup> *Vid.* MAYER-GROSS, W., SLATER, E. y ROTH, M., ***Op. cit.***, pp. 211-212, quienes explican la desintegración intelectual que caracteriza la demencia se relaciona con el trastorno mnésico que impide a la persona recordar eventos recientes y el posterior debilitamiento del pensamiento, lo que reduce la mente a un conjunto limitado de ideas y recuerdos recurrentes acompañados a veces de alucinaciones. También SCHARFETTER, C., ***Introducción a la psicopatología general***, 2ª ed., Ediciones Morata, Madrid, 1979, p. 113, afirma que "[e]n la demencia puede fallar el control de la realidad", lo que puede conducir a quien la padece a experimentar alucinaciones.

ignorarse<sup>227</sup>. Esto último se vuelve más evidente si se considera que las enfermedades mentales afectan, al limitar o restringir, el ejercicio autónomo de la libertad individual fundamental de la persona. Así se justifica el análisis de la temática en torno al efecto jurídico de las enfermedades mentales, particularmente las de naturaleza crónica e incurable (art. 293 del Código de Familia, en adelante “CF”), en el ejercicio de la libertad individual para la consecución del proyecto de vida de la persona humana. Y esto debe sopesarse desde el enfoque de derechos humanos e inclusión de las personas con discapacidad psíquica.

---

<sup>227</sup> GARCÍA, J., *El neuroderecho y el impacto de las neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del derecho*, en F. J. López Frías et al. (Eds.), 1ª ed., Editorial Comares, Granada, 2013, pp. 920-923, señala las cuestiones relacionadas con el cerebro y el derecho como algo en lo que se debe profundizar con la filosofía del derecho. También la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vr. Costa Rica, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del veintiocho de noviembre de dos mil doce**, § 291-292, menciona que debe ampliarse la concepción de las discapacidades en torno al modelo social de los instrumentos internacionales de derechos humanos, con la finalidad de incluirlas en la sociedad “*por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas*”. De hecho, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Ximeles Lopes vr. Brasil, sentencia de cuatro de julio de dos mil seis**, hace sendas consideraciones en torno al tema con el paradigma de los derechos humanos aplicado a la persona que padece una enfermedad mental.

## II. Autonomía y libertad personal ante la enfermedad mental.

Contrario a la idea del mundo antiguo<sup>228</sup>, en la actualidad, a partir del concepto universal de dignidad humana<sup>229</sup>, se reconoce a todo ser humano como persona (art. 6 DUDH; art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante “CADH”), lo que lleva a entender a la persona humana como concepto jurídico contemporáneo. Entonces, por regla general, toda persona es libre e igual ante la ley en la sociedad (art. 3 de la Constitución de la República, en adelante “Cn”; 1, 7 DUDH), pues la esencia jurídica del ser humano es su persona en virtud del carácter subjetivo que lo diferencia de los objetos, cuya consecuencia jurídica es la personalidad<sup>230</sup>. De ahí que, cada persona tenga el derecho a ejercer su propia libertad<sup>231</sup> de

---

<sup>228</sup> ALAMMANI, B., *Derecho romano público*, 1ª Ed., Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, San Salvador, 2010, p. 14, explica que la condición jurídica de persona era reconocida en base a criterios sociales, familiares y políticos, como la calidad sui iuris de un sujeto en el derecho romano frente al mancipium de otros paters, o ser ciudadano libre dentro de una comunidad jurídica y políticamente organizada, por lo que no todo ser humano tenía la condición jurídica de persona.

<sup>229</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, 1ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 3, afirma que “*la libertad pertenece a la esencia del hombre*”.

<sup>230</sup> *Cfr.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso González Medina y Familiares vr. República Dominicana, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del veintisiete de febrero de dos mil doce**, § 187, en la cual discierne que “*el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que, precisamente, se reconozca a la persona, en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales, lo cual implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de los derechos y deberes civiles y fundamentales*”.

<sup>231</sup> La CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vr. Costa Rica, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del veintiocho de noviembre de dos mil doce**, § 142, ha reconocido dentro de la amplitud del derecho de libertad del art. 7 CADH “*un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo*

forma autónoma y sin más limitaciones que las necesarias determinadas por la ley para la convivencia social y el respeto de los derechos de los demás (art. 30 DUDH).

Por eso, el principio general de libertad del art. 8 de la Constitución de la República está formulado en sentido negativo, y no al revés, al reconocer que “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”, pues la ley no determina los actos de la persona a través de sus prohibiciones y permisiones, sino que cada persona los determina por sí misma y para sí misma debido a la autonomía privada<sup>232</sup>. Así, aunque jurídicamente se equipara el concepto de persona a la naturaleza humana, el ser humano es

---

*lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”. De igual modo, la SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 10-95Ac**, del treinta y uno de enero de dos mil uno, considerando III.2.C.b§7, reconoce como contenido de la libertad general “(a) la consagración de un derecho general de libertad, al cual son reconducibles todas las manifestaciones de la autonomía –cualificación de la voluntad– y autodisposición –cualificación de la acción– de la persona humana; (b) la vinculación de tal derecho general de libertad con el ordenamiento jurídico, en el sentido que, en principio, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, pero si puede ser obligado a adecuar su conducta a prescripciones jurídicas que le conminen a actuar o abstenerse de actuar; y (c) la exigencia que tales prescripciones jurídicas sean justificadas, es decir, razonables y proporcionales, pues no debe olvidarse que ellas significan una limitación o acortamiento de un ámbito de libertad que, en principio, es amplio y que como tal es protegido por la Constitución por ser una condición esencial para el libre desenvolvimiento de la personalidad del individuo”.*

<sup>232</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., **Sistema de derecho civil. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica**, Vol. I., 11ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 379, explican que la autonomía privada es la facultad o poder de gobernarse que ejerce cada persona de sí misma y actuar conforme a su libertad individual haciendo según sus posibilidades y de acuerdo con su voluntad al ordenar las relaciones jurídicas de las que participa.

más que un concepto jurídico y su libertad un fin ontológico para su propia realización como ser autónomo. En este sentido, la libertad general de la persona no nace de la ley, sino que es parte de su naturaleza humana por lo que le corresponde a cada uno el ejercicio autónomo de sí mismo para determinar su propio proyecto de vida, en las elecciones, decisiones y acciones nacidas de su autonomía de la voluntad para su realización personal<sup>233</sup>.

Estas decisiones pueden tener efectos en otros seres humanos, porque la persona no está aislada en la sociedad, por lo que construye y dirige responsablemente su proyecto de vida respetando el de los demás<sup>234</sup>. Así, la persona ejerce su propia libertad y la limita por sí misma en la vida social al ser autónoma frente a los demás con responsabilidad jurídica, lo que posibilita colegir consecuencias legales de los actos<sup>235</sup>. Y es que la autonomía implica, en sentido llano, el gobierno de uno mismo<sup>236</sup>. De modo que la persona humana es libre porque es

---

<sup>233</sup> Cfr. CIFUENTES, S., **Derechos personalísimos**, 2ª Ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 289, quien reconoce el derecho al propio cuerpo que corresponde a cada persona como algo que le permite disponer de sí misma y le permite ejercer sus propias facultades, de lo que es prueba que requiera el consentimiento de la persona para actos como una operación quirúrgica o la aplicación de tratamientos médicos. BUSTOS, J. E., **Manual sobre bienes y derechos de la personalidad**, 1ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 1997, pp. 21, 25, afirma que la persona dispone de sus bienes personales, la vida, la integridad física, su reputación o su intimidad, como derechos para su desarrollo integral porque través de estos satisface sus deseos y necesidades.

<sup>234</sup> CASULLO, M., **Op. cit.**, p. 19.

<sup>235</sup> Según KELSEN, H., **Teoría pura del derecho**, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pp. 107, 110, la persona es responsable de los actos que resultan de su voluntad y las omisiones también atribuible a esta.

<sup>236</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., **Op. cit.**, p. 379. De hecho, el art. 2.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, de España, en adelante, "Ley 39/2006" define la autonomía como "capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria".



autónoma al dirigir su proyecto de vida conforme a los elementos personales que corresponden a sus intereses y necesidades a lo largo de la vida. Lo anterior explica que la autonomía de la voluntad constituya un

*“poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente”<sup>237</sup>.*

Ahora bien, aunque la persona humana es autónoma por naturaleza necesita desarrollar esa capacidad a lo largo de la vida, pues no solo depende de los factores biológicos que producen el crecimiento biológico, sino también de los factores sociales y culturales que posibilitan el desarrollo de la personalidad humana a partir de la socialización e interacciones con otras personas para la internalización de elementos culturales que construyen su identidad<sup>238</sup>. De ahí que se reconozca a cada ser humano su propia personalidad, como derecho subjetivo, para que participe de la vida social al ejercer autónomamente su libertad, incluso desde la niñez con el ejercicio progresivo de sus facultades en razón de su interés superior, en función de su edad y grado de madurez<sup>239</sup> (arts. 3 CADH; 5, 12, 29.1.a, 29.1.d de la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante “CDN”; arts. 10, 12, 72 de la Ley

---

<sup>237</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 26-2008**, del veinticinco de junio de dos mil nueve, considerando IV.3.A§5. La sentencia también recoge la idea de que el sujeto de autonomía es la persona no la voluntad (considerando IV.3.A§6). En sentido similar, DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Op. cit.*, p. 379.

<sup>238</sup> *Vid.* WOOLFOLK, A., *Op. cit.*, pp. 27, 86, 87 y MACIONIS, J. y PLUMMER, K., *Sociología*, 1ª ed., Editorial Prentice Hall, Madrid, 1999, pp. 132-152.

<sup>239</sup> FREEMAN, M., “Taking children’s rights more seriously”, en P. Alston, S. Parker y J. Seymour, *Children, rights and the law*, 1a ed., Oxford University Press, New York, 1993, pp. 64-69, explica la necesidad de reconocer la autonomía en el niño para respetar sus derechos tomando en cuenta el efecto que esta tendrá en su vida futura y su proyecto de vida como adultos.

de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en adelante “LEPINA”).

De hecho, el ejercicio autónomo de la propia libertad dentro de la vida social es la finalidad del desarrollo en todo ser humano, y recae generalmente en la educación por su acción formativa integral de la personalidad (arts. 55 Cn; 1, 2, Ley General de Educación), sin limitarse solo a esta en sus aspectos psíquicos (arts.; 26.2 DUDH; 6.1, 11.1, 12.1, 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante “PIDESC”; art. 6.a del Tratado de la Integración Social Centroamericana), y depende de características que constituyen las diferencias individuales en factores genéticos del crecimiento y los mecanismo de adaptación natural que propician el aprendizaje<sup>240</sup>. Es así como la ley reconoce la condición humana en la naturaleza jurídica de persona y la posibilidad de ejercer autónomamente su libertad a través de su propia personalidad jurídica<sup>241</sup> a nivel individual.

No obstante, por principio de realidad, debe reconocerse que no todo ser humano tiene las mismas condiciones psicofísicas que los demás para el ejercicio autónomo de su libertad, pese a tener la capacidad potencial y vocación legítima para ello, por las particularidades de su condición humana y desarrollo individual que condicionan su ejercicio<sup>242</sup>. Por ejemplo, la persona que carece de alguno o ambos miembros inferiores tiene el derecho a la libertad de circulación (art. 5 Cn) pero su ejercicio queda supeditado a sus posibilidades de movilidad, por lo que la ley busca generar condiciones de accesibilidad que

---

<sup>240</sup> WOOLFOLK, A., *Op. cit.*, pp. 26, 43, 198.

<sup>241</sup> DABIN, J., *El derecho subjetivo*, 1ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 144, expone que la condición de persona, y sujeto de derecho, corresponde al ser humano por dicha naturaleza y que la personalidad es consecuente a ello. Sin embargo, también advierte que la negación de la personalidad, como ocurrió en la esclavitud, se debe a una determinada concepción filosófica que prepondera en la sociedad pero que luego pierde validez ante el reconocimiento de la persona humana como sujeto de derecho.

<sup>242</sup> WOOLFOLK, A., *Op. cit.*, pp. 27-28.

faciliten a la persona su inclusión (arts. 37-39 de la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad, en adelante “LEIPD”; arts. 9 y 20 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante “CDPD”). También el nivel de desarrollo cognitivo, la edad (art. 10 LEPINA) o incluso condiciones psicopatológicas particulares (arts. 1318 del Código Civil, en adelante “CC”) inciden en las posibilidades de cada persona al ejercer autónomamente su libertad y construir su proyecto de vida con ventajas, límites o impedimentos que sus características individuales le presenten.

De modo que las diferencias individuales, tanto biológicas como cognitivas, son claves para determinar la capacidad y autonomía de quien padece un trastorno psíquico, pues no afecta a todos de igual forma, y no en todos los casos le impide el gobierno de sí misma, por lo que se considera el grado de afectación real a su autonomía<sup>243</sup>. Entonces, no es la condición de la persona lo que justifica la incapacitación legal, sino la necesidad que le afecta debido a la pérdida de autonomía manifiesta en su grado de dependencia de otro<sup>244</sup>. Pero esto no significa que otros puedan o deban sustituir su personalidad, pues la dependencia necesaria se sujeta a los propios intereses y fines existenciales del declarado incapaz, pues existe la obligación de respetar su vida y brindarle los cuidados integrales para su existencia, ante los cuales resultan jurídicamente

---

<sup>243</sup> GONZÁLEZ, M., *Op. cit.*, pp. 40-42, explica que el grado de autonomía se puede establecer con la respectiva valoración clínica y pruebas complementarias que analicen las circunstancias socio-familiares de la persona.

<sup>244</sup> AGLIANO, H., *Op. cit.*, p. 39. El art. 2.2 de la Ley 39/2006, define en la legislación española la dependencia como “estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

vinculantes instrumentos como las voluntades anticipadas cuando las hay<sup>245</sup>.

Por eso, la incapacidad no es una regla, sino una excepción a la capacidad legal que corresponde a toda persona<sup>246</sup>. Tampoco se puede generalizar cualquier padecimiento, físico o mental, como incapacitante pues, por principio de realidad, en la actualidad ninguna persona goza de salud completa y no toda enfermedad impide el ejercicio autónomo de la propia libertad para la consecución del propio proyecto de vida. De igual modo, no pueden generalizarse criterios cronológicos para la incapacidad en infantes, adolescentes ni personas adultos mayores solo por la aparente vulnerabilidad en la que se encuentran<sup>247</sup>, pues incluso hasta edades muy avanzadas la

---

<sup>245</sup> Vr. gr. en España, el art. 11.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, permite a la persona otorgar por escrito su manifestación de voluntad de forma anticipada para que se hagan cumplir en caso de que no pueda expresarse por sí mismo. Según dicha norma, “[p]or el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”.

<sup>246</sup> SÁNCHEZ-CORDERO, J., **Derecho civil: introducción al derecho mexicano**, 1ª Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, p. 123, considera como una excepción a la incapacidad debido a que limita la personalidad.

<sup>247</sup> Según FREEMAN, M., **Op. cit.**, p. 66, la aparente vulnerabilidad en la que se encuentra el niño por su edad y la necesidad de protección que requiere ha llevado al desconocimiento de su capacidad y las habilidades que tenga de acuerdo con su grado de desarrollo, pero advierte la necesidad de reconocer la autonomía para el cumplimiento de sus derechos. En cuanto a las personas adultos mayores es curioso que la protección que conlleva su ancianidad, conforme al art. 17.b del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, involucre su participación en actividades productivas adecuadas a sus capacidades y respeten sus deseos y vocación, por lo que

persona puede seguir conservando su capacidad legal plena (art. 5 ordinales 1, 2, 10, 13 de la Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor), por conservar sus facultades mentales casi intactas, a grado razonable. Así, no hay motivo que justifique impedir a alguien el ejercicio autónomo de su propia libertad, o de su personalidad jurídica<sup>248</sup> a lo largo de la vida, para la consecución de su propio proyecto de vida por la edad alcanzada, pues su autonomía no depende del criterio cronológico, sino de la disponibilidad psicofísica de su propio ser mientras vive.

### **III. La incapacidad legal como condición jurídica subjetiva excepcional.**

Desde sus primeros años de vida, toda persona tiene derecho a su desarrollo integral para lo cual debe asegurársele un “*nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*” mientras crece (arts. 27.1, 29.1.a, 29.1.d CDN). Incluso la educación y la formación que recibe a lo largo de su vida se orienta “*hacia el pleno desarrollo de la personalidad*”

---

la vejez no debe interpretarse directamente como causa suficiente de incapacitación. GONZÁLEZ, M., *Op. cit.*, p. 41, menciona que en el discreto deterioro senil de la personalidad la persona conserva autonomía para realizar actividades básicas y sociales, aptitudes manuales del adulto y capacidad para realizar operaciones mercantiles simples, más no las operaciones mercantiles complejas, por lo que debe valorarse cada caso individualmente. No obstante, debe tenerse en cuenta que la mayoría de los ancianos podría no presentar complicaciones de salud que les impidan ser autónomos, más allá de las comunes a la vejez, como concluyen GURLAND, B. y KATZ, S., “Calidad de vida y trastornos mentales de los ancianos”, en H. Katschnig, H. Freeman y N. Sartorius (Dirs.), *Calidad de vida en los trastornos mentales*, 1ª ed., Masson, Barcelona, 2000, p. 187.

<sup>248</sup> CIFUENTES, S., *Op. cit.*, p. 142-147, expone la necesidad de distinguir la capacidad como consecuencia de la personalidad puesto que no puede existir persona sin personalidad. Mientras la capacidad es graduable, y permite decir cuando la hay y cuando no, la personalidad siempre existe porque si el sujeto no tiene personalidad tampoco tiene derechos, por lo que dejaría de tener sentido hablar de capacidad.

*humana y del sentido de su dignidad*” (art. 13.1 PIDESC), pues se busca que desde la infancia

*“favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad”* (Principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959).

Ahora bien, aunque toda persona es libre en la consecución de su propio proyecto de vida es claro que sus posibilidades no dependen de la igualdad de la ley, sino de las condiciones individuales de su propia existencia que la coadyuvan o limitan en la realidad, lo que da origen a las diferencias individuales que determinan la unicidad de cada ser humano. Algunas de estas condiciones, cuando se originan por enfermedades o accidentes, afectan gravemente su integridad psicofísica con la pérdida total, o casi total, de la movilidad, como ocurre en pacientes tetraplégicos<sup>249</sup> o impiden el ejercicio autónomo de la propia libertad con trastornos psiquiátricos graves como la esquizofrenia, la oligofrenia, la demencia, entre otras<sup>250</sup>.

Por eso, aunque por regla general se considere legalmente capaz a toda persona mayor de edad (art. 1317 CC), de forma excepcional se considera incapaz a quien no pueda ejercer autónomamente su libertad individual para la consecución de su propio proyecto de vida<sup>251</sup>. Sin embargo, la incapacidad legal implica una restricción a los derechos de la personalidad<sup>252</sup> que

---

<sup>249</sup> VILA, M., “La eutanasia: aspectos médicos, éticos y jurídicos”, en L. Martínez-Calcerrada y R. de Lorenzo (Coords.), **Derecho médico: tratado de derecho sanitario**, tomo I, 1ª Ed., Asociación Española de Derecho Sanitario/Editorial Colex, Madrid, 2001, pp. 994, 995.

<sup>250</sup> GONZÁLEZ, M., **Op. cit.**, p. 42.

<sup>251</sup> SÁNCHEZ-CORDERO, J., **Op. cit.**, p. 123.

<sup>252</sup> Según GONZÁLEZ, M., **Op. cit.**, p. 39, la incapacitación limita de forma importante la libertad individual y la dignidad de la persona que padece una enfermedad mental por lo que debe sujetarse estrictamente a las causas legales que la permiten. En sentido similar, DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., **Op. cit.**, p. 243, afirman que la declaración judicial de incapaz modifica el

solo es legítima cuando se fundamenta en las necesidades de la propia persona (Principio 1.7 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su resolución 46/119, de 17 de diciembre, en adelante “Resolución AG-OEA 46/119”), por lo que no puede presumirse ni determinarse por ministerio de ley (arts. 1 y 10 Cn), pues no depende del criterio del legislador para determinarla, sino de las circunstancias psicofísicas que impiden ejercer autónomamente la propia libertad.

En este sentido, solo podría determinarse que una persona es legalmente incapaz a través de un mecanismo legalmente constituido que garantice la protección de sus derechos fundamentales con imparcialidad e independencia ante cualquier otro interés distinto a estos (art. 292 CF; Principio 1.6 Resolución AG-OEA 46/119). Por tal razón, la incapacidad legal solo puede ser decretada por un juez<sup>253</sup>, cuya imparcialidad e independencia justifican su idoneidad para determinarla (art. 1 del Código Procesal Civil y Mercantil, en adelante “CPrCyM”). El juez puede “[i]mpedir el fraude procesal y cualquier conducta ilícita; así como prevenir o sancionar todo acto contrario al deber

---

estado civil de la persona al limitarla. Por su parte, AGLIANO, H., *Op. cit.*, p. 30, opina que la declaración judicial de incapacidad inhabilita a la persona para el ejercicio de sus derechos, a partir de lo cual sus actos se vuelven nulos o anulables.

<sup>253</sup> Para COLIN, A. y CAPITANT, H., *Op. cit.*, p. 333, se debe a que una decisión de los tribunales en torno a la capacidad de una persona no es represiva sino protectora. También DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Op. cit.*, p. 243, menciona que la incapacitación afecta intereses generales cuyo conocimiento compete a la autoridad judicial con la intervención del Ministerio Público. Y es que estas instituciones públicas, según expone, TORRES, A., “Valores y principios constitucionales. El principio de seguridad jurídica y su proyección sobre los derechos”, en V. Gimeno Sendra, P. Morenilla Allard, A. Torres del Moral y M. Días Martínez., **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**, 1ª ed., Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 70, “están al servicio de los derechos” y garantizan la seguridad jurídica por tener el deber de cumplirla conforme al derecho objetivo.

*de lealtad, probidad y buena fe*” en los asuntos sometidos a su conocimiento (art. 7.h de la Ley Procesal de Familia, en adelante “LPrF”). Por ello, para este procedimiento es más idóneo el juez que una autoridad administrativa, aun siendo colegiada, pues solo a través de la interpretación científica de la ley, y del criterio jurídico que conlleva, se determina la razón que corresponde conforme a derecho (arts. 35, 36, 72 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial) en torno a si una enfermedad mental es lo suficientemente grave como para declarar legalmente incapaz a quien la padezca.

Por ejemplo, si la persona que envejece conserva sus facultades mentales casi intactas no hay razón para impedirle el ejercicio autónomo de su propia libertad en la consecución de su propio proyecto de vida solo porque ha alcanzado una edad determinada, pues al ser la incapacidad legal una condición excepcional al estatuto de la persona solo debe aplicarse cuando hay una limitante lo suficientemente grave de su autonomía personal para dirigir su propio proyecto de vida, más no para despersonificarla. Desde esta perspectiva, la incapacitación judicial de una persona atendía a su necesidad según sus circunstancias actuales, y su interés superior<sup>254</sup>, por

---

<sup>254</sup> Según DABIN, J., *Op. cit.*, pp. 148-149, la ley permite sujetar al incapaz a la autoridad de otra persona con la finalidad de que este último salvaguarde y conserve diligentemente intereses respecto a sus bienes y su persona, así como sus derechos, a través de medidas de protección debido al valor que le dan los derechos de naturaleza inviolable que le reconoce la ley. Por ello dice que las medidas se adoptan “*en interés del incapaz*”, a partir del cual se constituye “*un derecho subjetivo suplementario, fundado en su impotencia o en su debilidad, a saber, el derecho a la protección, más exactamente el derecho al funcionamiento del estatuto protector, que hace juego y contraste a la vez con el estatuto de autonomía del individuo capaz*”. El art. 5.b de la Declaración Universal del Genoma Humano reconoce el “*interés superior del interesado*”, refiriéndose a quien no pueda dar su consentimiento informado para ser tratado, diagnosticado, o para una investigación científica, por no encontrarse en condiciones de manifestar su voluntad. Aunque se trata de una norma que aplica directamente a cuestiones médicas relacionadas con el genoma humano es posible colegir el interés superior como un principio tuitivo que aplica también al adulto, tal como ocurre con el niño a partir de la CDN, pero tomando en cuenta la inviolabilidad de sus derechos humanos y fundamentales por lo que su aplicación puede extenderse análogamente al



lo que el sujeto legalmente incapaz es tan persona como el legalmente capaz.

Entonces, la capacidad legal no un requisito de validez para la personalidad misma ni para la titularidad de derechos (art. 3 CADH; 1 Cn), porque aún la persona declarada judicialmente incapaz sigue siendo titular de derechos. No obstante, la tendencia del derecho contemporáneo es reconocer la capacidad legal a la persona con discapacidad. Con la capacidad legal se reconoce a una persona como apta para obligarse y contratar dentro de determinado sistema legal, pero dicha facultad realmente es un estado que le reconoce la ley a la persona debido a su propia naturaleza ontológicamente subjetiva pues el ser humano, como sujeto, tiene el potencial de producir acciones en su entorno e intervenir en la realidad de acuerdo con sus propias posibilidades físicas y psíquicas<sup>255</sup>. Por ello, no es que la persona pueda actuar en la realidad porque su capacidad legal se lo permita, sino que se reconoce su capacidad civil porque tiene la posibilidad natural de actuar.

Ahora bien, las acciones de una persona no son automáticas, sino que resultan de la serie de procesos psíquicos a través de los cuales determina su voluntad. De modo que la libertad de actuar es ejercida por el sujeto conforme a su capacidad legal volitiva e intencionalmente<sup>256</sup>. Tal como KELSEN lo expresa, el hecho de “[q]ue el hombre sea libre no significa más que el tener consciencia de poder actuar como quiere (o desea)<sup>257</sup>”. De modo que la persona legalmente capaz ejerce su libertad deliberadamente, conforme al principio general del art. 8 Cn, por lo que requiere no solo la aptitud física, sino también la aptitud psíquica, la cual sin duda alguna se relaciona con su madurez y salud mental.

---

incapaz adulto tomando en consideración de su autonomía, los intereses personales y las necesidades de su proyecto de vida.

<sup>255</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Op. cit.*, p. 214.

<sup>256</sup> AGLIANO, H., *Op. cit.*, p. 71.

<sup>257</sup> KELSEN, H., *Op. cit.*, p. 110.

Por supuesto, determinar el grado de madurez de una persona es complicado y debe hacerse en cada caso concreto debido a que no todos la alcanzan en un mismo momento. Por ejemplo, la teoría piagetiana del desarrollo cognitivo de presenta cuatro estadios que debería superar el ser humano entre la niñez y la adolescencia, pero también advierte que no todos superan la etapa de las operaciones concretas, sobre todo por características culturales, y que otros alcanzan la etapa de las operaciones concretas hasta muchos años después de la adolescencia<sup>258</sup>. Por eso la ley opta por aplicar el criterio cronológico para presumir convencionalmente que una persona es madura al establecer una mayoría de edad para que se la considere adulta (art. 71 Cn).

Es a partir de esta presunción legal que se construye la capacidad civil individual con una edad determinada, dieciocho años (art. 1316 CC), debido a que se considera que la persona ha alcanzado un desarrollo físico y psíquico suficiente como para ejercer autónomamente su libertad<sup>259</sup>, aunque la psicología del desarrollo señale que la maduración y el desarrollo no son cronológicamente exactos. Antes de que alguien alcance la mayoría de edad se lo considera legalmente incapaz, o relativamente incapaz en el caso del menor adulto (art. 1318 CC), por lo que su responsabilidad no se equipara jurídicamente a la del adulto pero ejerce sus derechos conforme al principio de ejercicio progresivo en razón de su condición como titular pleno de derechos (arts. 5, 10 LEPINA) y su estatuto fundamental de persona humana (art. 1, 2 Cn), lo que hace evidente la diferencia entre personalidad y capacidad legal.

Pero la aptitud psíquica también depende de la salud mental de la persona, pues le permite ejercer el gobierno de sí misma a través de su voluntad, por lo que este también es un factor determinante de su capacidad. Sin embargo, una perturbación psíquica grave, como es el caso de una enfermedad mental crónica o progresiva (art. 293 CF), puede afectar su capacidad

---

<sup>258</sup> WOOLFOLK, A., *Op. cit.*, p. 39.

<sup>259</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Op. cit.*, pp. 228-229.

para formarse un juicio propio y determinar sus intereses y necesidades en su voluntad<sup>260</sup>. Por ejemplo, un esquizofrénico ve empañado su juicio debido a los delirios y alucinaciones que puede sufrir como consecuencia de esta enfermedad<sup>261</sup>; del mismo modo que alguien con trastorno de personalidad múltiple o con trastorno bipolar, siendo un caso grave, no sería capaz de autorregular su conducta como lo haría cualquier otra persona<sup>262</sup>.

Por ello, se reitera la idea de que la incapacidad legal no es una regla, sino una excepción a la condición subjetiva de la persona humana. De ahí que el art. 1317 CC establezca como regla general que toda persona es capaz a excepción de quien, conforme al art. 1318 CC, no lo sea como es el caso de quien padezca una enfermedad mental. Ahora bien, esta regla civilista se ha visto inevitablemente modificada por el criterio jurídico contemporáneo de los derechos humanos<sup>263</sup>, en la medida que se reconoce el ejercicio progresivo de sus facultades conforme a la edad y grado de madurez del niño, la niña y los adolescentes, y nuevos horizontes sobre la capacidad legal se ve limitada por una enfermedad mental<sup>264</sup>. Ejemplo de ello es el Principio 1.5 de la Resolución AG-OEA 46/119, que reconoce

---

<sup>260</sup> COLIN, A. y CAPITANT, H., *Op. cit.*, p. 317, explica que la persona que padece una enfermedad mental que incapacita sin su uso de razón al no poder aplicar su inteligencia permanentemente o durante intervalos que se alternan con su lucidez.

<sup>261</sup> OSWALD, L. y HESS, R., "El grupo de las esquizofrenias: historia, signos e indicadores", en P. E. Nathan & S. L. Harris., *Psicopatología y sociedad*, 1ª ed., Editorial Trillas, México, 1983, pp. 158-159.

<sup>262</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*, 10ª revisión, OMS, 2016, CIE-10: F-31, F-44.8.

<sup>263</sup> CALÒ, E., *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, 1ª ed., Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, pp. 138-158, señala que hay un nuevo enfoque hacia el reconocimiento de la capacidad de los niños y las personas con enfermedades mentales en miras a su inclusión en la vida social.

<sup>264</sup> KRAUT, A., *Los derechos de los pacientes*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 375, explica que las personas que padecen una

*“[t]odas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”.*

De igual modo, el art. 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CIDPD”), obliga a los Estados Parte a reconocer

*“el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad”<sup>265</sup>,*

tomando en cuenta que el art. 1 del mismo instrumento enuncia por propósito general de la Convención el

*“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.*

Lo anterior muestra que hay un cambio de paradigma que afecta la concepción jurídica tradicional de las enfermedades mentales que inevitablemente modifica la figura de la incapacidad legal a

---

enfermedad mental tienen derecho a que se les reconozca su personalidad y la capacidad conforme a sus posibilidades, más no ser objeto de incapacitación total para el ejercicio de sus derechos.

<sup>265</sup> Tómese en cuenta la cláusula general de limitación enunciada en la Resolución AG-OEA 46/119 para el ejercicio de los derechos en el caso de las personas que padecen enfermedades mentales.

partir de las tendencias contemporáneas de la salud mental y el respeto a los derechos humanos<sup>266</sup>, particularmente el enfoque de inclusión de las personas con discapacidad, y se concretiza en el reconocimiento de los derechos de las personas que padecen enfermedades mentales<sup>267</sup>. También se hace necesario replantear la incapacidad en virtud de la gradualidad<sup>268</sup>, que sin duda se colige de la proporcionalidad, como principio general del derecho, a partir de lo cual las perturbaciones psíquicas que permitan cierto grado de autonomía, o no la afecten, dejen de considerarse incapacitantes o parcialmente incapacitante.

#### **IV. La enfermedad mental como fundamento de la incapacidad legal.**

Entonces, ¿Cuáles son los problemas para la aplicación graduable de la figura de la incapacidad? El primero es que no hay una lista definitiva para establecer los casos en los que debe incapacitarse a una persona, pero tampoco debe haberla porque es jurídicamente imposible. La razón se relaciona con el segundo problema, la gradualidad depende del nivel de

---

<sup>266</sup> La SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 396-2001**, del catorce de junio de dos mil dos, considerando V.2.A§1-2, reconoce que la proporcionalidad es un concepto jurídico indeterminado que limita las intervenciones del Estado en la esfera privada de la persona en adecuación con los fines que se persiguen y que otorga a los órganos que la aplican cierto margen de apreciación, más no discrecionalidad, para tomar en cuenta las circunstancias particulares que concurren en el caso a fin de tomar una decisión justa.

<sup>267</sup> KRAUT, A., *Op. cit.*, pp. 358-360.

<sup>268</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Op. cit.*, pp. 246-247, explican la modificación jurisprudencial de la incapacidad, para distinguir entre total y parcial, en el sistema legal español al distinguir entre condiciones de afectación intelectual en la demencia y el retraso mental ante el vacío legal en torno al tema. Como resultado, se determinó que la sentencia debe recoger los actos para los que se considera incapaz la persona y para los que conserva su capacidad. CIFUENTES, S., *Op. cit.*, p. 143, también reconoce que la capacidad puede ser limitada o extendida, dinámica y graduable.

afectación que limita la autonomía de la persona y debe determinarse con puntualidad para cada caso<sup>269</sup>, algo que queda fuera del campo de lo jurídico. Por supuesto, ello requiere de conocimientos y técnicas propias de la psiquiatría, por lo que el juez ha de valerse del peritaje para determinar el grado de afectación en el ejercicio autónomo (arts. 375, 380, 387 del Código Procesal Civil y Mercantil, en adelante “CPrCM”).

Ahora bien, aun en ese caso, el peritaje no se debe evaluar de forma aislada ni tampoco debe considerarse como prueba definitiva de la condición mental de una persona porque que el resultado del informe pericial resulta del criterio profesional que quien evalúa<sup>270</sup> y puede estar errado debido a la subjetividad que la caracteriza, el exceso de confianza en sí mismo o hasta los instrumentos y técnicas de medición que utiliza<sup>271</sup>. De modo que el juez se ve en la obligación de apoyarse en el equipo multidisciplinario y forenses (arts. 4 LPrF; 98 Ley Orgánica Judicial) para determinar, a partir de sus diversas perspectivas

---

<sup>269</sup> Desde su opinión profesional, GONZÁLEZ, M., *Op. cit.*, pp. 41-43, señala algunas categorías como las demencias y oligofrenias, las psicosis endógenas tendientes a ser crónicas, entre las que se encuentran las esquizofrenias, la psicosis maniaco-depresiva, el trastorno delirante paranoide o la epilepsia, cuando se presenta en episodios simultáneos que causan retraso mental. Y aunque en dichas categorías generalmente la persona pierde autonomía suficiente como para declararla incapaz también resalta la necesidad médica de individualizar al paciente y su diagnóstico.

<sup>270</sup> SZASZ, T., *Ideología y enfermedad mental*, 1ª ed., Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2001, p. 71, explica que el psicodiagnóstico es arbitrario al determinar la normalidad y calificar a alguien de psicótico. SCHARFETTER, C., *Op. Cit.*, p. 45, también reconoce que el diagnóstico que se realiza en torno a las enfermedades psiquiátricas es limitado debido al limitado conocimiento que aún se tiene de estas, por lo que resulta difícil hacer encajar un cuadro clínico en “una designación etio-patogénica de enfermedad”. En sentido similar, SHEFF, T., *El rol del enfermo mental*, 1ª ed., Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1973, pp. 160-162, explica que la entrevista psiquiátrica suele ser muy breve para recabar información acerca del estado de la persona y que el evaluador suele predisponerse a hacer encajar los síntomas que encuentra en una determinada enfermedad sin tomar en cuenta todos los elementos contextuales de la persona por lo que afecta su confiabilidad.

<sup>271</sup> GODOY, A., *Toma de decisiones y juicio clínico: una aproximación psicológica*, 1ª ed., Ediciones Pirámide, Madrid, 1996, pp. 73-100.

profesionales al evaluar, en cada caso, el grado de afectación que produce una perturbación mental a la persona para decidir si causa incapacidad, o el grado de dependencia causado, pues corresponde al juez no a los peritos su valoración conforme a la sana crítica (art. 389 CPrCM).

Y es que no cualquier perturbación psíquica debe considerarse causa suficiente para incapacitar a una persona, sino solo aquella que constituya una “*enfermedad mental crónica e incurable*” (art. 293 CF). Sin embargo, no existe clínicamente una enfermedad con dicha denominación, por lo que es claro que no se trata de un padecimiento en concreto, sino de una denominación compuesta que emplea el legislador para referirse a perturbaciones psíquicas que impidan el ejercicio autónomo de la personalidad al afectar las facultades ordinarias de una persona a grado suficiente como para impedirle desarrollar su propio proyecto de vida<sup>272</sup>. A su vez, dicha denominación sirve como un parámetro hermenéutico para el intérprete de la ley con los términos que comprende, pues marcan líneas de calificación.

Al decir “enfermedad”, el legislador parece referirse a las condiciones anómalas que afectan al organismo humano<sup>273</sup> y su significado se determina conforme a la definición científica comúnmente empleada (art. 21 CC). Así, la enfermedad es una condición contraria al estado óptimo de salud del que puede

---

<sup>272</sup> COLIN, A. y CAPITANT, H., *Op. cit.*, p. 335, definen la causa de incapacitación como el “*desorden de las facultades intelectuales que deja al individuo incapacitado para ejercitar por sí mismo sus derechos con discernimiento, y expuesto, por lo tanto, a cometer actos perjudiciales para su fortuna y para su dignidad personal*” siempre que no se trate de un estado temporal o pasajero sino habitual en la persona.

<sup>273</sup> *Vid.* ROMERO, E., *Op. cit.*, pp. 15. También SCHARFETTER, C., *Op. cit.*, pp. 28-32, distingue en torno a las anormalidades, desviaciones de lo que se considera común, y las enfermedades pues hay anormalidades que no son enfermedades. Explica que la salud se califica en torno a normas pero que resulta difícil establecer en las enfermedades mentales, por lo que hay más de un concepto de enfermedad, como el médico, que se basa en los síntomas observados; el sociológico, en torno a la adaptación del sujeto a la sociedad y el psicológico, que se fundamenta en el ideal de la salud en la persona humana en torno a su adaptabilidad e interacciones.

disfrutar un organismo vivo y que afecta su estructura, a través de daños o alteraciones anatómicas directas, o su función, al comprometer la acción coordinada de sus partes como ocurre con otros organismos vivos en las mismas condiciones<sup>274</sup>. Pero el legislador emplea en el art. 293 CF el apelativo “mentales” al mencionar las enfermedades, por lo que refiere indiscutiblemente a un tipo de condiciones anómalas en particular, para aquellas condiciones incapacitantes que impiden a una persona gobernar su mente y ser autónomo.

Las enfermedades mentales son perturbaciones psíquicas, es decir, condiciones anómalas en el funcionamiento de la mente, producidas por daños a la estructura cerebral tanto accidentales como causados por el ambiente, por el funcionamiento anómalo del organismo o meros daños a las estructuras cognitivas, aun sin haber afectación aparente al sistema nervioso central<sup>275</sup>. No obstante, las perturbaciones psíquicas incapacitantes se caracterizan por afectar a las funciones superiores de la mente, tales como la consciencia o la memoria<sup>276</sup>, a partir de las cuales se altera la percepción del mundo físico de la persona y se pierde total o parcialmente la autonomía sobre su comportamiento, con lo que evidentemente se altera también la capacidad de tomar decisiones y la formación de su voluntad.

---

<sup>274</sup> ROMERO, E., *Op. cit.*, pp. 179-181.

<sup>275</sup> SLUCHEVSKI, I., *Op. cit.*, pp. 43-48, señala la relación entre las enfermedades psíquicas y agentes que afectan al sistema nervioso central, a partir del cual se produce la actividad psíquica, como infecciones, traumatismos a la estructura cerebral, intoxicaciones y hasta vivencias, que producen daños en determinados puntos del cerebro, afectan sus funciones y producen cambios orgánicos. Por su parte, MAYER-GROSS, W., SLATER, E. y ROTH, M., *Op. cit.*, pp. 8-12, 203, también reconocen que las enfermedades mentales están asociadas con afectaciones al sistema nervioso, y particularmente al cerebro, pero aclara que son provocadas por diversos mecanismos patogénicos que modifican la actividad eléctrica del cerebro y causan las perturbaciones psíquicas. No obstante, más allá de su causa se perciben a nivel jurídico, según COLIN, A. y CAPITANT, H., *Op. cit.*, p. 335, como un “*desorden de las facultades intelectuales*” que impide a la persona discernir con inteligencia en torno al ejercicio de sus derechos.

<sup>276</sup> SLUCHEVSKI, I., *Op. cit.*, pp. 43, 44. También MAYER-GROSS, W., SLATER, E. y ROTH, M., *Op. cit.*, pp. 11, 203.



Ahora bien, el funcionamiento cerebral y mental diferente no necesariamente constituye perturbaciones psíquicas que justifiquen declarar incapaz a una persona, porque en el ser humano es neurodiverso, sino solo cuando afecta más evidentemente la autonomía y el proyecto de vida de una persona. Este es el caso de la demencia, una de las enfermedades mentales más grave, que se entiende como “*un síndrome que implica el deterioro de la memoria, el intelecto, el comportamiento y la capacidad para realizar actividades de la vida diaria*”<sup>277</sup> en virtud del deterioro de la mente y desintegración a nivel intelectual de la persona<sup>278</sup>. De igual modo, la esquizofrenia es un trastorno que comprende distorsiones en la percepción y el pensamiento, a partir de las cuales ocurren alucinaciones o se escuchan voces, aunque no siempre impide las capacidades intelectuales o la consciencia<sup>279</sup>. Y la demencia senil, un trastorno que desorganiza progresivamente la personalidad ante el envejecimiento debido a la degeneración del sistema nervioso central<sup>280</sup>, podría llegar a ser incapacitante de la voluntad de la persona, aunque debe advertirse que no todas las personas la enfrentan durante la vejez. Sin ser taxativo con los ejemplos enunciados, porque hay toda una gama de enfermedades mentales<sup>281</sup>, es claro que no debe generalizarse la idea de que las perturbaciones psíquicas son causa suficiente para declarar incapaz a una persona. Más bien, requiere de otros factores a analizar en el caso concreto, como el grado de afectación a la

---

<sup>277</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Demencia”, **Nota Explicativa No. 362**, Ginebra, 2015, disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs362/es/>

<sup>278</sup> MAYER-GROSS, W., SLATER, E. y ROTH, M., **Op. cit.**, p. 211.

<sup>279</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, **International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems**, 10<sup>a</sup> revisión, OMS, 2016, CIE-10: F-20.

<sup>280</sup> MAYER-GROSS, W., SLATER, E. y ROTH, M., **Op. cit.**, 363-364.

<sup>281</sup> *Vid.* ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, **Op. cit.**, capítulo V.

autonomía personal y el grado de dependencia de otro para la ejecución del proyecto de vida.

Eso explica que el legislador haya sido más específico en el art. 293 CF al decir que dicha enfermedad mental debe ser “crónica” e “incurable” para justificar la incapacidad, pues no se trata de cualquier perturbación psíquica pasajera, como la que se experimenta ante una situación traumática, una decisión que sobrepase el sentido común o una reacción esporádica agresiva ante una situación particular, sino a aquella afectación mental del organismo que permanece por un período prolongado en la vida de la persona<sup>282</sup>. Ahora bien, aun enfermedades mentales graves pueden ser reversibles al tratar las alteraciones orgánicas que las causan, como la extirpación de un tumor cerebral, por lo que solo se diagnostican ante la certeza del deterioro intelectual progresivo mas no para cualquier cambio en la personalidad<sup>283</sup>. De ahí que la declaración de incapacidad admita prueba en contrario y que, con el restablecimiento de sus condiciones psíquicas, la persona recobre su capacidad legal a través de la rehabilitación judicial “*si pareciere que ha recobrado la razón permanentemente*” (art. 298 CF).

Pero aun con las especificaciones que hace el legislador no hay que apresurarse a calificar una perturbación psíquica que encaje en el supuesto como incapacitante debido a que no es objeto de esta sacar de la sociedad a las personas con perturbaciones psíquicas, sino protegerlas y garantizar en lo posible el libre desarrollo de su personalidad<sup>284</sup>. Así, la incapacitación judicial de una persona que padece una enfermedad mental es una medida extraordinaria que se toma debido a su necesidad y analizando el grado de afectación en cada caso, por lo que no vale un juicio premeditado al respecto, sino que debe analizarse cada caso en particular para determinar si encaja en el supuesto del art. 293 CF, pues cada

---

<sup>282</sup> COLIN, A. y CAPITANT, H., *Op. cit.*, p. 335.

<sup>283</sup> MAYER-GROSS, W., SLATER, E. y ROTH, M., *Op. cit.*, pp. 201-202, 211.

<sup>284</sup> CALÒ, E., *Op. cit.*, pp. 154-158.

persona es distinta y la afectación patológica no siempre es la misma.

Entonces, no basta con cualquier enfermedad mental para que se produzca el supuesto de la incapacidad legal, más bien debe ser lo suficientemente grave como para impedir a la persona el ejercicio autónomo de su libertad personal al conducir su proyecto de vida<sup>285</sup>. Por tal razón, la perturbación psíquica leve que no causa retraso o deficiencia mental podría no afectar la capacidad de la persona porque en realidad en relación con las diferencias individuales. Y en el caso de aquellas perturbaciones psíquicas que, si la causen en virtud del enfoque de los derechos humanos, corresponde determinar si tienen relevancia suficiente como para afectar su capacidad, o hasta limitarla, al mismo tiempo que se sopesa el grado de afectación a la autonomía de la persona para determinar la incapacidad graduablemente<sup>286</sup>.

Ahora bien, dado que la incapacitación legal de una persona restringe sus derechos fundamentales no puede depender del arbitrio de cualquier funcionario público ni proceder a través de facultad discrecional de autoridad administrativa alguna, sino solo ante el juez<sup>287</sup>, quien puede “[o]rdenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, sometidos a su conocimiento y decisión, respetando el derecho de defensa de las partes” (art. 7.c LPrF). Esto se debe a que, por mandato constitucional, la función administrativa está supeditada al principio de legalidad en sentido estricto por lo que ningún funcionario público puede ejercer sus funciones más allá de lo que le prescribe la ley (art. 86 Cn).

Como resultado, al funcionario administrativo no le corresponde decidir cómo aplicar la ley a un caso concreto, salvo quienes

---

<sup>285</sup> COLIN, A. y CAPITANT, H., *Op. cit.*, p. 335.

<sup>286</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Op. cit.*, pp. 246-247.

<sup>287</sup> DABIN, J., *Op. cit.*, p. 303, reconoce el papel del poder judicial en cuestiones de derecho privado.

ejercen competencias regulatorias<sup>288</sup>, sino simplemente darle cumplimiento cuando constate que han ocurrido los supuestos de hecho que contempla. El juez, en cambio, no se limita a aplicar la ley, pese a encontrarse sujeto a esta, sino que tiene el mandato constitucional y la “*potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*” conforme a las leyes vigentes y la Constitución misma en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 172 Cn). Esto se debe a que los supuestos generales determinados por el legislador solo constituyen parte del derecho aplicable a través de un análisis profundo de las circunstancias concretas de cada caso, por lo que la interpretación jurídica no puede reducirse exclusivamente a la aplicación de la ley<sup>289</sup>, pues la incapacitación legal es una excepción con fines tuitivos a la naturaleza general de los derechos fundamentales que debe adoptarse conforme al principio de no discriminación del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 2 DUDH; 2.2 PIDESC). Además, dado que la motivan circunstancias particulares, una enfermedad mental crónica incurable, su determinación no es generalizable por lo que jurídicamente solo procede declarar incapaz a una persona por medio de un juez, quien contextualiza la aplicación de la norma al caso concreto con los sentidos jurídicos que le resultan aplicables.

Así, cuando el juez juzga en realidad aplica su criterio jurídicamente construido y el conocimiento jurídico, tanto científico como filosófico, que ha adquirido para determinar, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, lo que debe hacerse conforme a la justicia y demás principios generales del derecho<sup>290</sup>, lo que explica qué el juez tenga la obligación de proveer solución “*a los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal*” (art. 7.f LPrF), algo que no ocurre con el ejercicio de la función administrativa supeditada al estricto cumplimiento del principio de legalidad.

---

<sup>288</sup> POUND, R., *Justicia conforme a derecho*, 1ª ed., Editorial Letras, México, 1965, pp. 63, 64.

<sup>289</sup> POUND, R., *Op. cit.*, pp. 73-75.

<sup>290</sup> POUND, R., *Op. cit.*, pp. 76, 77.

Pero también debe actuar de forma imparcial e independiente para garantizar la tutela judicial efectiva en el cumplimiento de las garantías constitucionales para la conservación y defensa de los derechos fundamentales (art. 1 CPrCM).

Pero la incapacitación también requiere de un mecanismo procesal idóneo, de construcción legislativa y configuración constitucional, que garantice la conservación y defensa de los derechos fundamentales del presunto incapaz, así como que no va a ser privado de estos de modo “*que implique la pérdida, o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de la persona*” (arts. 2, 10 y 11 de la Cn), ya sea que pueda expresar su voluntad o no para defender su propio interés. De lo contrario, la declaratoria de incapacidad que no ha sido producida dentro de un mecanismo procesal que garantice “*un juicio con arreglo a las leyes*” (art. 11 de la Cn) sería una violación directa de los derechos y garantías fundamentales reconocidas a la persona y de sus derechos humanos mismos<sup>291</sup>.

Es así que el Principio 1.6 de la Resolución AG-OEA 46/119 reconoce que

*“[t]oda decisión de que, debido a su enfermedad mental, una persona carece de capacidad jurídica y toda decisión de que, a consecuencia de dicha incapacidad, se designe a un representante personal se tomará solo después de una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional”.*

En este sentido, la ley dispone la declaratoria judicial de incapaz como instrumento procesal para determinar si sobre una persona acaecen circunstancias psicofísicas graves que le impidan ejercer la determinación autónoma de su propia libertad (art. 185 LPrF). El legislador optó por construir su naturaleza

---

<sup>291</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 197-98**, del quince de junio de mil novecientos noventa y nueve, considerando III.1§1-3, reconoce la naturaleza tuitiva del proceso en los derechos fundamentales y de cómo les da seguridad jurídica a partir de su configuración legal, conforme a la concreción de las garantías constitucionales en él.

procesal como una diligencia de jurisdicción voluntaria debido a que, en principio, no existe contención entre partes y, por tanto, no hay intereses contrapuestos que puedan controvertirse en el proceso contencioso. Ahora bien, el mecanismo idóneo para la protección y restricción de derechos es el proceso debido a que sus formalidades instrumentales permiten a las partes intervenir con mayor eficacia en la defensa de sus intereses, por lo que aun tratándose de una diligencia de jurisdicción voluntaria debe preservar todas las garantías del proceso para la defensa de los derechos fundamentales de la persona que puede resultar incapacitada legalmente<sup>292</sup>. De hecho, el mismo Principio 1.6 de la Resolución AG-OEA 46/119 señala que

*“[l]a persona de cuya capacidad se trate tendrá derecho a estar representada por un defensor. Si la persona de cuya capacidad se trata no obtiene por sí misma dicha representación, se le pondrá ésta a su disposición sin cargo alguno en la medida de que no disponga de medios suficientes para pagar dichos servicios. El defensor no podrá representar en las mismas actuaciones a una institución psiquiátrica ni a su personal, ni tampoco podrá representar a un familiar de la persona de cuya capacidad se trate, a menos que el tribunal compruebe que no existe ningún conflicto de intereses”.*

De modo que el presunto incapaz tiene derecho a oponerse a la pretensión de declararle incapaz judicialmente, aun dentro de la diligencia de jurisdicción voluntaria. Por ello, si no puede pagar su propio abogado se le asigna un defensor público, pues la representación de los incapaces corresponde al Procurador General de la República para “[v]elar por la defensa [...] de las

---

<sup>292</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Op. cit.*, pp. 243, reconocen que la pretensión de incapacitar legalmente a una persona atiende a “*intereses generales*” que obligan a hacerlo del conocimiento del juez. Y es que, en principio, toda persona es legalmente capaz para ser dentro de la sociedad, pues la SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 26-2008**, del veinticinco de junio de dos mil nueve, considerando IV.3.A§2, admite que el legislador reconoce la autonomía de la voluntad “*como apta para producir consecuencias tendientes a la realización de los valores sociales*”.

*personas e intereses de los [...] incapaces*” (arts. 194.I.1 Cn; 224 CF). Y es de notar que el mandato constitucional no se limita a los intereses de la sociedad, sino también a la persona misma del incapaz. Pero esto no se cumple solo con la presencia de un defensor público<sup>293</sup> para guardar las apariencias de legalidad del procedimiento. Más bien requiere su oposición efectiva a la pretensión, si no hay causa justificada para incapacidad legal, y asegurarse de que la declaración de incapaz no sea arbitraria cuando la persona no pueda oponerse por sí misma a falta de facultades mentales, con lo que garantiza la efectiva defensa de sus intereses<sup>294</sup>.

Y es que la declaración judicial de incapacidad legal de una persona no es cuestión de mero trámite ni se reduce a la declaración judicial como formalismo legal, como si se tratase de un acto ritualista del antiguo derecho civil, sino un instrumento para proteger a la persona a través de la tutela judicial efectiva que evita cualquier intento de despojo arbitrario de su capacidad legal<sup>295</sup>. Por ello, una pretensión tan compleja exige emplear al máximo grado las garantías procesales para la correcta protección y conservación de los derechos fundamentales de la persona, pues en esencia con su resultado

---

<sup>293</sup> CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **sentencia de apelación 233-A-07**, del dieciocho de septiembre de dos mil ocho, considerando VI§5-7, explica que corresponde al Procurador General de la República la representación legal de la persona incapaz, incluso dentro de la diligencia judicial en la que se pretende declararlo tal, aun si las diligencias fueron promovidas por abogado particular.

<sup>294</sup> La SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **Improcedencia de amparo 43-2002**, del veinte de marzo de dos mil dos, Considerando III§4, reconoce la indefensión en el proceso como aquella situación en la que *“el particular ve cerrada, de modo irrazonable, la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, o se reduce este arbitrariamente”*.

<sup>295</sup> La CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **sentencia de apelación 177-A-2006**, del ocho de octubre de dos mil siete, considerando III§7, señala que el fin de las diligencias de declaración judicial de incapacidad es determinar si existe la enfermedad mental alegada pero que lo primordial en el proceso es la persona humana y su salud, más allá de los aspectos patrimoniales que puedan estar involucrados.

se restringe el derecho humano y fundamental a la personalidad. Así se explica que, en algunos casos, la vía procesal idónea para esta pretensión sea el proceso contencioso<sup>296</sup> o que al surgir conflicto entre las partes en una diligencia de jurisdicción voluntaria el juez deba hacer la conversión a la vía ordinaria (art. 183 LPrF).

## V. Replantear la incapacidad legal desde el enfoque de derechos humanos.

Es claro que la idea de la incapacidad legal es un concepto jurídico civil que se ha configurado desde una perspectiva patrimonialista, por lo que para su especialización como institución jurídica del derecho familiar requirió adaptarse los criterios que gobiernan su declaratoria judicial. Sin embargo, en la actualidad tanto el enfoque de derechos humanos como el enfoque de inclusión de las personas con discapacidad están obligando al derecho a replantear sus instituciones para adaptarlas a la concepción contemporánea de la discapacidad. Así, aunque la incapacidad legal no es un fin en sí misma, sino un medio para la realización de la persona<sup>297</sup> y su protección frente a consecuencias legales agraviantes para su persona que resulten de sus propias acciones jurídicas no autónomas<sup>298</sup>, es clara la necesidad de actualizar esta institución jurídica y

---

<sup>296</sup> CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **sentencia de apelación 233-A-07**, del dieciocho de septiembre de dos mil ocho, considerando VI§7, “*eventualmente, podría ocurrir -que- los casos de incapacidad- se tramiten en proceso contencioso interponiendo la demanda respectiva, cuando el demandante, tenga un interés económico (patrimonial) y pretenda asumir la tutoría, en razón de los bienes cuya propiedad o posesión corresponda al presunto (a) incapaz, Esto puede suceder cuando el presunto incapaz en realidad no adolece de ninguna incapacidad, ni existe prueba o indicios suficientes*” (Sic.).

<sup>297</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., **Op. cit.**, pp. 243, reconocen el hecho de que a través de la incapacitación la persona sufre una limitación a su capacidad pero que esta no desaparece simplemente, sino que es complementada por otra persona.

<sup>298</sup> COLIN, A. y CAPITANT, H., **Op. cit.**, p. 335.



adecuarla en el contexto de los derechos de las personas con discapacidad.

Según el Principio 1.6 de la Resolución AG-OEA 46/119, “[l]as decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional”. Aunque es cierto que el art. 331 CF impone al tutor la obligación periódica de rendir cuentas, el criterio internacional no se agota en este acto de consecuencia patrimonial. De hecho, el art. 298 LPrF reconoce la posibilidad de rehabilitación ante el desaparecimiento total de la enfermedad mental que justificó la incapacidad. Esto implica que el procedimiento que se utiliza para declarar la incapacidad judicial de una persona también debe revisar periódicamente la capacidad misma de la persona, si se mantienen o han cambiado las circunstancias que la motivan, o necesidad misma de tener un tutor si se considera que la persona ha adquirido un mayor grado de autonomía que disminuya su nivel de dependencia de otro.

Así, la ley debe adaptarse a la inserción progresiva de la persona a la vida social<sup>299</sup>, para estar en consonancia con los derechos de las personas con discapacidad y las exigencias internacionales de la dignidad humana. Por ello, desde 1971 el art. 7 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, adoptada en la Resolución 2856 de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante “Resolución AG-ONU2856”), se reconoció que

*“[s]i algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por*

---

<sup>299</sup> CALÓ, E., *Op. cit.*, p. 158.

*expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores” (sic.).*

Entonces, la limitación o supresión de las facultades de ejercicio de los derechos individuales debe ser el efecto más extraordinario y último respecto a una persona que padece una enfermedad mental. No obstante, en el enfoque actual de derechos humanos dichas medidas ni siquiera deberían estar contempladas en el derecho interno por sustituir la voluntad del individuo. En este sentido, el Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 37º período de sesiones (en adelante “Informe A/HRC/37/56”), recomendó que

*“los Estados deben abolir y prohibir todos los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones. Según el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estos regímenes pueden describirse como sistemas en los que se despoja a la persona de la capacidad jurídica (aunque sea con respecto a una única decisión) y una tercera parte nombra a un sustituto que toma decisiones basadas en lo que considera el interés superior de la persona concernida, aunque dicha decisión sea contraria a la voluntad de esta última”.*

De modo que la idea del criterio jurídico contemporáneo, y de los enfoques de derechos humanos e inclusión de las personas con discapacidad, es permitir la participación de la persona en la vida de la sociedad para su desarrollo integral, no excluirla. Este tipo de criterios del derecho internacional de los derechos humanos vuelve obsoletos los mecanismos del derecho interno para la incapacitación legal de la persona. Por ello, el Principio 3 de la Resolución AG-OEA 46/119, señala que “[t]oda persona que padezca una enfermedad mental tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad”. Y en sentido similar, el art. 19 CDPD reconoce “el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las

*de las demás”, incluyendo la obligación del Estado de adoptar “medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad”.*

Por supuesto, lo anterior se traduce en una serie de medidas y prestaciones sociales que deben hacerse efectivas para ayudar a la persona con alguna enfermedad mental o perturbación psíquica a conseguir un mayor grado de autonomía (arts. 1, 14-18, 21-25 de la Ley de Salud Mental). Según el Informe A/HRC/37/56, “[l]os Estados han de asegurar que haya un número suficiente de programas y servicios en marcha para ofrecer la gama más amplia posible de apoyo a la población diversa de personas con discapacidad”. Pero también medidas jurídicas graduables, que consideren la necesidad y la proporcionalidad, para causar la menor restricción posible a los derechos de la persona<sup>300</sup> y respeten su dignidad humana. Es por eso que el principio 1.7 de la Resolución AG-OEA 46/119 afirma que

*“[c]uando una corte u otro tribunal competente determine que una persona que padece una enfermedad mental no puede ocuparse de sus propios asuntos, se adoptarán medidas, hasta donde sea necesario y apropiado a la condición de esa persona, para asegurar la protección de sus intereses”.*

Por esta razón, en la legislación extranjera existen diferentes medidas legales para proteger a la persona con discapacidad

---

<sup>300</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 396-2001**, del catorce de junio de dos mil dos, considerando V.2.B.§1, refiriéndose a la proporcionalidad y sus elementos expone que “*la idoneidad de los medios empleados -en el sentido que la duración e intensidad de los mismos deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar-; la necesidad de tales medios -en el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado-; y la ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger”.*

psíquica o psicosocial. Así, en Francia, el art. 425 del *Code Civil* señala las medidas de protección y acompañamiento de la persona con discapacidad al decir que

*“Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre.*

*S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions”<sup>301</sup>.*

El criterio del artículo 425 del *Code Civil* es esencial porque establece la base para determinar cuando una persona no es autónoma en el gobierno de su propia persona, ya sea por razones físicas o psíquicas. Sin embargo, dicha norma también distingue grado de aplicación proporcional, pues según su artículo 440 la tutela se aplica a “[l]a personne qui [...] doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile”<sup>302</sup>, mientras que la curatela aplica a “[l]a personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin [...] d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes

---

<sup>301</sup> “Toda persona que esté imposibilitada de proveer a sus intereses por sí misma a causa de una alteración, médicamente comprobada, de sus facultades mentales o de sus facultades corporales que le impidan la expresión de su voluntad podrá beneficiarse de una medida de protección legal prevista en el presente capítulo.

Salvo que se disponga lo contrario, la medida estará destinada a la protección tanto de la persona como de sus intereses patrimoniales. Sin embargo, puede limitarse expresamente a uno de estos dos mandatos” [traducción propia].

<sup>302</sup> “La persona que [...] debe estar representada de forma continua en los actos de la vida civil” [traducción propia].

*importants de la vie civile*<sup>303</sup>. Fuera de estos casos, el criterio judicial es emplear las medidas menos gravosas y restrictivas de forma proporcional. En este sentido, es crucial que el artículo 428 del *Code Civile* disponga como reglas para el juez que

*“La mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu’en cas de nécessité et lorsqu’il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par la mise en œuvre du mandat de protection future conclu par l’intéressé, par l’application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429 ou, par une autre mesure de protection moins contraignante.*

*La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d’altération des facultés personnelles de l’intéressé*<sup>304</sup>.

En Italia, además de dar por sentado que la capacidad legal la adquiere la persona al nacer (art. 1 *Codice Civile*), existe la figura de la “*amministrazione di sostegno*” (“administrador de apoyo” [traducción propia]), que según el art. 404 del *Codice Civile*

*“La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità,*

---

<sup>303</sup> “La persona que, sin poder actuar por sí misma, necesita [...] ser asistida o supervisada de manera continua en los actos importantes de la vida civil” [traducción propia].

<sup>304</sup> “La medida de protección judicial solo puede ser ordenada por el juez en caso de necesidad y cuando no pueda ser suficientemente protegido por la implementación del mandato de protección futura concluido para el interesado, por la aplicación del derecho común de la representación, relativas a los derechos y deberes correspondientes a los cónyuges y las reglas de los regímenes matrimoniales, en particular las previstas en los artículos 217, 219, 1426 y 1429 o por otra medida de protección menos restrictiva.

La medida será proporcionada e individualizada en función del grado de alteración de las facultades personales del interesado” [traducción propia].

*anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio*<sup>305</sup>.

Y es que la persona que padece una enfermedad mental, pese a su condición de salud y el espectro somático que manifieste, mantiene su dignidad humana perennemente por lo que no debe ser adoptada una decisión de incapacitarle legalmente para sustituir su voluntad, como ocurre con los procedimientos de incapacitación legal. Lo anterior tiene aún menos justificación cuando sobre todo cuando la persona si puede ocuparse, por sí misma, de los asuntos que tienen que ver con su propio proyecto de vida. Pero el Informe A/HRC/37/56 ha sido aún más enfático en la aplicación del enfoque de derechos humanos a la tutela de los derechos de las personas con discapacidad, al señalar que los regímenes de sustitución de la voluntad que deben abolirse

*“incluyen la tutela plena y parcial, la interdicción judicial, la curatela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento y el internamiento involuntarios. La Convención prohíbe todas las formas de sustitución en la adopción de decisiones, incluidas las que se basan en la evaluación de la capacidad mental”.*

No obstante, debe advertirse que el art. I.b de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad señala que la “*declaratoria de interdicción*”, que es la figura equivalente a la declaratoria judicial de incapacidad, si es posible debido a la diferenciación no discriminatoria de las personas con discapacidad, su carácter necesario y su propiedad para garantizar el bienestar de la persona sujeta a esta condición. En tal caso, entendiéndolo de forma excepcional, no es contrario a

---

<sup>305</sup> “La persona que, por efecto de una enfermedad o de un impedimento físico o psíquico, se encuentre en la posibilidad, aunque sea parcial o temporal, de proveer a sus propios intereses podrá ser asistida por un administrador de apoyo, designado por el juez tutelar del lugar donde tiene su residencia o domicilio” [traducción propia].

la Convención ni constituye una forma de discriminación este mecanismo procesal. Por supuesto, en este punto se sostiene lo expuesto antes, a saber, que para dicha declaratoria se requiere de un mecanismo procesal adecuado que garantice la defensa técnica y oposición de la persona supuestamente incapaz, a fin de que pueda tutelar por medio de abogado y ante juez, sus intereses y mantener su autonomía cuando no hay justificante para dicha declaratoria, pues ello está en consonancia con el derecho a la libertad y seguridad de la persona, el derecho a ser protegidos contra tratos crueles inhumanos y degradantes, así como su derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad (arts. 14, 15 y 19 CDPD).

No obstante, haciendo énfasis en el enfoque de inclusión de las personas con discapacidad, a partir del respeto a sus derechos humanos, el Informe A/HRC/37/56 también señala que

*“los Estados deben desarrollar arreglos de apoyo de distintos tipos e intensidades, oficiales y oficiosos, para la adopción de decisiones. Estos arreglos incluyen, por ejemplo, redes de apoyo, acuerdos de apoyo, grupos de apoyo entre pares y de autoayuda, apoyo para la defensa de los intereses propios, defensa independiente y directivas anticipadas. A diferencia de lo que ocurre con los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, en los arreglos de apoyo para la adopción de decisiones nunca se retira o limita la capacidad jurídica, las personas de apoyo no pueden ser nombradas por un tercero contra la voluntad de la persona afectada, y el apoyo debe prestarse teniendo en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona. El derecho a la capacidad jurídica no está supeditado a la aceptación de ningún tipo de apoyo o ajuste, ya que las personas con discapacidad tienen derecho a rechazarlos”.*

Estas medidas de apoyo sustituyen, en el derecho internacional de los derechos humanos, a los regímenes de sustitución de la voluntad individual que afectan a las personas con discapacidad. Implican, para el Estado, la creación de

procedimientos administrativos y judiciales bajo los enfoques de inclusión y derechos humanos, servicios públicos que permitan a las personas con discapacidad acceder a oportunidades para su desarrollo individual y la participación efectiva de la vida en comunidad, entre otras medidas hacia ese fin. Pero las medidas de apoyo también implican mecanismos o sujetos de soporte para ayudar a las personas con discapacidad a ejercer, por sí mismas, su propia autonomía, tomando en cuenta su grado de autonomía y nivel de dependencia.

A este respecto, en España, a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se incorporaron las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su personalidad jurídica, las cuales se complementan con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, “Ley 39/2006”). Así, se establecen medidas de apoyo que coadyuvan a la persona en situación de dependencia para ejercer su autonomía y desenvolver su personalidad jurídica (art. 249 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en adelante “CCE”). En las medidas de apoyo adoptadas por el sistema español puede apreciarse la necesidad, gradualidad y proporcionalidad, así como el respeto a la dignidad humana de la persona con discapacidad, pues no establece un catálogo de *númerus claustrus*, sino lineamientos para que el aplicador de la ley pueda valorar cada caso.

Así, las personas que prestan apoyo a quien requiere la medida debe informarla con suficiencia tener en cuenta su voluntad y deseos, así como sus preferencias, al tomar decisiones, buscando que la persona pueda adquirir un mayor grado de autonomía a través de su apoyo, y cuando esto no sea posible se toma en cuenta para decidir su trayectoria de vida y aspectos personales como las creencias y valores de la persona con discapacidad (art. 249 CCE). La persona que requiere el apoyo incluso puede designar “*quien debe prestarle apoyo y con qué alcance*”, con lo que se constituyen las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria (art. 250 CCE).



Pero también están la guarda de hecho, que es una medida de apoyo informal; la curatela, cuando se nombra vía judicial porque la persona requiere un apoyo continuado; o el nombramiento de un defensor judicial, si la persona requiere ocasional o regularmente esta asistencia especializada (art. 250 CCE). Y en defecto de lo anterior, la responsabilidad de prestar las medidas de apoyo recae sobre la institución pública que corresponda a cada Comunidad Autónoma (art. 253 CCE), según lo indiquen las leyes autonómicas o la legislación estatal, así como las competencias establecidas a la Administración General del Estado y las Administraciones Públicas en el marco del sistema para la autonomía y atención a la dependencia (Ley 39/2006).

De igual modo, destacan en la legislación comparada los casos de Chile y Costa Rica, en los cuales se aprobaron leyes especializadas que buscan garantizar la autonomía de la persona con discapacidad. En Chile, la Ley 20422, sobre norma de igualdad de oportunidades e inclusión de personas con discapacidad (en adelante, “Ley 20422”), destaca en sus arts. 4 y 12 la obligación del Estado de crear programas y apoyos dirigidos a las personas con discapacidad, que buscan *“mejorar la calidad de vida [...] su desarrollo personal, la autodeterminación, la inclusión social y el ejercicio de sus derechos”*, que estarán diseñados para cada tipo de discapacidad y también genera *“beneficios y prestaciones sociales”* para las personas que las tienen. Distingue entre ayudas técnicas, servicios de apoyo y cuidadores (art. 6 Ley 20422), como parte de las medidas de apoyo. Y en su título IV, la Ley 20422 señala puntualmente acciones de inclusión social, bajo la denominación de *“Medidas para la igualdad de oportunidades”*, tales como las medidas de accesibilidad, el reconocimiento y uso de la lengua de signos chilenas, acciones que deben realizar los medios de comunicación, el transporte público o los comercios.

En Costa Rica, la Ley 9379, ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad (en adelante, “Ley 9379”), adopta en su artículo 2 el enfoque de

inclusión de las personas con discapacidad del derecho internacional de los derechos humanos y reconoce los productos y servicios de apoyo, la salvaguardia y la asistencia personal entre los mecanismos de apoyo. También se reconoce la personalidad jurídica, capacidad jurídica y la capacidad de actuar a las personas con discapacidad (art. 5.a Ley 9379) y para su ejercicio, a través de medidas de apoyo, establece el procedimiento de salvaguardia como un mecanismo procesal que garantiza el derecho de defensa de la persona, el derecho a ser escuchado para que se tome en cuenta tu voluntad, su tutela judicial efectiva y la revisión periódica de las medidas de apoyo de las que se beneficia (arts. 6-10 Ley 9379; (art. 851 de la Ley 7130, Código Procesal Civil, en adelante, “Ley 7130”).

Es notorio en la ley costarricense que la asistencia personal humana no constituye una forma de tutela, sino una medida de apoyo que busca ayudarle a alcanzar un mayor grado de autonomía a la persona con discapacidad, a partir de un plan de apoyo (arts. 12 y 13 Ley 9379). De igual manera, establece medidas de apoyo coordinadas a nivel institucional a través del programa para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, y la creación de la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente para la ejecución del programa, siendo una de sus principales funciones la aprobación y revisión del plan individual de apoyo a la persona con discapacidad (art. 16 Ley 9379). A nivel procesal, se eliminó la curatela para personas con discapacidad psíquica y se estableció el mecanismo de *“Salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad”* (arts. 819, 868-870 Ley 7130), aunque se establece la figura del curador procesal para efectos de tramitación del procedimiento, debiéndose tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad, pues *“[e]ste curador procesal de ninguna manera sustituirá a la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial, quien por el contrario mantendrá un papel activo, efectivo y protagónico durante todo el proceso”*.

## VI. En conclusión.

La declaración de incapacidad judicial es un instrumento de naturaleza compleja, más allá de su formulación procesal por el legislador. Nació con vocación civilista, en torno a la supresión de la capacidad de obrar del enajenado mental, pero su apreciación en el derecho contemporáneo, con el actual concepto de discapacidad, exige un enfoque no despersonalizador de quien padece una enfermedad mental que se sustenta en la dignidad inherente a su estatuto subjetivo que se manifiesta en sus derechos<sup>306</sup>. Y es que con la incapacitación legal no se pierde la condición como persona humana, inherente a su naturaleza ontológica, pero limita su capacidad de ejercer sus derechos y obligarse con la finalidad de protegerla<sup>307</sup>. Entonces, la declaración judicial de incapacidad debe ser vista como un instrumento tuitivo de la persona que debe usarse de forma excepcional y solo justificada por necesidad de la propia persona. Pero fuera de esos casos extraordinarios, el enfoque contemporáneo de derechos humanos y de inclusión de las personas con discapacidad, exige reconocer su personalidad jurídica y oportunidades para participar de la vida social.

Conforme a la normativa internacional, dicha declaración no debe ser definitiva y se sujeta a revisión periódica (art. 7 Resolución AG-ONU 2856), algo que la legislación interna aun no recoge con esa intensidad y que parece subsumir con la rendición de cuentas de administración por parte del tutor, centrándose en aspectos patrimoniales más que en la protección de la persona o el interés en rehabilitarla y no ajustándose a su finalidad tuitiva. Pero el fin de esta diligencia de jurisdicción voluntaria no es restringir el ejercicio de sus derechos fundamentales o despersonalizar a la persona con discapacidad psíquica, sino tutelarlos para garantizar que las medidas que se impongan ante su estado mental correspondan

---

<sup>306</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *Op. cit.*, pp. 94-99.

<sup>307</sup> DABIN, J., *Op. cit.*, pp. 148-149.

a su estricta necesidad y acorde al grado de autonomía que conserva la persona.

### Referencias citadas.

- AGLIANO, H., **Principios de derecho civil. Nociones elementales de derecho civil para la carrera de ciencias económicas**, 3ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.
- AGUILAR, A., “Síntesis del derecho civil”, en A. Aguilar Gutiérrez et al., **Panorama del derecho mexicano**, tomo II, 1ª Ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985.
- ALAMMANI, B., **Derecho romano público**, 1ª Ed., Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, San Salvador, 2010.
- CALÒ, E., **Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad**, 1ª ed., Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000.
- CASULLO, M., “Génesis y consolidación del proyecto de vida”, en M. M. Casullo et al., **Proyecto de vida y decisión vocacional**, 1ª ed., Paidós, Buenos Aires, 1994.
- CIFUENTES, S., **Derechos personalísimos**, 2ª Ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- COLIN, A. y CAPITANT, H., **Curso elemental de derecho civil**, tomo II, Vol. I, 3ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., **Sistema de derecho civil. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica**, Vol. I., 11ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- FREEMAN, M., “Taking children’s rights more seriously”, en P. Alston, S. Parker y J. Seymour, **Children, rights and the law**, 1ª ed., Oxford University Press, New York, 1993.

- GARCÍA, J., ***El neuroderecho y el impacto de las neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del derecho***, en F. J. López Frías et al. (Eds.), 1ª ed., Editorial Comares, Granada, 2013.
- GODOY, A., ***Toma de decisiones y juicio clínico: una aproximación psicológica***, 1ª ed., Ediciones Pirámide, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ, M., “Aspectos médicos de la declaración de incapacidad”, en s.e., ***I encuentro nacional sobre incapacidad judicial y tutela***, 1ª ed., Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalías, Cádiz, España, 1998.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., ***La dignidad de la persona***, 1ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- GURLAND, B. y KATZ, S., “Calidad de vida y trastornos mentales de los ancianos”, en H. Katschnig, H. Freeman y N. Sartorius (Dir.), ***Calidad de vida en los trastornos mentales***, 1ª ed., Masson, Barcelona, 2000.
- KELSEN, H., ***Teoría pura del derecho***, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.
- KRAUT, A., ***Los derechos de los pacientes***, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- MACIONIS, J. y PLUMMER, K., ***Sociología***, 1ª ed., Editorial Prentice Hall, Madrid, 1999.
- MAYER-GROSS, W., SLATER, E. y ROTH, M., ***Psiquiatría clínica***, t. II, 2ª ed., Paidós, Buenos Aires, 1974.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, ***International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems***, 10ª revisión, OMS, 2016. Disponible en URL: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/246208>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Demencia”, ***Nota Explicativa No. 362***, Ginebra, 2015, disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs362/es/>
- OSWALD, L. y HESS, R., “El grupo de las esquizofrenias: historia, signos e indicadores”, en P. E. Nathan & S. L.

- Harris., ***Psicopatología y sociedad***, 1ª ed., Editorial Trillas, México, 1983.
- POUND, R., ***Justicia conforme a derecho***, 1ª ed., Editorial Letras, México, 1965.
- ROMERO, E., ***Patología general y fisiopatología***, tomo I, 5ª ed., Editorial Alhambra, Madrid, 1980.
- SÁNCHEZ-CORDERO, J., ***Derecho civil: introducción al derecho mexicano***, 1ª Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.
- SCHARFETTER, C., ***Introducción a la psicopatología general***, 2ª ed., Ediciones Morata, Madrid, 1979.
- SHEFF, T., ***El rol del enfermo mental***, 1ª ed., Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1973.
- SLUCHEVSKI, I., ***Psiquiatría***, 2ª ed., Editorial Grijalbo, México, 1963.
- SZASZ, T., ***Ideología y enfermedad mental***, 1ª ed., Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2001.
- TORRES, A., “Valores y principios constitucionales. El principio de seguridad jurídica y su proyección sobre los derechos”, en V. Gimeno Sendra, P. Morenilla Allard, A. Torres del Moral y M. Días Martínez., ***Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional***, 1ª ed., Editorial Colex, Madrid, 2007.
- VILA, M., “La eutanasia: aspectos médicos, éticos y jurídicos”, en L. Martínez-Calcerrada y R. de Lorenzo (Coords.), ***Derecho médico: tratado de derecho sanitario***, tomo I, 1ª ed., Asociación Española de Derecho Sanitario/Editorial Colex, Madrid, 2001.
- WOOLFOLK, A., ***Psicología educativa***, 11ª ed., Pearson Educación, México, 2010.

### **Jurisprudencia citada.**

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de amparo 197-98**, del quince de junio de mil novecientos noventa y nueve.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 26-2008**, del veinticinco de junio de dos mil nueve.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 396-2001**, del catorce de junio de dos mil dos.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **Improcedencia de amparo 43-2002**, del veinte de marzo de dos mil dos.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **sentencia de inconstitucionalidad 10-95Ac**, del treinta y uno de enero de dos mil uno.

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **sentencia de apelación 233-A-07**, del dieciocho de septiembre de dos mil ocho.

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **sentencia de apelación 177-A-2006**, del ocho de octubre de dos mil siete.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vr. Costa Rica, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del veintiocho de noviembre de dos mil doce.**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso González Medina y Familiares vr. República Dominicana, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del veintisiete de febrero de dos mil doce.**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Ximeles Lopes vr. Brasil, sentencia de cuatro de julio de dos mil seis.**

# **CAPACIDAD JURÍDICA PARA EL PLENO EJERCICIO Y GOCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: RETOS NORMATIVOS EN EL SALVADOR.**

LEGAL ABILITY TO THE EXECUTION AND ENSURING HUMAN RIGHTS FOR THE DISABLED: NORMATIVE (OR REGULATORY) CHALLENGES IN EL SALVADOR.

**Claudia María Hernández Galindo.**

*SUMARIO:* I. Introducción. II. (in) Capacidad Jurídica y los modelos históricos de su abordaje. a. Del modelo tutelar y segregado al modelo social de derechos humanos. b. Antecedentes históricos. III. Limitaciones en capacidad de goce de los derechos en El Salvador. a. Capacidad legal o jurídica y su concepción restrictiva de derechos. b. Capacidad legal en El Salvador. c. Discriminación legal: excepciones al goce de la capacidad del ejercicio de derechos. IV. La nueva regulación de la capacidad Jurídica de las personas con discapacidad en El Salvador. a. De la Convención a la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad. b. Observaciones del Comité de Derechos de las personas con Discapacidad. V. Algunos precedentes jurisprudenciales y normativos en América Latina. VII. A manera de conclusión. VII. Una mirada propositiva.



## I. Introducción.

La capacidad jurídica es una institución del derecho que dejó de ser un asunto “incuestionable”. Por tanto, ha entrado en la mira del derecho internacional de los derechos humanos ya que es un tema clave por la trascendencia que tiene para los demás derechos de las personas con alguna discapacidad, a quienes el ejercicio libre de su capacidad legal les está restringida. Lamentablemente, no existe un estudio ni reciente, ni completo, que establezca con datos actualizados cuántas personas con discapacidad habitan el país y que identifique el tipo de deficiencias tienen, cómo y dónde viven<sup>308</sup>. Lo único que existe es el Censo de Población y Vivienda, de 2007, en el que se estableció que en el país existen 235 mil 302 personas con algún tipo de limitación.

Sin embargo, este grupo poblacional cuenta con un régimen jurídico especial que reconoce y tutela sus derechos, pues El Salvador ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Desde el 2008, asumió la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar todos los derechos que reconoce de dicho instrumento internacional establecidas en el artículo 4 referido a las obligaciones generales.

Una de esas medidas es de carácter legislativo, es decir, atender a la obligación de emitir una ley acorde al tratado internacional, lo que se concretó doce años después con la aprobación de la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad, en 2020. Esta Ley regula en el artículo 29 la capacidad jurídica para este grupo poblacional. Esto es relevante porque en materia de derechos humanos constituye un hito social y legal y a la vez un gran desafío para el país.

Es por eso que, el presente análisis pretende identificar si la normativa aprobada es suficiente o bien, si se requiere realizar ajustes de carácter legal. Para ello, se explora históricamente los enfoques predominantes sobre la discapacidad de las

---

<sup>308</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, **VI Censo de población y V de vivienda 2007**, Ministerio de Economía, San Salvador, 2009, p. XLIII.

personas y su vinculación con la capacidad o incapacidad jurídica contrastando con el enfoque social y de derechos humanos que manda la Convención.

El enfoque que se utiliza en el presente capítulo ha sido desarrollado a la luz del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, a través de su sistema de Observaciones Generales, específicamente, con la Observación General No. 1 y las Observaciones realizadas al Estado salvadoreño en 2019.

Para tener un parámetro de comparación, y de buenas prácticas normativas, se traerá a cuenta la jurisprudencia de Órganos de Justicia de los países que, en América Latina, han avanzado más en este tema y de las reformas que han concretado, pues son ilustrativas sobre cómo esos países están implementando el tratado internacional en cuestión.

Asimismo, se aborda brevemente el impacto que tiene para una persona ser declarada incapaz y limitársele el ejercicio directo y autónomo de todos sus derechos. Al final del capítulo se proponen una serie de pistas o tareas que El Salvador, como país firmante de la Convención, podría transitar para lograr ser un Estado respetuoso de todos los derechos de las personas con discapacidad.

## **II. (in) Capacidad Jurídica y los modelos históricos de su abordaje.**

La capacidad jurídica, tal como es concebida en la actualidad, es una institución consolidada en los ordenamientos jurídicos en el mundo; de manera que la podemos encontrar en las constituciones y las leyes secundarias de las diversas materias legales<sup>309</sup>. Es, de hecho, un contenido obligado en las cátedras de derecho romano, civil y de familia.

Si bien este contenido corresponde a un asunto del derecho privado, en los últimos años también se ha convertido en el centro de discusión en los organismos que vigilan y tutelan los

---

<sup>309</sup> Esto puede encontrarse en leyes migratorias (respecto de solicitar el pasaporte); limitación en leyes de procedimientos judiciales para ejercer acciones legales de forma personal, entre otros.

derechos humanos de las personas con discapacidad. Para comprender esa cuestión, corresponde en este apartado iniciar con una aproximación de los enfoques que subyacen en los modelos de abordaje de la capacidad jurídica en el derecho para luego desarrollar, someramente, su evolución histórica hasta el estado actual.

### **a. Del modelo tutelar y segregado al modelo social de derechos humanos.**

El modelo tutelar y segregativo de la discapacidad, es el modelo predominante desde la antigüedad y plantea que las personas con deficiencias deben ser excluidas, apartadas y discriminadas por ser consideradas anormales e invalidas<sup>310</sup>. Partiendo de esos conceptos, y en nombre de su bienestar, se presume que las personas con discapacidad siempre requieren del cuidado de otro que la reemplace y sustituya en todas o gran parte de las decisiones. Un ejemplo claro es que, ante la necesidad de una intervención médica, como una esterilización, quien decide en nombre de la persona si proceder o no, es la familia por ser ésta quien vela por su bienestar y no la persona que será intervenida; esto incluso está recogido en el artículo 17 Literal a) de la Ley de Derechos y Deberes de Pacientes y Prestadores de Servicios de Salud.

Desde este modelo se considera que – tras un diagnóstico de un trastorno, síndrome o deficiencia mental, intelectual o psicosocial – la persona requerirá de asistencia permanente, para uno, varios, o todos aspectos de la vida cotidiana y lo que a su vez produce una naturalización de la dependencia, disminuyendo la personalidad.

Con estos enfoques suelen devenir intervenciones protectoras sobre la persona que tiene deficiencia física, sensorial, cognitiva

---

<sup>310</sup> Para ahondar en este asunto puede consultarse: PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, Grupo Editorial CINCA, 2008. Consultado el 27 de septiembre de 2022, en URL: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

o psicosocial. Lamentablemente, ni las familias, ni la sociedad comprenden que el eje fundamental para la protección de derechos de las personas con discapacidad pasa por preguntarse ¿Cómo se potencia y contribuye al desarrollo de sus habilidades y capacidades? Lo anterior, especialmente, para lograr su autonomía.

Este modelo ha contribuido a debilitar la autonomía de las personas con discapacidad y eliminar las posibilidades de construcción de habilidades y competencias, para lo cual se promueve el sistema de sustitución de su voluntad, es decir, que otro ejerza por éste, sus derechos.

Por otra parte, existe también el modelo médico, en virtud del cual, la discapacidad es divisada únicamente desde la dimensión biológica, por lo que se le trata como una enfermedad limitante<sup>311</sup>. Este esquema reafirma la disminución de la personalidad y la sustitución de su voluntad en muchas esferas. A partir de este modelo, el personal médico y especialistas de la salud toman la mayor relevancia pues son quienes definen el “trato” que debe recibir una persona con esta condición.

Cabe resaltar que estos los dos modelos anteriores están muy arraigados cultural y socialmente. En la actualidad, los sistemas de protección de derechos humanos impulsan el modelo social y de derechos humanos, expresado en el artículo 3 de la CDPC literal a) el cual se centra en el reconocimiento de la dignidad persona con discapacidad como sujeto de derechos, como un ser humano autónomo, quien ejerce directamente sus derechos<sup>312</sup>. Además, establece que es el entorno el que excluye. De hecho, la misma definición de la discapacidad, hoy en día, tiene connotaciones relevantes para todas las sociedades y los Estados, en tanto que dejó de verse como un “problema” de la persona con discapacidad, para convertirse en un asunto que les atañe. Es así como se la define como una deficiencia (afección del cuerpo o la mente de la persona) que implica una limitación en su actividad, especialmente, cuando

---

<sup>311</sup> PALACIOS, A., *Op. cit.*

<sup>312</sup> *Ibid.*

interactúa con un entorno (social, político, cultural, económico) excluyente<sup>313</sup>.

Esta nueva concepción trae consigo muchos cambios que se traducen en ajustes razonables y adecuaciones en las comunicaciones, entornos físicos y virtuales para lograr mayor accesibilidad y la plena inclusión de las personas con discapacidad. Es por eso por lo que la CDPC establece la obligación de realizar estos ajustes en los artículos 5 literal 3; 13 párrafo 1; 14 párrafo 2; 24 numeral 2, literal c; 24 numeral 5 y, 17 literal i. En consecuencia, también la Ley Especial de Inclusión de Personas con Discapacidad lo regula en los artículos 1, 2, 3, 34, 43, 52, 66, 67, 87, 99, 108, 125.

Dado que los cambios no son automáticos, el desafío que se tiene por delante es pasar de los enfoques tutelar y médico, que limitan la capacidad del ejercicio directo de sus derechos a las personas con discapacidad, hacia una regulación acorde al modelo de derechos humanos. Cabe recalcar que este es un asunto que afecta más a quienes tienen una deficiencia auditiva (por temas de comunicación de la voluntad y preferencias) y las deficiencias mentales y psicosociales.

## **b. Antecedentes históricos.**

La capacidad jurídica es un asunto regulado desde el derecho de los antiguos romanos. Fue en el siglo II A. C que el jurista Gayo propuso una clasificación de las excepciones a su goce, siendo la más extrema la *capitis diminutio máxima* definida como: “*Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit*”, lo cual significa que persona a la que se le aplicaba perdía la libertad y la ciudadanía. Muchos de los derechos que gozaban los ciudadanos romanos tenían como condición no haber sufrido nunca la *capitis diminutio*, cuyo efecto eran la extinción de la personalidad civil, pérdida de los bienes, de la familia, de la libertad.<sup>314</sup>

---

<sup>313</sup> Ver la definición que establece la CDPC en el artículo 1 sobre el “propósito” de la Convención.

<sup>314</sup> PETIT, E., *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 9ª Ed., Editorial Jurídica Salvadoreña, San Salvador, El Salvador, 2008, pag.170.

Como otras instituciones jurídicas romanas, la idea de la *capitis diminutio* se ha mantenido hasta la actualidad formando parte del modelo tutelar y segregativo de la discapacidad, en virtud del cual las personas que tienen esa condición son apartados de la normalidad social y del ejercicio de sus derechos. La incrustación jurídica de la declaratoria de la “incapacidad legal” en el ejercicio de los derechos es tal que, por muchos años, incluso fue justificada desde el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, es decir, desde la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y se resume esto brevemente a continuación.

En 1971, la ONU aprobó la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*<sup>315</sup>, en la cual se reconoce que las personas con retraso mental gozan de derechos hasta el “máximo de viabilidad”. Es así como, si bien gozan de los derechos a la educación y salud, éstos se deben garantizar en la “medida de sus capacidades y aptitudes” tal como lo expresa el numeral 2 de dicha Declaración; además, el numeral 5 establece que el “retrasado mental debe poder contar con un tutor calificado para la protección de sus bienes y su persona”. Esta declaración, además fue muy reiterativa al señalar que es indispensable el sistema de sustitución. En otras palabras, tienen derechos, pero no siempre pueden ejercerlos.

Mas adelante, en 1975, la Asamblea General de este mismo organismo internacional emitió la *Declaración de los Derechos de los Impedidos*<sup>316</sup>. En ella se refiere como "impedido" a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales. Esta Declaración regula una serie de derechos y es en este instrumento que se comienza a esbozar la idea de integrar a las personas con discapacidad a

---

<sup>315</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Resolución 2856*. ONU, Nueva York, Estados Unidos, 1971.

<sup>316</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 3447*, ONU, Nueva York, Estados Unidos, 1975.

la sociedad, aunque sigue justificando el modelo segregativo y de sustitución de la voluntad.

Diez años después, en 1991, la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>317</sup> aprobó los *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental*. En este instrumento se reconocen los derechos de esta población, pero a su vez establece que pueden ser limitados para proteger su “seguridad y salud o la de terceros” lo cual se establece en la cláusula general de limitación<sup>318</sup>. Con esta resolución, se reconoce como predominante el modelo médico de la discapacidad ya que orienta a eliminar la autonomía y generar dependencia al especialista médico o a la familia.

Ya en 1994, la Asamblea General de la ONU aprueba las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades*, en virtud de las cuales comienza a cambiar el enfoque. Pero en 2008 fue cuando se logró el hito del reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo doce de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante, CDPCD.

Sesenta años antes, en 1948, la Declaración Universal de los derechos humanos reconoció en el artículo 6 que *“todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*, lo que significa que todas las personas tienen derechos inherentes que le deben ser reconocidos bajo cualquier circunstancia. Desde entonces, se dieron muchos desaciertos hasta lograr el mejor ajuste normativo convencional de este importante derecho humano.

En el ámbito del derecho civil, la capacidad jurídica ha sido reconocida como un derecho y atributo de la personalidad, pero tal como se ha expuesto previamente, este derecho ha tenido

---

<sup>317</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, **Resolución 46/119**, de 1991.

<sup>318</sup> La cual reza *“el ejercicio de los derechos enunciados en los presentes Principios sólo podrá estar sujeto a las limitaciones previstas por la ley que sean necesarias para proteger la salud o la seguridad de la persona de que se trate o de otras personas, o para proteger la seguridad, el orden o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de terceros”*.

algunas salvedades con base a la idea de protección a ciertos grupos. Esto ha sido así por una tradición jurídica civilista que tiene arraigo en el enfoque tutelar que limitaba el ejercicio de ciertos derechos a las mujeres, a las personas menores de dieciocho años y a quienes tienen algunas discapacidades.

Durante el siglo XX desaparecieron algunas restricciones de los códigos civiles, específicamente en caso de las mujeres, gracias a un proceso de reivindicaciones impulsados por los movimientos feministas aunado al desarrollo de una nueva materia especializada: el derecho de familia.

Como toda ciencia, el derecho está en constante evolución y en especial si se trata de los avances que van empujando las luchas y reivindicaciones sociales de los derechos humanos y avances científicos. Es así, que luego de un empuje del movimiento mundial de las personas con discapacidad, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual entró en vigor en 2008.

La CDPCD representa un avance histórico en la regulación, bastante precisa de los alcances de los derechos humanos para las personas con discapacidad, entre ellos, el derecho a la capacidad jurídica sin ningún tipo de restricción regulado en el artículo doce. Es todo un reto para los Estados poder traducirla e implementarla de forma coherente en sus normativas nacionales.

### **III. Limitaciones en capacidad de goce de los derechos en El Salvador.**

Como ya se ha señalado, en las ciencias jurídicas, la capacidad jurídica es una institución consolidada en las leyes, doctrina y jurisprudencia. A continuación, se hace una revisión de los extremos: como ha sido jurídicamente concebida y cómo ha impactado en la vida de quienes no gozan plenamente de ella y son sujetos de discriminación.

#### **a. Capacidad legal o jurídica y su concepción restrictiva de derechos.**



La capacidad legal o jurídica *“es la aptitud de toda persona para adquirir derechos, gozarlos y ejercerlos por sí misma”*<sup>319</sup>, a saber, se trata de la “aptitud” para ser sujeto de derechos, obligaciones civiles y el ejercicio personal de los mismos y sin la autorización de otra persona.

Cabe destacar que de esta noción de capacidad se desprenden las siguientes consideraciones:

- a) La capacidad es una aptitud, un atributo de la personalidad;
- b) es una aptitud de carácter legal porque es facultativa;
- c) es una aptitud tanto para gozar derechos y para su ejercicio.

Las leyes y la doctrina reconocen dos tipos o clases de capacidad legal.

1. La capacidad de goce, es decir, la aptitud propia de toda persona para ser titular del derecho, la cual se adquiere por el hecho de ser persona.
2. La capacidad de ejercicio está reservada para quienes están en su pleno uso de facultades intelectivas y volitivas y han logrado suficiente madurez. Desde la doctrina se ha contemplado que esto es así porque *“el ejercicio del derecho supone cierta aptitud personal para hacerlo efectivo con discernimiento y con utilidad, aptitud que no todas las personas naturales tienen.”*<sup>320</sup>

Lo anterior está recogido en el artículo 1316 de Código Civil que establece *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º Que sea legalmente capaz; La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”*

Lo que se sostiene es que tal limitación por ley se basa o está plenamente fundamentada en la concepción que la incapacidad lleva envuelta: la idea de protección y de socorro de manera que se protege a aquellas personas que no tienen el discernimiento

---

<sup>319</sup> RODRÍGUEZ, A., *Curso de Derecho Civil*, T. I Vol. II, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1963, pág. 170.

<sup>320</sup> *Ídem.*

suficiente, por lo que se les da un representante legal que ejerce potestad sobre sus bienes.

Comprendida así la capacidad de ejercicio, prácticamente el derecho condiciona a que, para que pueda ejercerlo plenamente, debe poseer el discernimiento necesario, vale decir, que sea apta para comprender el alcance de sus actos.

En correspondencia con lo anterior, la declaratoria de incapaz implica la carencia de capacidad de ejercicio de derechos en la persona. De hecho, Rodríguez<sup>321</sup> señala que esto no es un capricho del legislador, lo que está plenamente justificado a partir de algunos supuestos: a) anomalías de carácter mental (que en algún momento se le llamaba demencia o locura), b) anomalías de carácter orgánico (sordera, antes llamados sordomudos) y c) la impubertad.

Según M. Foucault, el enfermo mental es el *“que ha perdido el uso de las libertades que le ha conferido la revolución burguesa, libertad cuyas formas civiles y jurídicas son reconocidas a las personas por las declaraciones de derechos”*<sup>322</sup>. Esta concepción expresa muy bien esta tradición legal que por años ha sido impuesta a una parte de la población.

## **b. Capacidad legal en El Salvador.**

En correspondencia con esta concepción que antecede, el Código Civil salvadoreño, vigente desde 1860 establecía hasta la década de los noventa, las *“reglas especiales relativas a la curaduría del demente”* y *“las reglas especiales relativas a la curaduría del sordomudo”* estableciendo que *“el mayor de edad que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lucidos”*, según rezaba el artículo 457 ya derogado.

Desde 1994 el Código de Familia derogó esa disposición y estableció en el artículo 292 que *“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de causas legales*

---

<sup>321</sup> *Ídem.*

<sup>322</sup> FOUCAULT, M., *Enfermedad mental y personalidad*. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 93.

*y con la intervención, en su defensa, del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales.” Así las cosas, las causales legales para ser “Incapaz” que se consideran en el artículo 293 son:*

1ª) La enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos y,

2º) La sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable.

Si bien, el Código de Familia representó un avance hace casi treinta años, porque estableció como garantía de dicha declaratoria de incapacidad sea realizada por medio de un juez y con la intervención de la Procuraduría, en dichos procesos, la lectura de la norma destaca que el legislador asume la discapacidad como enfermedad. De ahí que se refiera a la cronicidad o imposibilidad de cura.

El Código de Familia, como muchas legislaciones en el mundo, establecen que, si se cumplen los presupuestos del artículo 293, se promueve que la persona sea declarada incapaz. En el marco jurídico salvadoreño esta declaratoria tiene otras implicaciones en los derechos de las personas con discapacidad, así por ejemplo la Ley de Migración y Extranjería establece en el artículo 69 que será la Procuraduría General de la República competente para emitir la autorización para la expedición, renovación o revalidación de pasaporte..., en los casos de personas mayores de edad, que han sido declarados incapaces, mientras no se provea de tutor.

Finalmente, es preciso identificar los impactos en la vida de las personas con discapacidad, especialmente, para quienes tienen deficiencias mentales, intelectuales o psicosociales, así como las personas sordas.

### **c. Discriminación legal: excepciones al goce de la capacidad del ejercicio de derechos.**

Para ilustrar, a manera de ejemplo, una persona con trastorno depresivo mayor tiene una discapacidad mental. De hecho, la Ley de Salud Mental establece en el artículo 10 literal b) que discapacidad psicosocial o mental son las alteraciones o

deficiencias, en las funciones mentales, específicamente en el pensar, sentir y relacionarse. La depresión, en determinada situación, podría ser de carácter crónico en la medida que está presente en el continuo de su vida. En este supuesto, y a la luz del Código de Familia, esta persona podría ser limitada del ejercicio de sus derechos y ser candidata a una declaratoria de incapacidad<sup>323</sup>.

La norma deja por fuera otras posibilidades de la realidad funcional humana: en un caso como éste, si la persona cuenta con un diagnóstico oportuno y se desarrollan las intervenciones por un especialista psiquiátrico (si es que hay necesidad de medicamento y la causa es biológica), sumada a una psicoterapia individual o intervenciones en el entorno familiar, esta persona podría tener un trastorno imperceptible aun cuando se tenga maneras de funcionar muy propias, y desarrollar actos volitivos válidos y ejercer sus derechos de forma personal.

Si la norma se aplica e interpreta desde enfoques errados, se estaría discriminando y condenando a una persona, a perder la autoridad parental de los hijos, a ser sometida a tratamientos contra su voluntad o no tener acceso a sus cuentas de banco, créditos, administración de bienes, entre otras implicaciones, por el hecho de tener un trastorno.

Más grave es el caso de las personas sordas que no pueden darse a entender. En este asunto, no puede atribuírsele penalidad social alguna por no haber tenido acceso a los medios para aprender a leer labios, a escribir y vocalizar, dominar el Lenguaje de Señas Salvadoreño (LESSA). En estos casos,

---

<sup>323</sup> La depresión es un trastorno del ánimo o mental y considerada dentro de las discapacidades psicosociales (o mentales) que si es sostenida en el tiempo puede registrar algún nivel de cronicidad, con lo cual puede caber en el supuesto contemplado por la normativa de familia relacionada como trastorno mental crónico. Para mayor profundización puede consultarse: ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, **Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, quinta edición (DSM-5)**. Washington, DC, Estados Unidos, 2013. Además, existe jurisprudencia salvadoreña ejemplos en la que la depresión ha sido una de las razones para nombramiento de tutor en, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2015/06/B35B0.HTML>

según el tenor de la legislación de familia, al no poder darse a entender cabría una declaratoria de incapaz. Lo anterior no considera la realidad, es decir, es el entorno el que no está preparado para comunicarse con la persona sorda.

El trato diferenciado en el reconocimiento de la capacidad jurídica tiene mayores implicaciones para ciertos grupos de la sociedad, lo que se ha llegado a denominar discriminación múltiple. Este es el caso de las niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad quienes

*“enfrentan un mayor riesgo de ser institucionalizadas y sujetas a procedimientos de tutela para la remoción formal de su capacidad jurídica; lo que autoriza formas de violencia que afectan especialmente a aquellas con impedimentos psicosociales e intelectuales, consideradas incapaces de vivir fuera de estos entornos”<sup>324</sup>.*

Peor aún, son tratadas como “objetos” en las intervenciones médicas, a pesar de tener tintes terapéuticos, pero sin su consentimiento debidamente informado, tal como se ha señalado en lo contemplado en el artículo 17 Literal a) de la Ley de Derechos y Deberes de Pacientes y Prestadores de Servicios de Salud. En consecuencia, estos procesos resultan violatorios de su integridad física y mental en estos grupos.

Estas situaciones sin duda devienen en discriminación de hecho y de derecho y se trata de un menoscabo para este sector.

#### **IV. La nueva regulación de la capacidad Jurídica de las personas con discapacidad en El Salvador.**

Como ya se ha apuntado previamente, el país ha ratificado dos Convenciones importantes y son Ley de la República: a) La Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad (CDPCD) y b) la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CEDPCD). En ambos cuerpos

---

<sup>324</sup> LÓPEZ, C., “Discapacidad e interseccionalidad: la construcción de vulnerabilidad en materia sexual y reproductiva”, en Bach, M. y Espejo, M. **Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos**. 1ª Ed., Yaksic Editores, Ciudad de México, México, 2022, pág.77.

normativos se reconoce el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación; pero particularmente, la CDPD establece en el artículo 12 que *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*. Este artículo supone la subrogación del modelo de sustitución de protección que regula del ejercicio y goce de los derechos de la persona con discapacidad, que se ha descrito en las líneas anteriores.

Si bien es un avance, el artículo 74 de la Constitución de la República de El Salvador que data de 1983, establece que tienen suspendidos los derechos de ciudadanía las personas que tienen auto de prisión formal, enajenación mental e interdicción judicial, lo cual de alguna manera desentona con la Convención que está por debajo de esta norma primaria y fundamental.

#### **a. De la Convención a la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad.**

En junio del 2020, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad, derogando la normativa previa orientada por la equiparación de oportunidades y que estaba ya desfazada. A través de esta Ley el país responde a la CDPCD reconociendo en dicha normativa el derecho a la capacidad jurídica (artículo 29) en los siguientes términos:

*“Se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, asegurando su máximo desarrollo personal; para ello, el Estado deberá crear un mecanismo de apoyo para el ejercicio de derechos y proceso de toma de decisiones, que garantice y proteja sus derechos y libertades fundamentales, así como el respeto de la autonomía, voluntad, preferencias e intereses de la persona. Estos mecanismos de apoyo serán creados con la participación de la persona con discapacidad, sus familiares y sus organizaciones.”*

Esta regulación es un gran avance en tanto: a) reconoce por primera vez la igualdad en el derecho a capacidad jurídica, b)

sin hacer la distinción si se trata de goce o ejercicio y c) se establece la obligación de adoptar un mecanismo con el sistema de apoyo y que respete a la autonomía. Sin embargo, no establece los medios concretos de su aplicación, es decir, cuál es el mecanismo de apoyo, cuáles son las salvaguardias que se adoptan, etc.

Otro asunto, no menos importante es que para dotar de efectividad a este reconocimiento se precisa realizar reformas al Código de Familia, porque en él se sigue estableciendo que se considera incapaz a quienes tienen una enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos, así como en casos de sordera que no puede darse a entender de manera indudable. Y aunque se trata de un cambio relevante, ya desde el 2009 el Comité de Derechos Humanos de la ONU sostuvo que *“Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12”*<sup>325</sup>.

La capacidad jurídica es sumamente significativa, se trata de tener el poder real para gobernar la propia vida, para ejercer la elección y el control en las decisiones relevantes de una persona, incluidas las decisiones sobre su vida personal, relaciones, atención médica y finanzas o bienes.<sup>326</sup>

## **b. Observaciones del Comité de Derechos de las personas con Discapacidad.**

---

<sup>325</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe A/HRC/10/48, 26/1/2009. *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 2015, punto 45.

<sup>326</sup> BACH, M. y ESPEJO, N., “Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal: la alternativa de la “capacidad para la toma de decisiones””, en Bach, M. y Espejo, M. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*. 1ª Ed., Yaksic Editores, Ciudad de México, México, 2022, pág. 83.

En marzo del 2014, el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, que es el órgano interprete de las CDPCD, emitió su primera Observación General<sup>327</sup> eligiendo el artículo 12 de dicha Convención como tema de análisis. En el considerando 3 el Comité manifiesta la razón de esta elección:

*“Sobre la base de los informes iniciales de distintos Estados parte que ha examinado hasta la fecha, el Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas. El objetivo de la presente observación general es analizar las obligaciones generales que se derivan de los diversos componentes del artículo 12”.*

Como se observa, el motivo de mayor preocupación es el malentendido de los Estados en la interpretación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, dado que éstos insisten en que la mejor protección es la declaratoria de “incapacidad” y no se comprende el sistema de apoyos.

En virtud de esta Observación, el Comité ilustra, reflexiona y explica los alcances del artículo 12, señalando se debe erradicar el sistema de sustitución. De esta importante Observación General se destacan trascendentales elementos o salvaguardias que se desarrollan en los párrafos infra y que constituyen parámetros para los ajustes en las legislaciones secundarias.

**Cambio de sistema.** El Comité señala que la CDPCD implica un cambio: pasar del sistema de sustitución en el ejercicio de ciertos derechos, por uno de apoyo en la toma de decisiones. Esto es así porque el sistema de sustitución no permite el goce equitativo e igualitario entre las personas a quienes se les

---

<sup>327</sup> COMITÉ DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General N.º 1 (2014) “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley” CRPD/C/GC/1*. Organización de las Naciones Unidas, 2014.



aplica, dado que, al ser declarada incapaz, es otra persona la que toma decisiones significativas en su vida como la administración de bienes, consentimientos médicos, entre otras. En cambio, el sistema de apoyo promueve que la propia persona titular de derechos los ejerza, teniendo la opción de contar con un soporte para ello. Con este modelo se reconocer la plena capacidad de las Personas con Discapacidad.

**Es un derecho y no una imposición.** El modelo de apoyo para la toma de decisiones es un derecho, y no una obligación, esto implica que normativamente no se le debe imponer a la persona con discapacidad, sino más bien, es ella quien lo solicita.

**Debe respetar los derechos, voluntad y preferencia de las Personas.** El mecanismo siempre deberá atender las preferencias, los derechos y sobre todo la voluntad de la persona con discapacidad y evitar realizar una injerencia externa que desee definir lo que conviene o no para la persona asistida.

**Establecimiento por juez y protección ante conflictos de intereses o influencias indebidas.** Debe ser un juez la autoridad quien establezca el mecanismo, quien garantice que las personas de apoyo no realicen influencias indebidas o tengan conflictos de interés que menoscaben los derechos, la autonomía o voluntad de la persona con discapacidad. La Observación General No. 1 considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación<sup>328</sup>.

**Proporcionar y adaptar a las circunstancias.** Dado que en cada caso confluyen diversidad de circunstancias, contextos, ritmos o historias de vida; el juzgador debe considerar el conjunto de situaciones para determinar el tipo y la intensidad del apoyo ya que esto variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es congruente con lo dispuesto en el artículo 3 d) de la Convención, sobre el principio del respeto por la diferencia y la

---

<sup>328</sup> Párrafo 22 de la Observación General No. 1.

aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.

**Plazos cortos o determinados.** Es sumamente importante que este mecanismo de apoyo esté sujeto a revisión periódica por autoridad judicial independiente e imparcial, pues puede haber conflictos, inconvenientes o influencias indebidas sobrevenidas.

Con esos elementos, el Comité orienta e interpreta como debe traducirse el artículo 12 y debe observarse que este sistema, como se constituye con los recursos propios y los del entorno y debe colaborar en generar las condiciones necesarias para el desarrollo de autonomía y su proyecto de vida.<sup>329</sup>

Por otro lado, bajo la modalidad de revisión de informes de país, este Comité emitió sus Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de El Salvador, Informe de recomendaciones al Estado de El Salvador en octubre de 2019<sup>330</sup> y en el que señala sus motivos de preocupación, siendo una de ellas, que no se ha derogado el artículo 74 de la Constitución, que suspende los derechos de ciudadanía por causa de “enajenación mental” e “interdicción judicial”, y que limita mucho los derechos de las personas con discapacidad. Además, recomienda considerar la Observación General No. 1 (2014) y recomienda al Estado Parte que derogue el régimen de declaración de incapacidad, en particular en la Constitución y el Código de Familia.

Finalmente, recomienda al país que

*“asigne recursos humanos y presupuestarios para reemplazar el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por un régimen de apoyo para la adopción de decisiones para las personas con discapacidad, en*

---

<sup>329</sup> Bach, M. y Espejo, N., *Op cit.*

<sup>330</sup> COMITÉ DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de El Salvador. CRPD/C/SLV/CO/2-3.** Organización de las Naciones Unidas, 2019, consultado en línea: <https://www.ohchr.org/es/documents/concluding-observations/committee-rights-persons-disabilities-concluding-observations-3>

*particular las personas con discapacidad psicosocial, intelectual o auditiva.*<sup>331</sup>

Si bien cada Estado soberano tiene la libertad de realizar las adecuaciones convencionales, según su propia realidad, el asunto de la regulación de la capacidad jurídica, relacionada con la declaratoria de incapaz, y su ajuste al enfoque de los derechos humanos, constituye un reto que sobrepasa al ámbito estrictamente jurídico. Se debe a que en este tema inciden asuntos como el estado cognitivo o volitivo de las personas y son procesos mentales que en los últimos años ha dado ha ido cambiando. Por una parte, el impacto de los avances de las neurociencias en los procesos mentales y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's) favorecen la comunicación de las personas sordas. Lo anterior, sumado al proceso de concienciación de la discapacidad ha tenido su buen aporte y han quedado atrás los preconceptos que sostienen el sistema anterior.

## **V. Algunos precedentes jurisprudenciales y normativos en América Latina.**

En América Latina existen precedentes judiciales y reformas legales sobre este asunto y se comparten algunos en este apartado. El Tribunal Constitucional de Perú, en el expediente 00194-2014-PHC/TC, planteó la necesidad de la reforma legal, expresando que la norma

*"que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, [...] nos presenta una nueva realidad de cara a lo que proponen los estándares actuales en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad, reivindicando a este grupo de personas,*

---

<sup>331</sup> COMITÉ DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, **Observaciones finales...Op. cit.**, párrafos 24 y 25.

*devolviéndoles el estatus de verdaderos sujetos de derecho*"<sup>332</sup>

Por otra parte, la Corte Suprema de Costa Rica estableció la improcedencia, ante la exigencia de requisitos que imponían un modelo sustitutivo de la capacidad jurídica por parte del Ministerio de Hacienda, porque de esa manera

*"se contraponen a lo dispuesto al respecto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...] como en la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad"*.<sup>333</sup>

Es muy relevante citar aquí lo que la Corte Constitucional colombiana recoge la Observación General No. 1 al señalar que el criterio funciona, es decir, la evaluación de la capacidad mental es

*"incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley"*<sup>334</sup>.

Estos países lograron pasar del sistema de sustitución por el de apoyo según el siguiente detalle:

- En Costa Rica, se tenía el Código Procesal Civil que regulaba el proceso de "insania" o interdicción, en el que un juez podía declarar la incapacidad de una persona, a través de una pericia médica; la designación de una curadora o curador se regulada en el Código de Familia.

---

<sup>332</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, **STC, Exp. Núm. 00194-2014-PHC/TC AREQUIPA**. Consultado en línea el 22 de septiembre del 2022, de URL: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00194-2014-HC.pdf>

<sup>333</sup> CORTE SUPREMA DE COSTA RICA, **Sentencia Núm. 2019009287**, de Sala Constitucional, Consultado el 22/09/2022, de URL: <https://vlex.co.cr/vid/sentencia-n-2019009287-sala-795540581>

<sup>334</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, **Sentencia C-182 de 2016**. Consultado en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-182-16.htm>

En 2016 se reformó para dar paso a la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad y reconocer su capacidad jurídica, eliminando las figuras de la interdicción, la insania y la curatela del ordenamiento jurídico. También se introdujo institución de la asistencia personal<sup>335</sup>.

- Perú adoptó en 2018, mediante el Decreto Legislativo Núm. 1384. Este reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Este decreto legislativo reconoce la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, al igual que Costa Rica, suprime la curatela por motivos de discapacidad y otras restricciones, e introduce regímenes para la toma de decisiones con apoyo. El Decreto Legislativo Núm. 1384 introdujo la figura de los apoyos en el Código Civil<sup>336</sup>.
- Colombia también lo hizo a través de la Ley 1996 de 2019<sup>337</sup> en la que reconoció la capacidad jurídica *"sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos"* y además se establece que en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

De la revisión de estos cambios normativos en estos tres países se observa que han atendido las recomendaciones plasmadas en la Observación General No. 1, siendo una buena práctica normativa que puede considerarse en El Salvador.

---

<sup>335</sup> Ley Núm. 9379. Costa Rica. Consultada en línea el 22/09/2022 en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103229/125236/F1379760652/LEY%209379%20COSTA%20RICA.pdf>

<sup>336</sup> Decreto Legislativo N.º 1384. Perú. Consultado en línea el 22/09/2022, de URL: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-reconoce-y-regula-la-capacidad-jurid-decreto-legislativo-n-1384-1687393-2/>

<sup>337</sup> Ley 1996 de 2019. Colombia. Consultada en línea el 22/09/2022, de URL: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=99712>

## **VII. Una mirada propositiva.**

No se debe dejar de lado que, para lograr cambios efectivos, las reformas de leyes no son suficientes si no van acompañadas de políticas y cambios en la sociedad y en las familias en las que las personas con discapacidad están supuestas a desarrollar su autonomía. Dicho lo anterior y como cierre de este capítulo, es importante identificar qué retos y qué ruta tiene el país para realizar la adecuación normativa a la CDPCD por lo que se señalan puntos importantes para este camino:

- **Reforma constitucional.**

Si bien el país ha ratificado la CDPCD, cuenta con una ley de inclusión que reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la norma primaria y fundamental -- que data de 1983-- sigue validando en el artículo 74 la figura de la interdicción y suspensión de derechos para esta población, en relación con ejercicio de un derecho humano tan importante como es el sufragio. Lo anterior, de alguna manera valida las disposiciones dispersas en las normas secundarias, la cultura jurídica y social frente a la discapacidad mental, intelectual y psicosocial. Por ello, es sumamente importante cambiar el paradigma desde la Constitución para lograr la coherencia deseada en todo el ordenamiento jurídico. Debe pues, revisarse y actualizarse la Constitución de la República a muchos presupuestos actuales de los derechos humanos, siendo el enfoque de la discapacidad actual uno de ellos.

- **Reformar la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad.**

A nivel de norma secundaria existen algunas posibilidades importantes. Por una parte, puede reformarse el artículo 29 de la Ley de Inclusión de Personas con Discapacidad para reconocer con mayor claridad el sistema de apoyo a la toma de decisiones para garantizar la autonomía, siguiendo los parámetros de la Observación No. 1 del Comité antes referido.

Otra opción o posibilidad, podría ser tomar el ejemplo de Costa Rica que generó una normativa especial para regular este

sistema de apoyo a la toma de decisiones. En ambos casos debe atenderse la interpretación plasmada en la Observación No. 1 del Comité.

- **Reformar el Código de Familia**

No basta con hacer la reforma que antecede. Se precisa realizar las reformas pertinentes al Código de Familia, valorando dos posibilidades:

1. La ideal y que esté acorde con la CDPC sería erradicar del sistema legal salvadoreño la declaratoria de incapacidad por motivos de discapacidad.
2. Si no existen condiciones para ello para dar ese paso, podría regularse además del sistema de apoyo, la eliminación de la discapacidad auditiva como causal para dicha declaratoria. Respecto a la discapacidad mental, intelectual o psicosocial, debe eliminarse el enfoque médico de la cuestión y establecer una redacción más acabada sobre los supuestos --muy extraordinarios-- para utilizar esta figura legal de "incapacidad".

- **Revisar otras normativas vinculadas.**

Dado que la capacidad jurídica, tal como ha estado regulada en el ordenamiento jurídico salvadoreño es una institución que tiene eslabones referenciados en muchas leyes, reglamentos; se precisa de realizar una revisión que esté acorde con las reformas en su conjunto y así evitar arbitrariedades e imposiciones discriminatorias por motivos de discapacidad.

- **Contar con sistema de apoyo y cambio cultural**

Como se señaló al inicio, el cambio normativo debe ir aparejado de acciones de política pública y sensibilización sobre este asunto. Esto porque uno de los principales problemas al constituir los sistemas de apoyo para la toma de decisiones de las personas con discapacidad es que dicho "apoyo interpretativo" sea realmente adecuado. Es particularmente importante, si se está ante el caso de una persona con

dificultades para comunicarse, estar en situaciones de las que otros no tienen conocimiento personal o no hay una relación de confianza con la persona en cuestión para comprender y traducir sus intenciones manifiestas a terceros, entre otros escenarios retadores. El principio de "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias dadas las circunstancias", adoptado por el Comité CDPD en la Observación No. 1, será una gran guía para la prestación de este apoyo. El Consejo Nacional para la Persona con Discapacidad juega, sin duda, un rol sumamente importante en este tópico.

- **Profesionales del área de Psicología y Psiquiatría**

Mientras el sistema de sustitución no se erradique por completo, los jueces que encarguen peritajes y los profesionales que realizan evaluaciones o peritajes judiciales y diagnósticos deben conocer los enfoques actuales. Aun cuando se realicen evaluaciones sobre la normalidad (entendida como la medida estándar) vr. trastorno, no se debe olvidar los fines y las consecuencias del peritaje y atender a realizar el menor daño posible en la persona.

De utilizar esta vía, podría también revisarse la Ley de Salud mental u otra para orientar a los profesionales que realizan estos peritajes para evitar interpretaciones indebidas de esta cuestión.

- **Adecuación del entorno**

Finalmente, para facilitar y garantizar la toma de decisiones, el consentimiento informado y participativo de personas con discapacidad implica que existan condiciones institucionales y sociales de accesibilidad, como la atención bancaria accesible con aplicaciones virtuales, personal con formación en LESSA, etc. Además, requiere la adopción de diversos ajustes para el afrontamiento de las barreras actitudinales, producto de estereotipos o prejuicios.

Estos 7 puntos esbozados someramente pueden servir como punto de partida para la gran tarea de avanzar en materia de



derechos humanos de las personas con discapacidad e integrarlos plenamente a la sociedad salvadoreña.

## **VII. A manera de conclusión.**

En la actualidad, la discapacidad no es entendida como una enfermedad permanente si no como una deficiencia independientemente de sus causas. No obstante, con la normativa actual, las personas con discapacidad psicosocial o mental corren el riesgo ser clasificados como enfermos incurables e irremediamente, destinados a ser declarados incapaces, al igual que las personas sordas que no han tenido acceso a formarse y comunicarse en LESSA u otro medio. Es ya bastante probado que, con la debida estimulación, buen contexto de apoyos y acceso a procesos de habilitación y rehabilitación, las personas con discapacidad mental, psicosocial o sordas pueden y deben contar con la suficiente autonomía y ejercer sus derechos.

Por el contrario, mantener el enfoque de sustituirles en la toma de sus decisiones solo ha generado personas poco empoderadas de sus derechos, además de contribuir a las consecuencias estigmatizantes, repercute enormemente en la vida cotidiana dado que remite necesariamente a evaluar si la persona está en la “capacidad” de administrar bienes y patrimonio, cambiar su estado civil, votar, heredar, decidir sobre los servicios de salud, ejercer la patria potestad, por señalar algunos ámbitos.

Por fortuna, el Derecho, como toda ciencia, evoluciona y se adapta a los cambios sociales y se va nutriendo por el cúmulo de cambios que la misma humanidad va empujando orientada por el principio *pro homine*, ya que lo que se busca es la máxima protección y garantía de todos los derechos para todos los seres humanos. Una de las aristas que han intervenido es la aceptación que la naturaleza humana es diversa, conocida como la diversidad funcional.

Así las cosas y de acuerdo con lo expuesto en las líneas que preceden, el país cuenta con el reto de revisar la normativa vinculada, que como ya se señaló, mucho se ha avanzado con la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo, este reconocimiento es insuficiente porque no desarrolla los mecanismos concretos para su eficacia legal. Por otro lado, la Ley de Inclusión que promueve el sistema de apoyos convive en el orden jurídico nacional con el sistema de sustitución que está además reconocido a nivel constitucional.

El artículo 12 de la CDPCD es clave porque está en correspondencia con el derecho a vivir una vida independiente y erradicar la discriminación y la desigualdad para este sector y es la puerta de entrada al goce de la integralidad de los derechos humanos.

### **Bibliografía.**

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, **Resolución 46/119**, 1991.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Resolución 2856**. ONU, Nueva York, Estados Unidos, 1971.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Resolución 3447**, ONU, Nueva York, Estados Unidos, 1975.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. **Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, quinta edición (DSM-5)**. Washington, DC, Estados Unidos, 2013.

BACH, M. y ESPEJO, N. "Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal: la alternativa de la "capacidad para la toma de decisiones"", en Bach, M. y Espejo, M. **Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos**. 1ª Ed., Yaksic Editores, Ciudad de México, México, 2022.

COMITÉ DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. **Observación General No. 1 (2014) "Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley" CRPD/C/GC/1**. Organización de las Naciones Unidas, 2014.

- COMITÉ DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. **Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de El Salvador. CRPD/C/SLV/CO/2-3**. Organización de las Naciones Unidas, 2019. Consultado en línea el 20/08/2022, de URL: <https://www.ohchr.org/es/documents/concluding-observations/committee-rights-persons-disabilities-concluding-observations-3>
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe A/HRC/10/48, 26/1/2009. **Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 2015.
- FOUCAULT, M. **Enfermedad mental y personalidad**. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. **VI Censo de población y V de vivienda 2007**, Ministerio de Economía, San Salvador, 2009. Consultado en URL: [http://www.digestyc.gob.sv/biblioteca/CENSOS/CENAPO\\_VI2007/Tomo\\_IV\\_Vol.I\\_Municipios\\_Caracteristicas\\_Generales.pdf](http://www.digestyc.gob.sv/biblioteca/CENSOS/CENAPO_VI2007/Tomo_IV_Vol.I_Municipios_Caracteristicas_Generales.pdf)
- LÓPEZ, C. “Discapacidad e interseccionalidad: la construcción de vulnerabilidad en materia sexual y reproductiva”, en Bach, M. y Espejo, M. **Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos**. 1ª Ed., Yaksic Editores, Ciudad de México, México, 2022.
- PALACIOS, A. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid, Grupo Editorial CINCA, 2008. Consultado el 27 de septiembre de 2022, en URL: [https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/E\\_lmodelosocialdediscapacidad.pdf](https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/E_lmodelosocialdediscapacidad.pdf)

PETIT, E. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. 9ª Ed., Editorial Jurídica Salvadoreña, San Salvador, El Salvador, 2008.

RODRÍGUEZ, A. **Curso de Derecho Civil**, T.I, Vol. II, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1963.

### **Jurisprudencia citada**

CORTE SUPREMA DE COSTA RICA, **Sentencia Núm. 2019009287**, de Sala Constitucional, Consultado el 22/09/2022, de URL: <https://vlex.co.cr/vid/sentencia-n-2019009287-sala-795540581>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, **Sentencia C-182 de 2016**. Consultado en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-182-16.htm>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, **STC, Exp. Núm. 00194-2014-PHC/TC AREQUIPA**. Consultado en línea el 22 de septiembre del 2022, de URL: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00194-2014-HC.pdf>

# EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON DISCAPACIDAD EN EL SALVADOR.

THE RIGHT TO INCLUSIVE EDUCATION FOR CHILDREN AND  
ADOLESCENTS WITH DISABILITIES IN EL SALVADOR.

**Fernando Antonio Romero Sorto.**

*SUMARIO:* I. Introducción. II. Concepto del término niñez y adolescencia en El Salvador. III. Concepto y tipos de discapacidad. IV. Educación inclusiva. V. Situación en El Salvador. VI. Marco institucional. VII. Retos y desafíos identificados en materia de educación inclusiva. VIII. Conclusiones.

## **I. Introducción.**

El derecho a la educación, reconocido en la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, como marco legal en nuestro país y otros tratados internacionales, representa uno de los derechos más importantes. Además de ser reconocido legalmente, debe ser garantizado su ejercicio a los niños, niñas y adolescentes al mayor nivel posible, contando con el acompañamiento de sus padres, responsables (art. 81 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en adelante “LEPINA”), ya que su realización le permitirá a la persona adquirir las competencias necesarias para tener

oportunidades a nivel laboral y convertirse en un ser humano productivo dentro de la dinámica de la vida social en comunidad.

A partir de lo anterior, se puede decir que al igual que la mayoría de derechos, la educación es irrenunciable, un deber de todo ciudadano (art. 56 de la Constitución de la República), y ni tan siquiera se justifica la sustitución del mismo a causa de necesidades económicas que impliquen dedicarse a actividades laborales formales o informales, ya que en este caso requiere una especial protección (art. 58 de la LEPINA), por tratarse de un derecho que garantizara más adelante un desarrollo humano, social y profesional dentro de la sociedad.

Los tratados y declaraciones internacionales hacen énfasis en este reconocimiento y la importancia de este. Para ilustración respecto a esto, se puede retomar lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 28 numeral 1 establece lo siguiente:

*“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:*

*(a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;*

*(b) Fomentar el desarrollo en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;*

*(c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;*

*(d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;*

*(e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar”.*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas en 1948, establece en el numeral 1 de su artículo 26:

*“Toda persona tiene derecho a la educación. La educación tiene que ser gratuita, al menos en lo referente a la enseñanza elemental y fundamental. La enseñanza elemental es obligatoria. La enseñanza técnica y profesional debe ser generalizada; el acceso a los estudios superiores tiene que estar abierto a todos en plena igualdad de condiciones, en función del mérito”.*

La importancia del derecho a la educación de la niñez y adolescencia, desde su primera infancia (art. 82 de la LEPINA; art. 47 de la Ley Crecer Juntos; art. 16 de la Ley General de Educación, en adelante “LGE”), es fundamental porque el no reconocimiento de este derecho representa exclusión; significa negarle a la persona su derecho a desarrollarse plenamente como ser individual y social, evolucionar y transformar en el ámbito cultural y económico generaciones familiares y dar un salto cualitativo de vida para él y su entorno. Aunque, claro, este desarrollo pleno<sup>338</sup> no depende exclusivamente de tener acceso a la educación, sino que una vez concretado, y aprovechando ese proceso, a ella debe acompañarse un conjunto de políticas económicas, sociales y condiciones que permitan generar espacios laborales acordes a los niveles de conocimiento adquiridos, pues de lo contrario estaremos en presencia de esa categoría de trabajo informal como medio de subsistencia<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> Desde una perspectiva holística, el crecimiento abarca todo lo relacionado con la satisfacción plena de las necesidades biológicas, emocionales, sociales, culturales y morales del niño y la niña. Según UNICEF, **Primera infancia en El Salvador. Estado actual y perspectivas**. San Salvador, 2011, p. 21, el enfoque del desarrollo integral de la niñez “*Hace referencia al conjunto de acciones coordinadas capaces de llenar las necesidades esenciales para preservar la vida, como las que se relacionan con el desarrollo y aprendizaje, acorde a sus características e intereses permanentes y variables (UNESCO, 2001). Según el enfoque, promovido por la UNESCO, la atención integral es lo que permite su desarrollo*”.

<sup>339</sup> A partir de las Encuestas de Hogares de Propósitos Múltiples (EHPM), se propone un método de medición del empleo informal que permitiría su caracterización visualizando sus mayores vulnerabilidades. Con la aplicación de este método, se estima un total de 74.1 % de ocupados con un empleo

Cuando se menciona a los Estados que deben reconocer y garantizar el acceso al derecho a la educación, y que esta debe ser de calidad (art. 3 de la LGE), debemos asumir que comprende a la niñez y adolescencia en general, la que proviene de zona urbana, de la zona rural, de clases altas, medias y bajas, niñez vulnerada en sus derechos, adolescentes en conflicto con la ley, niñez con discapacidad entre otros.

Al segmento de la niñez y adolescencia con discapacidad es al que se hará referencia en este artículo, iniciando por una breve aproximación al concepto de discapacidad, su entorno en el Salvador, el acceso que se tiene a la educación en condiciones de igualdad y con un nivel de calidad, las limitantes que hay en el sistema salvadoreño, el marco legal e institucional que los respalda, las políticas y acciones emitidas por las autoridades en el tema y no menos importante el diseño del currículo y la formación de docentes especializados y sensibilizados en la atención de esta parte de la niñez y adolescencia (art. 44 de la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad, en adelante "LEIPD") que muchas veces no reciben el trato que vaya acorde con su dignidad humana.

## **II. Concepto del término niñez y adolescencia en el salvador.**

La Convención sobre los Derechos del Niño, que es el tratado internacional de mayor reconocimiento a nivel mundial, fue aprobada y ratificada por nuestro país en el año de 1990. Este tratado establece en su artículo 1 que se entiende por niño a toda persona menor de dieciocho años, y a partir de ese indicador, las legislaciones de los diferentes Estados debían de adecuar sus instituciones y leyes. En el caso de El Salvador es importante mencionar que ese proceso de adecuación normativo fue lento y a la inversa, ya que se hizo en primer lugar, en lo que se refiere a los adolescentes que se encuentran

---

informal en El Salvador para 2019. A partir de esta medición, se identifican las probabilidades de tener un empleo formal en El Salvador. En promedio, un salvadoreño dentro del mercado laboral tiene una probabilidad por debajo del 8.0% de tener un empleo de calidad. Esta probabilidad se ve significativamente afectada por desigualdad desde género, nivel educativo, experiencia laboral, edad y territorialidad.



vinculados al sistema de responsabilidad penal, con la entrada en vigor de la Ley Penal Juvenil, atendiendo a los estándares internacionales en materia de justicia juvenil<sup>340</sup>, que establecen a los Estados Parte la obligación de fijar una edad mínima de responsabilidad penal. En El Salvador, esta es de doce años (art. 2 de la Ley Penal Juvenil), y en el caso de los niños y las niñas que por debajo de esa edad que cometan un ilícito penal se consideran inimputables y deben ser atendidos por las instancias que conforman el Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, como se establece en el mismo artículo antes mencionado en su inciso final derivando dicha atención al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia (ISNA).

Fue hasta el año dos mil nueve, con la entrada en vigencia de LEPINA como marco interno específico en el tema de protección de la niñez y adolescencia, que se hace una diferenciación de dos franjas de edad, para efectos únicamente de la aplicación de la ley mencionada, y se establece que niño o niña es todo ser humano hasta los doce años de edad e incorpora el término adolescente para quienes están comprendidos entre los doce a dieciocho años, teniendo como base esta diferenciación el principio rector del ejercicio progresivo de las facultades (art. 3 y 10 de la LEPINA).

En el contenido de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, existen varias disposiciones legales referidas a derechos específicos como la salud, donde se hace una regulación de la manera en que se debe garantizar el acceso a los servicios de salud (art. 21 de LEPINA). No obstante, en el tema específico de la educación se encuentra la disposición legal del artículo 84 que establece lo siguiente:

*“El Estado garantizará programas integrados o especiales según el caso, para las niñas, niños y adolescentes con discapacidad física o mental, especialmente destinados a asegurarles el acceso efectivo a la educación, la capacitación y las oportunidades de esparcimiento. Los centros educativos públicos y privados deberán adecuar*

---

<sup>340</sup> Ver artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

*su infraestructura para garantizar el acceso a este derecho”.*

No pudiendo dejar de mencionar, por lo novedoso que resulta la reciente aprobación de la Ley Crecer Juntos que entrara en vigor en enero de dos mil veintitrés, que la ley visibiliza y reconoce el concepto de infancia (art. 4 de la Ley Crecer Juntos), además de los ya mencionados conceptos de niñez y adolescencia, como un mecanismo para garantizar de manera más específica los derechos y fortalecer los mecanismos de protección de los mismos. Esto resulta relevante porque en las demás leyes secundarias que se vinculan a la materia, no hacen distinción alguna en sus franjas de edad en sus disposiciones legales sobre la niñez, aunque en su aplicación se sigue el parámetro de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al hablar de educación inclusiva para niñez con discapacidad en el presente capítulo se hará referencia al concepto establecido por el tratado internacional antes mencionado, que tiene una mayor cobertura y una aplicación general por las instituciones encargadas en nuestro país.

### **III. Concepto y tipos de discapacidad.**

Es importante que el concepto y los tipos de discapacidad se encuentren definidos y delimitados desde el punto de vista legal para que en su incorporación a las políticas y acciones desde el Estado, y en particular desde el sistema educativo, se realicen de una manera una correcta y se brinden los lineamientos que sean más acordes con la interpretación de la norma jurídica, siempre teniendo en cuenta que lo primordial es brindar una educación de calidad, tomando como base el interés superior del niño, niña y adolescente (art. 12 de LEPINA). En ese sentido, es importante retomar algunas disposiciones legales de carácter internacional y otras que corresponden a nuestro marco interno.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, expresa en su artículo 1 que:

*“El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más*

*actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.*

Sobre este mismo concepto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que cuenta con su Protocolo Facultativo, establece en el artículo 1 que:

*“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.*

Finalmente, la Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (LEOPD), en su artículo 1, señala que el objeto de esta es *“establecer el régimen de equiparación de oportunidades para las personas con discapacidades físicas, mentales, psicológicas y sensoriales, ya sean congénitas o adquiridas”.*

De acuerdo con las diferentes definiciones anteriores, se pueden identificar características comunes en el concepto de discapacidad, entre los que vale la pena mencionar: tipos de discapacidad; características referidas a que esta no solamente es temporal sino también permanente; la forma en que surge en la persona desde la niñez, pudiendo ser adquirida o congénita; relación de la discapacidad en la interacción con el entorno social, ligadas a comportamientos y actitudes que generan estigma, rechazo, marginación, discriminación, y exclusión, de parte de aquellas personas que no están sensibilizadas con el tema o tienen un desconocimiento total y absoluto del mismo.

En este último punto, debe tener un papel importante el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología para la formación y actualización que se hace en la formación de los docentes dentro de las aulas universitarias (art. 2 literal a de la Ley de Educación Superior), y que posteriormente serán asignados en los diferentes centros escolares. Muchas veces no es suficiente la formación en el diseño de la currícula y metodología de aprendizaje porque los estudiantes, que son futuros docentes, no adquieren dentro de sus competencias los conocimientos mínimos sobre como brindar la atención e intervención cuando frente a ellos se presenta un niño, niña o adolescente con

discapacidad como parte del aula de clase, cometiendo muchas veces acciones de estigmatización y discriminación frente a este grupo vulnerable.

Si bien es cierto que existen varios autores que elaboran una clasificación de los diferentes tipos de discapacidad, para efectos del análisis del presente artículo, se retomará lo que dispone la Política Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad que define los siguientes tipos de discapacidad:

Discapacidad física: “*Consiste en falta, deterioro o alteración funcional de una o más partes del cuerpo, y que provoque inmovilidad o disminución de movilidad*”<sup>341</sup>.

Discapacidad sensorial: Se divide en discapacidad auditiva y discapacidad visual.

Discapacidad auditiva: “*Consiste en el deterioro o falta de la función sensorial de oír (sordera parcial o total, dificultades para hablar)*”<sup>342</sup> e incluye personas sordas, sordo-ciegas, hipoacusias y con disminución auditiva.

Discapacidad visual: “*Consiste en el deterioro o falta de la función sensorial de ver (visión disminuida, ceguera)*”<sup>343</sup>.

Discapacidad intelectual “*Consiste en limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, que se manifiesta en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas*”<sup>344</sup>.

Discapacidad mental (Discapacidad “social” como se reconoce actualmente): “*Consiste en alteraciones o deficiencias en las funciones mentales, específicamente en el pensar, sentir y relacionarse*”<sup>345</sup>.

---

<sup>341</sup> GOBIERNO DE EL SALVADOR, ***Política nacional de atención integral a las personas con discapacidad***, Gobierno de El Salvador, San Salvador, 2014, p. 3.

<sup>342</sup> *Ídem*.

<sup>343</sup> GOBIERNO DE EL SALVADOR, ***Op. cit.***, p. 4.

<sup>344</sup> GOBIERNO DE EL SALVADOR, ***Op. cit.***, p. 3.

<sup>345</sup> GOBIERNO DE EL SALVADOR, ***Op. cit.***, p. 4.

Nos parece importante tener un punto de partida del concepto y tipos de discapacidad para efectos de las acciones que se deben tomar a todo nivel para garantizar el reconocimiento y la protección integral de todos los demás derechos, pero en especial del derecho a la educación por sus características especiales que requieren ser incorporados en la Política de Educación Inclusiva para brindar una atención de calidad a la niñez con cualquiera de las discapacidades antes mencionadas, lo que implica tener un docente con las competencias necesarias y sensibilizado, además de un entorno familiar que apoya dicho proceso.

Es importante mencionar que en nuestro país ya han pasado muchos años desde que se realizó por última vez un estudio cualitativo y cuantitativo de la niñez con discapacidad, siendo esta en el año 2015 y fue denominado: “Análisis y caracterización de las personas con discapacidad a partir de la Encuesta Nacional 2015”, se nos presenta que en ese entonces el total de niñas, niños y adolescentes era de 1, 863,637 y de ellos los que presentan algún tipo de discapacidad en El Salvador era de 119, 944, de los cuales 75, 411 eran niños y adolescentes, es decir 62.87% y 44, 533 eran niñas y adolescentes, que corresponde al 37.13%<sup>346</sup>.

En el estudio antes mencionado se presenta un análisis de la situación y el reconocimiento del derecho a la educación en la niñez y adolescencia con discapacidad por ser un derecho necesario para el desarrollo pleno del potencial humano, con dignidad y autoestima. De los datos obtenidos resulta interesante que en ese año más del 80% de niñez y adolescencia con discapacidad se encontraba inserto en un espacio educativo, aun cuando no se pudo precisar el nivel de calidad educativa, discriminación e inclusión plena.

En relación con el sexo de la niñez y adolescencia, hay un porcentaje mayor de lo masculino sobre lo femenino (83.3 a 75.2%). Además, el rango de edad en donde hay un mayor porcentaje de niños que estudian es de 7 a 12 años. El estudio

---

<sup>346</sup> Vid. UNICEF-DIGESTYC-CONAIPD, **Análisis y caracterización de las personas con discapacidad a partir de la encuesta nacional 2015**, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia-Gobierno de El Salvador, Nueva York, 2015.

también permitió poner en evidencia y hacer un cruce entre la asistencia escolar y los años de escolaridad alcanzados, que inicia en primer grado, cuya edad teórica es de siete años. Las niñas, niños y adolescentes con discapacidad en promedio alcanzan un año menos de escolaridad, que los coloca en desventaja frente a los otros y limita sus posibilidades futuras de inclusión laboral.

En términos generales cuando se utiliza el término Rezago Educativo, se define como un retraso de dos años o más en relación con el nivel que teóricamente debería de cursar de acuerdo con su edad<sup>347</sup>, siendo mayor en el caso de las niñas con discapacidad.

Al final del estudio se destaca la importancia de generar una política de educación inclusiva que reduzca la brecha en la asistencia a la escuela de las niñas con discapacidad de la zona rural con menor ingreso.

#### **IV. Educación inclusiva.**

La UNESCO define la educación inclusiva de la siguiente manera es:

*“el proceso que permite tener debidamente en cuenta la diversidad de las necesidades de todos los niños, jóvenes y adultos a través de una mayor participación en el aprendizaje, las actividades culturales y comunitarias, así como reducir la exclusión de la esfera de la enseñanza y dentro de ésta, y en último término acabar con ella. Entraña cambios y modificaciones de contenidos, enfoques, estructuras y estrategias basados en una visión común que abarca a todos los niños en edad escolar y la*

---

<sup>347</sup> El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, a través del Departamento de Estadísticas Educativas, pone a disposición el documento: “Educación de El Salvador en Cifras. Período 2014 al 2018” que arroja amplios datos no solo rezago.

*convicción de que corresponde al sistema educativo ordinario educar a todos los niños y niñas*<sup>348</sup>.

El concepto antes mencionado no es de fácil aplicación para los Estados, y sus instituciones rectoras en materia de educación, pues requiere en primer momento de un compromiso, voluntad política y sensibilización en el tema para todos los involucrados; seguido del destino de recursos para implementar las estrategias mencionadas y la articulación de diferentes actores para lograr los resultados esperados.

A lo largo de la historia se ha hablado de modelos y enfoques para determinado la forma de ver e integrar a las personas con discapacidad. Sin embargo, más allá de esos parámetros que responden a aspectos teóricos, es fundamental analizar la cultura de la población en general, que no está preparada para tratar y atender con equidad a las personas con discapacidad, sino que prevalece la discriminación y estigmatización, ante la falta de políticas institucionales, que se extiende a que el ente rector en materia de educación no tenga una adecuada política inclusiva que sensibilice de manera prioritaria al docente en el tema de los derechos humanos.

Por eso es que hoy en día se tiene, al interior de los centros educativos, a docentes que atienden a niñez y adolescencia con una actitud de asistencialismo, a partir de la prevención y la compasión, dejando de lado el criterio más adecuado como es la equiparación de oportunidades frente a los demás (arts. 2 y 18 de la Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad<sup>349</sup>), sin que ello signifique una ventaja o preferencia en el proceso de aprendizaje.

Uno de los primeros aspectos que pareciera no tener relevancia, pero que sí la tiene, es el lenguaje que se utiliza al tener una interacción con las personas que presentan alguna forma de

---

<sup>348</sup> UNICEF, **Conceptualización de la educación inclusiva y su contextualización dentro de la misión de UNICEF**. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Nueva York, Estados Unidos, 2014, p. 19.

<sup>349</sup> Ley ya derogada, pero mencionada en el texto por su importancia como antecedente legal.

discapacidad<sup>350</sup>, pues términos como “inválidos”, “incapacitados” o “deficientes” no contribuyen al respeto de su dignidad ni a la posibilidad de fortalecer su independencia y autonomía. Por lo tanto, se debe hacer un alto y generar un cambio social que permita que las personas se sientan incluidas por todos.

A partir de la Conferencia Mundial de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, sobre necesidades educativas especiales acceso y calidad<sup>351</sup> se produjo un acuerdo respecto la necesidad de cambio a los sistemas educativos, a fin de mejorar la capacidad de responder con calidad y equidad a la diversidad de la población estudiantil, sin discriminación y exclusión, consolidando una propuesta denominada inclusión educativa, que atienda a cada grupo de estudiantes excluidos, que cada vez es más diverso<sup>352</sup>.

No se pretende influir en el entorno de la escuela sin antes tener como punto de partida a la familia, como el primer escenario y entorno natural donde cada una de las personas con alguna discapacidad evolucionan y se desarrolla a nivel afectivo y social al ser criado y educado en principios, valores, reglas y límites. Ese es el espacio físico que debe asumir un rol primario y fundamental en el proceso de inculcar y crear condiciones de desarrollo. Dentro de ese contexto, en el núcleo familiar habrá dinámicas positivas y negativas, que de manera directa o

---

<sup>350</sup> En GOBIERNO DE EL SALVADOR, *Op. cit.*, p. 14, se destaca que “No obstante, algunos avances, todavía resultan insuficientes, ya que las personas con discapacidad aún se enfrentan con barreras para el acceso a la educación. Algunas dificultades se acrecientan por el hecho de que los planes de formación docente no han tomado en cuenta el enfoque de atención a la diversidad y educación inclusiva, y las acciones de actualización a docentes en servicio, se encuentran en una implementación gradual”.

<sup>351</sup> Vid. UNESCO, *Conferencia mundial sobre necesidades educativas especiales: acceso y calidad*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Salamanca, España, 1994.

<sup>352</sup> VELASCO, M., “*Análisis de la gestión de la política de educación inclusiva para estudiantes con discapacidad de la Universidad de El Salvador. Lineamientos para una política de educación superior inclusiva*” [Tesis de maestría]. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, Antiguo Cuscatlán, El Salvador, 2020, p. 22.



indirecta influirán en el rol de quien esté a cargo de la atención que debe tener una perspectiva con enfoque inclusivo, proceso que no será fácil. Lo anterior es aún más difícil cuando hay otros miembros dentro de la misma que no se encuentran con estas características de vulnerabilidad y deben ser atendidos de una forma diferente, siempre respetando sus derechos.

La dimensión de la práctica de la inclusión de personas con discapacidad trata de garantizar que las actuaciones de las instituciones educativas (actividades en el aula y extraacadémicas) reflejan la cultura y las políticas inclusivas. Implica el diseño de planes estratégicos a largo plazo desde las instituciones en los que proyecte las áreas de intervención, con acciones concretas: formación docente, adopción de valores y principios de la inclusión educativa y los derechos humanos, cambios curriculares, administrativos y presupuestarios, entre otros<sup>353</sup>.

Esta dimensión práctica antes mencionada constituye y representa un reto para cada uno de los Estados, y en particular a cada una de sus dependencias ministeriales encargadas de la educación, porque conlleva una visión a largo plazo de carácter estratégico que tenga claramente definida la forma de intervención y los resultados a esperar, destacando el aspecto de formular acciones concretas, no de tipo general, sino acciones que produzcan un resultado. El docente formado y sensibilizado en el tema, como agente de cambio, es necesario y también representa el punto de partida de cualquier política o cambio. Tener a los derechos humanos en esto, como un eje transversal, no puede dejar de ser tomado en cuenta por las autoridades respectivas.

Muchas veces existe la cautela y el temor, de parte de las personas a cargo del tema educación, al incorporar cambios significativos en el quehacer diario y les resulta difícil formular e implementar para el caso cambios curriculares que transformen una realidad que se ha vuelto desactualizada y alejada de las necesidades actuales; situación que ha llevado a políticas y planes que no dan una respuesta. Y, por último, pero no menos importante, está señalar la inversión presupuestaria en los

---

<sup>353</sup> VELASCO, M., *Op. cit.*, p. 55.

recursos a utilizar para llevar a cabo estos cambios requiere de una fuerte apuesta por considerar las políticas sociales como tema central del Estado en su agenda política y sistémica, pues de lo contrario no habrá nunca los suficientes recursos para lograr los objetivos antes mencionados.

Además de lo anterior, el tema de la educación inclusiva debe incorporar un sistema de monitoreo y seguimiento del acceso, permanencia, egreso e inserción a la vida laboral de las personas con discapacidad, que permita la evaluación de resultados, en las diferentes etapas para la toma de decisiones eficientes, efectivas y eficaces<sup>354</sup>. La inclusión como integración implica una *“actitud que engloba el escuchar, dialogar, participar, cooperar, preguntar, confiar, aceptar y acoger las necesidades de la diversidad”*<sup>355</sup>.

La inserción laboral de las personas con discapacidad, como un efecto inmediato a la conclusión de su etapa de formación académica, en países como el nuestro, en vías de desarrollo, ha sido siempre una deuda y tarea pendiente, ya que las oportunidades laborales son escasas y limitadas frente a la creciente demanda y eso conlleva tener a muchos profesionales en situación de desempleo y otros con un empleo informal o desempeñando labores que no están acordes a su nivel académico y competencias adquiridas. La realidad anterior se ve reflejada, con mayor razón y sentido, cuando se trata de personas adolescentes y jóvenes con discapacidad, quienes han realizado un esfuerzo por lograr el objetivo y se encuentran con esta realidad.

---

<sup>354</sup> *“Las políticas públicas deben promover una cultura de respeto hacia las personas adultas mayores con discapacidad, que no sean discriminadas para gozar del derecho al trabajo por motivos de su edad y al mismo tiempo tener acceso a programas que permitan integrarse en actividades productivas formales y no formales para alcanzar el goce de una jubilación que garantice una vejez digna. En la realidad salvadoreña, existen personas adultas mayores con discapacidad que se encuentran laborando en el sector informal a consecuencia de no contar con formación y capacitación adecuadas, colocándolas en desventaja con respecto a las demás personas de otras edades y sin discapacidad”* (GOBIERNO DE EL SALVADOR, **Op. cit.**, p. 15).

<sup>355</sup> VELASCO, M., **Op. cit.**, p. 24.

En este sentido, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social debería diseñar e implementar un protocolo de atención a personas con discapacidad y su inserción a la vida laboral que permita llevar, en primer lugar, un registro de las personas con discapacidad que están en la disposición inmediata para insertarse laboralmente. De manera simultánea, se requiere el registro de todas aquellas empresas que, de acuerdo a la ley de equiparación de oportunidades, están obligadas a incorporar a este grupo de personas en el porcentaje legal establecido (art. 24 de LEIPD), para se cumpla con el mismo, y una vez dentro de la misma que se respeten sus derechos laborales, a fin de que la convivencia diaria sea una experiencia cotidiana que no ponga en relieve la estigmatización y discriminación de las personas con discapacidad, sino que más bien se reconozcan la diversidad como algo natural frente a los demás.

*De modo que “la educación como un derecho debe cumplir con características de: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Entre los elementos de disponibilidad se encuentran docentes calificados, materiales de enseñanza bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información; así mismo los programas de enseñanza deben ser accesibles a todos/as, con énfasis especialmente a los grupos vulnerables y asequible por medio de la tecnología moderna (educación a distancia), en cuanto a la accesible está referido a la cercanía o mediante uso de tecnologías virtuales y su accesibilidad económica”<sup>356</sup>.*

Las características antes mencionadas son fundamentales en cualquier sistema educativo. En este punto, es importante hacer mención especial al aspecto de la tecnología, que se encuentra comprendido como parte de la disponibilidad y la accesibilidad (art. 12 de LEIPD), ya que, si por naturaleza resulta complejo vincular a las personas con discapacidad con todo lo relacionado a la informática, la pandemia que se ha tenido en el mundo ha transformado los sistemas educativos llevando a los docentes a implementar la enseñanza virtual. Como consecuencia, se ha convertido en una nueva limitante y barrera, en muchos casos, para las personas con discapacidad

---

<sup>356</sup> VELASCO, M., *Op. cit.*, p. 42.

que no cuentan con los recursos económicos para tener el acceso más idóneo y hacer efectivo su derecho a la educación.

Como lo indica el artículo 24 de la CDPD, la educación inclusiva requiere tanto la eliminación activa de las barreras a la inclusión como la creación de entornos en las escuelas regulares, que estén centrados en el niño e incorporen a todo el espectro de las personas que viven en la sociedad y no solo a las personas con discapacidad. La educación inclusiva implica que todos los niños y las niñas deben tener oportunidades de aprendizaje equivalentes y sistemáticas en una amplia variedad de escuelas y otros entornos educativos y también deben recibir el apoyo individualizado requerido para facilitar su inclusión. Es importante destacar que la educación inclusiva no consiste en enseñar a los estudiantes a hacer frente a un sistema de educación no sensible, sino que trata de adaptar los métodos de enseñanza, los currículos, el personal y el apoyo pedagógico para garantizar al aprendizaje de todos los estudiantes, incluidos los estudiantes que los sistemas tradicionales no han sido capaces de atender<sup>357</sup>.

La niñez y adolescencia con discapacidad presentan una caracterización muy particular que, en sociedades como la nuestra, constituyen barreras para aquellos que pretenden ser incluidos como parte de la sociedad. No es fácil superarlo. Va a requerir de una adaptación concreta y especializada para lograr los objetivos, por lo que representa un reto por cumplir que, en el caso de El Salvador, está muy alejado el ser y el deber ser porque se evidencian limitantes para llegar a la plenitud de la concreción del derecho a la educación inclusiva para este segmento de la población. Más allá de la existencia formal de un marco institucional y legal, que debería servir como soporte y encargado de darle un obligatorio cumplimiento, no se concreta a plenitud en la práctica y muchas veces queda reducido a una mera formalidad, a un derecho positivo que no se cumple en la práctica.

Según UNICEF:

*“La educación inclusiva permite a los niños y niñas con discapacidad permanecer con su familia y asistir a la*

---

<sup>357</sup> UNICEF, *Op. cit.*, 2014.

*escuela más cercana a su hogar con compañeros de su comunidad. Esto es vital para su desarrollo personal. Estudios realizados por UNICEF en otras regiones del mundo demuestran cómo la calidad de la educación también puede variar considerablemente en las escuelas especiales, lo que a la vez significa que algunos estudiantes, además de carecer de la experiencia de estar entre sus pares con y sin discapacidad, pueden no estar bien preparados para el mercado laboral. A nivel global hay una tendencia creciente a fortalecer el papel de las escuelas especiales para convertirlas en un recurso para la educación inclusiva en escuelas generales y en la comunidad*<sup>358</sup>.

De lo anterior, es importante destacar varios aspectos importantes. En primer lugar, que no basta solamente con generar un espacio físico para atender a la niñez y adolescencia con discapacidad, sino que estas escuelas deben ser cercanas desde el ámbito geográfico que permita al niño, la niña y los adolescentes asistir y retornar a su vivienda una vez concluido el proceso formal de aprendizaje. Esto facilita al estudiante estar en un contacto permanente con su familia. Y, en segundo lugar, se trata de tener una visión de futuro, en el sentido de saber que las competencias adquiridas le permitan más adelante acceder a una oportunidad en el mercado laboral en condiciones de igualdad a los demás profesionales, técnicos o personas formadas en alguna materia.

Por ello, debe existir una doble función por parte del Estado. Por un lado, fortalecer las escuelas especiales ya existentes, en todo aspecto, recurso humano, personal docente calificado y presupuesto acorde a las necesidades, pero también volver las escuelas tradicionales en un espacio adecuado y con las condiciones logísticas necesarias. Esto permitirá realizar una atención a la niñez y adolescencia con discapacidad en un ambiente o entorno protector mínimo y accesible, tomando en cuenta la dificultad que se tiene en algunas ocasiones por la dimensión geográfica de las diferentes zonas donde habitan; en

---

<sup>358</sup> *Ídem.*

especial cuando provienen de la zona rural y son de escasos recursos económicos. Esto es necesario porque:

*“Algunas investigaciones muestran que los niños y niñas con discapacidad, incluso los que tienen dificultades de aprendizaje, presentan mejores resultados académicos y, en general, mejor comportamiento en las escuelas regulares que sus pares con discapacidades similares en aulas segregadas. Además, cuando los docentes están formados para incluir a los niños y niñas con discapacidad, el nivel y la calidad del aprendizaje de los niños y niñas con discapacidad aumenta, al igual que el nivel de aprendizaje de los estudiantes sin discapacidad”<sup>359</sup>.*

Resulta interesante el dato obtenido en estas investigaciones sobre los resultados académicos de los niños y las niñas con discapacidad: que se desempeñan mejor en escuelas regulares que en escuelas especiales. Y quizás se pueda explicar a partir del deseo de superación y motivación que puedan tener cuando, frente y a la par de ellos, hay niños y niñas que son diferentes, lo que se ve como un reto y una motivación. Y el otro sujeto que resulta ser un actor fundamental de este proceso es el docente, de quien más adelante se analizará con más profundidad su rol en la aplicación de la política inclusiva; pero más que todo frente a el mismo, pues cuando toma conciencia de su papel en el aprendizaje, y la calidad de este, tendrá como consecuencia mejores resultados para el estudiante.

La Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales celebrada en 1994 dio un importante impulso a la educación inclusiva. Allí se analizaron los cambios fundamentales que debían realizarse en las políticas para promover el enfoque de la educación inclusiva, en concreto, para posibilitar que las escuelas estén al servicio de todos los niños, en especial de los que se define como niños que presentan necesidades educativas especiales<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> *Ídem.*

<sup>360</sup> UNESCO, *Documento de discusión preparado para el Foro Internacional sobre inclusión y equidad en la educación «Todas y todos los estudiantes cuentan» 25 años después de la Declaración de Salamanca de la UNESCO. Crear sistemas educativos inclusivos y*

Los esfuerzos mundiales a través de congresos y conferencias internacionales son importantes, pero resulta de naturaleza compleja llevar a cabo los compromisos adquiridos, que en algunas ocasiones se presentan más como ideales que como realidades. La denominación Educación para Todos, que conlleva cambio en políticas, fortalecer el sistema educativo para que estén al alcance y servicio de todos los niños, niñas y adolescentes, no es tarea sencilla. Requiere sensibilización y una actitud proactiva de los Gobiernos para dar un paso adelante en este tema que requiere la destinación de recursos humanos y materiales que deben volverse prioridad y que son relegados a un segundo plano por la agenda política.

## V. Situación de El Salvador.

Con la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, nace la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su Protocolo Facultativo. El Estado de El Salvador, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, aprobó la referida Convención mediante Acuerdo Ejecutivo N° 791/2007, de fecha 11 de septiembre del año 2007. A partir de este acto, el Estado adquiere el compromiso, según el artículo 4 de CDPD, de *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*. Entre los compromisos del artículo 4 de la CDPD también se debe adoptar las siguientes medidas jurídicas:

*“a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;*

*b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;*

---

**equitativos.** Foro Internacional sobre Inclusión y Equidad en la Educación, Cali, Colombia, 2019.

*c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad”.*

El marco legal y el compromiso de superar las desigualdades y barreras, para fomentar el reconocimiento y protección de derechos en la búsqueda de que se logren condiciones de igualdad, es uno de los grandes retos que como Estado se debe asumir. Desde hace más de una década, y a partir de ese momento que es aprobada por nuestro país la Convención antes mencionada, deben ponerse en marcha una serie de medidas legales y administrativas que generen y contribuyan a lograr tales objetivos.

Por lo anterior, a lo largo de la historia el término de Educación Inclusiva ha evolucionado tanto en su definición como en su puesta en práctica por las instancias respectivas, a partir de la prioridad que tenga el tema en la agenda política de cada uno de los diferentes gobiernos; siendo que en algunos de ellos, en países de primer mundo, se generan políticas, planes, programas y proyectos de mucha envergadura y con el apoyo de recursos suficientes para garantizar éxitos y los mejores resultados<sup>361</sup>.

En la historia de El Salvador, el término ha ido teniendo una evolución progresiva en favor de las personas con discapacidad, en especial de la niñez, ya que en un primer momento existía una separación absoluta en la forma de pensar

---

<sup>361</sup> Según FUNIBER, ***Países que son ejemplo de promoción de la educación inclusiva***. FuniBlogs, México, 2020, “*En el estudio desarrollado por la UNESCO, se analizaron 194 países. De estos, cinco ofrecen leyes de educación inclusiva para todos los estudiantes. Los países son Chile, Italia, Luxemburgo, Paraguay y Portugal.*”

*Esta visión inclusiva no existe en muchos países, según Carlos Vargas-Tamez, de la Oficina de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe, en una entrevista con BBC Mundo. «Hay una deuda pendiente», dice, «la inclusión no es solo para el acceso a la educación, sino también para que sea relevante social y culturalmente», explica.*

*También señala que América Latina y el Caribe es la región más desigual del mundo, dado que se refleja en los sistemas educativos de los países. Para afrontar esta situación, es necesario, en la evaluación del experto, reconocer quiénes son los excluidos, adoptar medidas contra el racismo, aceptando la diversidad en el mismo cuerpo docente”.*



la educación. Se trataba de implementar, de manera obvia y evidente, lo que parecían dos niveles o dos sistemas diferentes para atender las necesidades educativas de las personas con discapacidad. Por un lado, se atendía en un sistema a niños, niñas, adolescentes y adultos sin algún tipo de discapacidad; mientras que en otro sistema se atendería a personas con discapacidades en los lugares señalados para ellos, y porque no decirlo, estigmatizados que se crearon para tales fines. Aún a la fecha siguen existiendo, llamados escuelas de educación especial (art. 34 de la LGE), que están desagregadas de acuerdo con los tipos de discapacidad que presentaban las personas para quienes estaban pensadas, siendo las más comunes y con mayor población, las que estaban vinculadas con la ceguera, problemas auditivos, retraso mental, entre otras.

No obstante, también debemos reconocer que, a lo largo de la historia reciente, en particular de los últimos 20 años, han existido algunos esfuerzos concretos por parte de las diferentes autoridades del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en el tema de formulación de políticas y programas dirigidos a la inclusión y la atención de personas con discapacidad, desde el ámbito educativo. Una muestra de lo anterior es que

*“en diciembre de 2005, se presentó la política de Educación para la Diversidad, con el objetivo de favorecer la atención de los estudiantes con necesidades educativas especiales. En el marco de la Política se desarrolló el programa Todos somos iguales, que incluyó cuatro líneas de trabajo: i) sensibilización e identificación; ii) coordinación y fortalecimiento institucional; iii) fortalecimiento de los servicios especializados; y iv) flexibilidad curricular y apoyos psicopedagógicos”<sup>362</sup>.*

También, en el marco del Plan 2021 que impulsó el MINEDUCYT:

*“se impulsaron una serie de programas que favoreció el acceso a estudiantes de sectores vulnerables que habían estado fuera del sistema educativo, incluidos las personas en condición de discapacidad, niños que tenían que*

---

<sup>362</sup> VELASCO, M., *Op. cit.*

*trabajar por sus condición de pobreza, entre los principales programas destacan:*

- **Conéctate:** *oportunidad de acceso a la tecnología como estrategia de aprendizaje.*
- **Edifica:** *Mejora de la infraestructura escolar.*
- **Edúcame:** *Acceso de la educación a la población a través de modalidades flexibles: a distancia, semi presencial y virtual. Alternativa ante su inminente ingreso al trabajo.*
- **Todos iguales:** *Programa de atención a la diversidad, favoreció el acceso a la educación a sectores vulnerables (enfocado a niños trabajadores, en riesgo social y otros)”<sup>363</sup>.*

Una de las mayores problemáticas que se presentan cuando se formulan esfuerzos como los antes mencionados es que cuando hay un cambio de autoridades del Estado, y en el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, se pierden de vista los antecedentes, las necesidades, los logros obtenidos a la fecha; y su carácter técnico queda relegado por un tema de agenda política, ya que se considera que por haber sido una iniciativa de la gestión anterior no puede continuar y se debe pasar a la innovación de una propuesta diferente, dejando de lado lo implementado. Por esa razón es que, en algunas ocasiones, se sugieren que algunas acciones concretas sean formuladas a partir de su autosostenibilidad para que cuando sucedan los cambios de autoridades, siempre y cuando no sean contrarias a los nuevos lineamientos de forma radical, puedan continuar.

Es importante tomar como punto de partida la Política de Educación Inclusiva del año 2010 que se presenta como una iniciativa del Ministerio de Educación,

*“en respuesta a la demanda de avanzar hacia un sistema educativo que tenga mayor énfasis en la persona humana, y que contribuya a la promoción de una cultura más abierta a las diferencias y más sensible a las necesidades de aquellos segmentos de población que se encuentran en*

---

<sup>363</sup> VELASCO, M., *Op. cit.*

*condiciones de segregación, marginación y exclusión en el ámbito educativo*<sup>364</sup>.

En el documento también se hace un énfasis y detalle de aquellos aspectos que se han identificado en su momento por análisis, estudios, diagnósticos como las necesidades más evidentes que tienen los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y personas adultas, que son las siguientes:

*“La Política de Educación Inclusiva responde a las necesidades de niñas, niños, adolescentes, jóvenes y personas adultas mayores que:*

- *No acceden a la escuela.*
- *No avanzan como se espera.*
- *Repiten grado, llegan con sobreedad o abandonan la escuela.*
- *Estando en la escuela son segregados o marginados por sus diferencias (necesidades educativas especiales, etnia, género o condición social.*
- *Habiendo culminado el trayecto escolar no logran insertarse satisfactoriamente en una sociedad, porque el aprendizaje no fue relevante para ese fin.*
- *Habiendo terminado un grado o nivel no pueden acceder al próximo*<sup>365</sup>.

En estos aspectos, se puede observar que no todas las necesidades antes planteadas están vinculadas con niños, niñas y adolescentes con discapacidad, sino que abarca una mayor complejidad de situaciones que suceden fuera de la dinámica de los diferentes centros educativos. Estas afectan los procesos de aprendizaje y de adquirir competencias. Por tanto, la Política tiene una mayor amplitud que debe ser abordada con seriedad y responsabilidad. Las diferencias y marginaciones por razones de discapacidad resultan relevantes de incorporar, porque permiten tomar acciones concretas que van desde la

---

<sup>364</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Política de educación inclusiva*. Gobierno de El Salvador-UNICEF. San Salvador, El Salvador, 2010, p. 6.

<sup>365</sup> *Ídem*.

sensibilización hasta cambios curriculares y ajustes en la infraestructura de los centros educativos.

El documento de la Política de Educación Inclusiva hace mención de que se ha ido avanzando más allá de las necesidades educativas especiales, hacia la articulación de modalidades más amplias desde los enfoques de la inserción, y se presentan los servicios creados a nivel nacional en diferentes sedes. Entre ellos: Escuelas de Educación Especial, Centros Escolares para Sordos, Centro Educativo para Ciegos, Bachillerato para Sordos a Distancia, Circulo de Alfabetización para Sordos y Circulo de Alfabetización para Ciegos<sup>366</sup>.

Se reconocen avances en los esfuerzos que se hacen por brindar una respuesta para equiparar oportunidades y reducir los riesgos de exclusión, pero no son suficientes, desde el punto de vista de este autor, porque las condiciones de accesibilidad no son las más adecuadas y debe haber una mayor cobertura en los servicios, su ubicación geográfica, la disponibilidad y el conocimiento de herramientas tecnológicas mínimas que les permitan una mejor protección de sus derechos en condiciones de mayor igualdad.

Para entender la importancia de la educación inclusiva, y la importancia de hacer efectivo ese derecho en la niñez y la adolescencia, hay que analizar con una mirada crítica los factores externos e internos que traen como consecuencia la exclusión en el sistema educativo. Solamente así se tendrá la oportunidad de generar un cambio, no solamente de actitud personal y compromiso en nuestro trabajo, sino también en las políticas, proyectos y programas a implementar en beneficio de la niñez y adolescencia, en especial de la que tiene alguna discapacidad. La educación inclusiva no se debe ver de manera aislada y dejar la responsabilidad al Estado. Se debe acompañar los esfuerzos que se realizan, en especial cuando se trata de la niñez y adolescencia, como parte fundamental de un todo en el marco legal, político e institucional.

No se puede dejar de hacer mención, en este capítulo, de la Política Nacional de Atención a las Personas con Discapacidad elaborado por el Gobierno de El Salvador en el año 2014, en

---

<sup>366</sup> Ver GOBIERNO DE EL SALVADOR, *Op. cit.*

cuyo aspecto contextual reconoce la vulneración a ciertos derechos que tiene la niñez y la adolescencia con discapacidad. En concreto, cuando se refiere a la educación, destaca las barreras para el acceso y permanencia, la falta de una infraestructura adecuada en centros educativos y la falta de una adecuada formación docente, quienes no tienen el debido enfoque en la atención a la diversidad, lo que genera falta de sensibilidad, de adecuaciones curriculares y criterios de evaluación idóneos<sup>367</sup>.

Dicha política plantea varios ejes transversales de los cuales, para efectos de la temática tratada, será importante destacar el de Atención Integral y el de la Inclusión<sup>368</sup>. El primero de ellos pretende garantizar los derechos de todas las personas durante el proceso de su vida y es allí donde se puede ubicar a la educación. En segundo lugar, la inclusión en el sentido de poder participar y que se hagan efectivos todos los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de oportunidades.

Dentro de los objetivos específicos se encuentra uno de ellos vinculado a la educación en términos generales, pero en especial, a esa primera parte de la vida que comprende antes de los dieciocho años. Dice de la siguiente manera:

*“Promover y asegurar medidas efectivas para garantizar el acceso y permanencia de las personas con discapacidad en todos los niveles del sistema educativo, hasta la conclusión de sus estudios, tanto en el ámbito público como privado”<sup>369</sup>.*

Y como parte de ese objetivo se plantean varias estrategias, cada una de ellas con diferentes líneas de acción y su respectivo indicador de cumplimiento, fuentes de verificación, responsables y plazo de ejecución. En este aspecto, es importante mencionar en el tema de responsables que el MINEDUCYT tiene un papel fundamental, pero no es el único responsable, ya que debe existir una coordinación en su ejecución con el CONAIPD, colegios privados y otros actores.

---

<sup>367</sup> GOBIERNO DE EL SALVADOR, *Op. cit.*, p. 31.

<sup>368</sup> *Ídem.*

<sup>369</sup> GOBIERNO DE EL SALVADOR, *Op. cit.*, p. 22.

Además, se debe de tomar en cuenta que, por su complejidad, las líneas de acción fueron programadas a corto, mediano y largo plazo.

La primera estrategia se refiere a desarrollar la gestión institucional con enfoque de educación inclusiva, teniendo de forma destacada como línea de acción, entre otras, el revisar y ajustar normativas e instructivos en los ámbitos de dirección, administración y evaluación, con el fin de incorporar el enfoque inclusivo. Parece fundamental que el todo de la gestión deba tener ese enfoque y no solamente parte de esta. Lo anterior va a tener como logro que cada uno de los docentes, directores y centros educativos puedan y deban implementarlo en su actuar cotidiano, teniendo como base los documentos institucionales.

La segunda estrategia se refiere a transformar la gestión pedagógica hacia el desarrollo de prácticas inclusivas en el centro educativo y en el aula teniendo entre sus líneas de acción: la incorporación del enfoque de atención a la diversidad y la educación inclusiva en los planes de estudio de las carreras universitarias y técnicas<sup>370</sup>. Lo anterior aplica especialmente en las de formación docente. Pero también implica brindar asistencia técnica a los procesos de adecuación al currículo educativo nacional en función de las diferentes necesidades educativas de las personas con discapacidad, así como las prácticas inclusivas.

Con respecto a estas líneas de acción de la segunda estrategia, desde el momento de su formación en los niveles de educación superior, con los futuros docentes debe realizarse una tarea de sensibilización y de formación en el tema, para que cuando les corresponda el ejercer su cargo, cuenten con las competencias necesarias que no le hagan estigmatizar a este grupo vulnerable. También se logrará que puedan superar las barreras que existan y optimizar al máximo los recursos materiales que estén disponibles y les permita por otra parte ser receptivos a recibir la asistencia técnica a los diferentes procesos de adecuación que se lleven a cabo en favor de hacer más

---

<sup>370</sup> La revisión y ajuste de normativos e instructivos debe ser una actividad permanente por parte de todas las autoridades educativas de los diferentes países para generar avances en la implementación de la educación inclusiva.

inclusiva la educación, de lo que en la práctica se tiene a la vista como realidad del sistema educativo.

La tercera estrategia se refiere a garantizar la asignación de recursos y la eliminación de barreras de acceso y participación en las escuelas públicas del sistema educativo teniendo entre sus líneas de acción: gestionar y adquirir recursos didácticos y apoyos técnicos de calidad que permitan una educación inclusiva con equidad<sup>371</sup>. No es suficiente contar con una currícula adecuada, con docentes sensibilizados y con un enfoque acorde a la diversidad. El sistema y las autoridades respectivas deben realizar los esfuerzos necesarios para que se pueda proveer a los centros educativos los recursos materiales, informáticos y de todo tipo que permitan brindar una educación de calidad a esta parte de la niñez y adolescencia.

Dentro de los aportes en favor de las personas con discapacidad en El Salvador es importante hacer mención, como parte del marco legal interno, de dos instrumentos jurídicos. Por un lado, la Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, en vigencia desde enero del año dos mil y, por el otro lado, la Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad, que está en vigencia desde enero del año dos mil veintiuno.

La Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, presentó en su objetivo establecer un régimen de equiparación de oportunidades para las personas que presentan algún tipo de discapacidad y a partir de lo anterior, en lo que se refiere al goce del derecho a la educación, se establece como uno de sus derechos, en el sentido de recibir educación con metodología adecuada que facilite su aprendizaje. Es importante decir que la mencionada ley da una especial importancia de manera taxativa al reconocimiento y desarrollo del derecho a la educación, prevaleciendo sobre otros derechos fundamentales. Y también es importante como lo hace, a partir de referirse a una metodología adecuada como medio para hacer efectivo ese derecho.

---

<sup>371</sup> La incorporación en las curriculas de las diferentes universidades y niveles de educación superior son necesarios y prioritarios para formar docentes con sensibilidad al tema.

Dicho término, lo podemos explicar a partir de varios elementos, entre ellos los siguientes: un docente sensibilizado, con las competencias debidas, recursos materiales y didácticos que están disponibles para ser utilizados (art. 20 de LEIPD); y una educación de calidad al más alto nivel en condiciones de igualdad para todos la niñez y adolescencia con discapacidad que forma parte del sistema educativo (art. 81 de LEPINA).

En el contenido de la ley se encuentra el capítulo V referente a la Educación. Es fundamental tomar en cuenta varios aspectos de la misma, tales como, el reconocimiento del principio de igualdad de oportunidades de educación para todos los niveles educativos, para la población con discapacidad; la accesibilidad que debe existir para integrarse a los sistemas regulares de enseñanza, en centros educativos cercanos y con todo lo necesario; el fomento de la formación de recurso humano idóneo para brindar la atención; así como y el rol de participación que se otorga a los padres de familia en la organización y evaluación de los sistemas educativos (art. 22 de Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad).

Considero que todos esos elementos que están contenidos en las diferentes disposiciones jurídicas de este capítulo conforman un aspecto integral de cómo debe realizarse el enfoque para llegar a una educación inclusiva bajo un sistema educativo en donde hay equiparación de oportunidades para toda la niñez y adolescencia, sin desigualdad ni diferencias de ningún tipo. Como mención especial, es necesario hacer del mandato imperativo que se da al sector público y la empresa privada para que faciliten la integración laboral de las personas con discapacidad (art. 23 de la LEIPD), porque una vez concluida la fase educativa esos adolescentes se volverán población joven con deseos de superación y debe existir políticas y leyes que favorezcan su acceso al mercado laboral a partir de sus capacidades.

La Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad responde a esa obligación que como Estado se debe asumir, en el sentido de que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas ha destacado la falta de una legislación integral que regule de



manera efectiva el goce de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás<sup>372</sup>. También el rol del Estado, la sociedad y la familia para garantizar el pleno disfrute de los mismos. La ley tiene como objetivo, en su artículo 1, “reconocer, proteger y garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones”, así como también que “El Estado garantice la eliminación de barreras que obstaculicen el pleno desarrollo de las personas con discapacidad”.

Se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a recibir una educación de calidad e inclusiva en todos los niveles del sistema educativo y a lo largo de la vida (art. 7 literal f de LEIPD). En el contenido de la ley se encuentra el capítulo VII referente a la Educación. En este se abordan: el reconocimiento del derecho a la educación inclusiva para todos los niveles, y en un centro educativo accesible y cercano, para la población con discapacidad; la necesidad de contar con docentes de apoyo y procesos de formación permanente (art. 44 de LEIPD).

La Ley incorpora un componente de especialidad al establecer que los planes y programas de estudio de educación superior incluyan contenidos relativos al abordaje de la discapacidad desde el enfoque de derechos humanos y que las escuelas de educación especial y centros especializados ajusten sus enfoques, programas y metodología al contenido de la ley, siendo el aspecto más relevante el reconocimiento oficial de la Lengua de Señas Salvadoreña y la acreditación de sus intérpretes (art. 47 de LEIPD).

Para el Salvador es un avance significativo la vigencia de esta ley, que ha permitido superar en alguna medida las observaciones efectuadas al Estado. Aún falta impulsar acciones y programas más acordes con la realidad del sistema educativo, pero la creación del Consejo Nacional para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, como ente rector, es un paso importante en función de mejorar el nivel de

---

<sup>372</sup> La equidad en la distribución de recursos en todo el sistema educativo público y privado garantizará una mejor atención en la temática de educación inclusiva y su accesibilidad para toda la población de niñez y adolescencia.

educación de nuestra niñez y adolescencia y hacer de su educación algo más inclusivo e integral para todos (art. 11 de LEIPD).

Y si hacemos referencia a marco legal interno no podemos dejar de mencionar la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que en su contenido incluye una disposición legal concreta el artículo 84 denominado “Discapacidad y Educación” que dice de la siguiente manera:

*“El Estado garantizará programas integrados o especiales según el caso, para las niñas, niños y adolescentes con discapacidad física o mental, especialmente destinados a asegurarles el acceso efectivo a la educación, la capacitación y las oportunidades de esparcimiento. Los centros educativos públicos y privados deberán adecuar su infraestructura para garantizar el acceso a este derecho”.*

La norma jurídica antes mencionada impone al Estado, de forma imperativa, la obligación de trabajar, a través del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, la elaboración, diseño e implementación como una garantía de programas integrados o especiales dirigidos a la atención de la niñez con estas características que les permita el acceso y no la exclusión, así como el goce del derecho a la educación en las condiciones más similares a los demás niños, niñas y adolescentes. Eso abarca también docentes sensibilizados, formados en la atención especializada, infraestructura y tecnología adecuada.

## **VI. Marco institucional.**

Para el logro de manera más efectiva del contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que los Estados Parte han asumido al haberla suscrito y ratificado, no basta solamente con la creación y actualización del marco legal interno en el tema, con la mejora en la currícula y la formación de los docentes o con solo dotar de recursos materiales y tecnología a los centros educativos. También se requiere realizar una adecuación en lo institucional, que permita tener una entidad que tenga como función principal velar y garantizar, en la medida de lo posible, el goce de todos

los derechos contenidos en la Convención, en especial la educación de forma inclusiva de la niñez y la adolescencia (art. 24 CDPD).

A lo largo de la historia, a este tema no se le ha dado la importancia que merece porque las personas con discapacidad no representaban una prioridad como grupo vulnerable. Y los esfuerzos realizados eran efectuados de forma directa por el personal técnico del Ministerio de Educación como parte de sus actividades ordinarias. Actualmente, si bien es cierto que no puede desligarse el tema de dicho Ministerio, hay dos factores que resulta positivo mencionar. Por una parte, un personal más calificado y especializado al interior de dicho Ministerio, y, por otra parte, la creación desde el año 2010 del Consejo Nacional de Atención Integral a la Persona con Discapacidad, que podrá abreviarse CONAIPD.

En el Decreto de creación de dicha entidad se establece que será un organismo descentralizado de la Presidencia de la República, y ente rector del proceso de formulación y diseño de la Política Nacional de Atención Integral a la Persona con Discapacidad, así como del aseguramiento de su implementación, seguimiento y evaluación, y de la normativa relacionada con las personas con discapacidad (art. 11 de LEIPD). El CONAIPD, como parte de su visión y misión, se plantea en modo verbo funciones que son prioritarias en el tema de atención integral, coordinar, monitorear, vigilar y supervisar el cumplimiento de la normativa nacional e internacional (art. 17 de LEIPD).

En los últimos dos años, el derecho a tener una Educación Inclusiva ha sido retomado por el CONAIPD como punto de su agenda de trabajo y al final del periodo destacado como un logro, del año 2019 a 2020, enunciado como un fortalecimiento de la Educación Inclusiva. En junio de 2019, el CONAIPD sostuvo una reunión con miembros de Innovación Social y Educación Inclusiva para la Cooperación Internacional (EducAid) y de la Red Italiana de Discapacidad y Desarrollo (RIDS), con el objetivo de fortalecer un proceso de evaluación sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en El Salvador, y contribuir en la inclusión educativa de los estudiantes con discapacidad.

Y, por otra parte, durante el periodo 2020-21 se destaca como logro importante que el CONAIPD en conjunto con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, realizan consulta pública sobre educación considerando el enfoque de derechos de las personas con discapacidad en El Salvador, para que sea inclusiva y de calidad: Nacer, crecer, aprender. Actualmente es importante mencionar que el CONAIPD, con el apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas UNFPA), se encuentra desarrollando el Plan estratégico “Eliminando Barreras”, el cual permitirá la ejecución de acciones encaminadas a la garantía de los derechos de las personas con discapacidad de El Salvador realizan consulta pública sobre educación considerando el enfoque de derechos de las personas con discapacidad en El Salvador, para que sea inclusiva y de calidad: nacer, crecer, aprender.

Es fundamental el rol que debe tener el Ministerio de Educación en el tema por la necesidad que el sistema educativo le demanda. Se puede mencionar como un antecedente de los últimos años el Modelo de Escuela Inclusiva de Tiempo Pleno en El Salvador, que fue formulado en el año 2011 e implementado como un proyecto piloto a desarrollarse en tres municipios de El Salvador, que fueron seleccionados siendo estos Sonsonate, Zaragoza y Nueva Granada<sup>373</sup>. Ese modelo de escuela viene a dar seguimiento y continuidad a esfuerzos que años antes se han implementado al introducir practicas educativas en algunos centros escolares, facilitando una mayor incidencia en el proceso de aprendizaje de la niñez con discapacidad<sup>374</sup>.

En su contenido, el documento abarca varios aspectos importantes. En primer lugar, al referirse a una política educativa, que incorpora la Escuela Inclusiva en Tiempo Pleno, sus fundamentos y propuesta pedagógica, así como el Plan de

---

<sup>373</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *El sistema integrado de escuela inclusiva de tiempo pleno en El Salvador*, San Salvador, El Salvador, 2015.

<sup>374</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Modelo de escuela inclusiva de tiempo pleno en El Salvador. Documento de sistematización*, San Salvador, El Salvador, p. 9.

Formación a docentes. En segundo lugar, la construcción del concepto del Sistema Integrado de Escuela Inclusiva de Tiempo Pleno, sus postulados, características, ejes transversales y tareas. En tercer lugar, el currículo a desarrollar, su concreción y adecuación al contexto<sup>375</sup>.

El documento también destaca la importancia que tiene el docente en su rol de facilitador de los aprendizajes, el perfil que debe tener, la formación inicial y continua<sup>376</sup>. Y, por último, es importante mencionar que el Sistema Integrado de Escuela Inclusiva de Tiempo Pleno, establece elementos estratégicos, estrategias y recursos necesarios, así como una adecuada organización y gestión educativa de calidad.

## **VII. Retos y desafíos identificados en materia de educación inclusiva.**

En opinión de este autor, los principales retos y desafíos a los que se enfrenta El Salvador para aplicar la educación inclusiva son:

- Actualizar el estado de las personas con discapacidad que existen en El Salvador, que desde 2015 se realizó por parte del Estado, fin de tener identificada de manera específica la niñez y adolescencia que la presentan y sus condiciones de vida.

---

<sup>375</sup> Ejemplo de esto es el plan “Eliminando Barreras” permitirá la ejecución de acciones encaminadas a la garantía de los derechos de las personas con discapacidad de El Salvador, indicaron las autoridades.

Así mismo, se busca concientizar a la sociedad, para que identifiquen cada una de las acciones positivas que se realicen en favor de las personas con discapacidad.

El plan fue presentado en el día nacional e internacional de las personas con discapacidad, con el objetivo de promover los derechos de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad (CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Día nacional e internacional de las personas con discapacidad*. CONAIPD, San Salvador, El Salvador, 2021).

<sup>376</sup> *Ídem*.

- Identificar y caracterizar la niñez y la adolescencia que actualmente tiene acceso a la educación y las condiciones en que se garantiza ese derecho
- El diseño de una currícula uniforme al interior de los niveles de educación superior para ser impartida a los futuros profesionales de las ciencias de la educación, que los sensibilice y haga adquirir competencias para la atención a la niñez y adolescencia con discapacidad.
- Que todo centro educativo público y privado tenga la infraestructura y recursos tecnológicos suficientes que permitan a la niñez y adolescencia realizar su derecho a la educación, que tenga condiciones de accesibilidad dignas y se brinde por parte del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología el apoyo técnico y logístico para estos fines.
- Que el Consejo Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad, cuente con el personal técnico, recursos materiales y de toda índole para cumplir con sus atribuciones legales y velar por que la niñez y la adolescencia le sean garantizados sus derechos en especial el de la educación.
- Que el Consejo Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad pueda articular con las instituciones de educación superior, para que la niñez y adolescencia que completa su educación básica pueda tener acceso en condiciones de equidad a estudiar una carrera universitaria u otra formación técnica.
- Que cualquier persona con una discapacidad pueda superar barreras en una sociedad que se caracteriza por la marginación y exclusión a través de ciertas acciones dentro de políticas y programas que deben ser divulgadas por las instituciones y los medios de comunicación, a fin de reducir las brechas que existen en la actualidad.
- Que la niñez y adolescencia reciba una educación de calidad por parte de las instituciones educativas para hacerlos ver como sujetos de derechos y personas que representan el futuro de nuestra nación.

## VIII. Conclusiones.

Es fundamental que el derecho a la educación sea garantizado a la niñez y la adolescencia en nuestro país. No solamente de manera general, sino de manera integral, y eso comprende tomar en cuenta en su justa dimensión a ese grupo vulnerable que presenta algún tipo de discapacidad y que en muchas ocasiones no tiene las mejores condiciones para el acceso a la educación a plenitud y posteriormente a oportunidades laborales.

Existe un marco legal e institucional, una visión por parte de las autoridades relacionadas al tema para hacer efectivo el derecho a una educación inclusiva, proyectos, programas y estrategias de manera formal. Pero también existen actores fundamentales como los docentes, directores, padres de familia y la comunidad en general que deben ser sensibilizados y formados para que todos se encuentren en una misma sintonía y en la búsqueda de un objetivo común en favor de nuestra niñez y adolescencia con discapacidad.

## Bibliografía.

- CONSEJO NACIONAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ***Día nacional e internacional de las personas con discapacidad.*** CONAIPD, San Salvador, El Salvador. Consultado en URL: <https://conaipd.gob.sv/2021/12/03/dia-nacional-e-internacional-de-las-personas-con-discapacidad/>
- GOBIERNO DE EL SALVADOR. ***Política nacional de atención integral a las personas con discapacidad,*** Gobierno de El Salvador, San Salvador, 2014. Consultado en URL: [https://siteal.iiiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/10239.pdf](https://siteal.iiiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/10239.pdf)
- FUNIBER. ***Países que son ejemplo de promoción de la educación inclusiva.*** FuniBlogs, México, 2020. Consultado en URL: <https://blogs.funiber.org/formacion-profesorado/2020/07/30/funiber-educacion-inclusiva>

- MINISTERIO DE EDUCACIÓN. ***El sistema integrado de escuela inclusiva de tiempo pleno en El Salvador***, San Salvador, El Salvador, 2015. Consultado en URL: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/sv\\_0201.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/sv_0201.pdf)
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN. ***Modelo de escuela inclusiva de tiempo pleno en El Salvador. Documento de sistematización***, San Salvador, El Salvador, p. 9. Consultado en URL: [https://www.aics.gov.it/wp-content/uploads/2017/09/MODELO\\_DE\\_ESCUELA\\_INCLUSIVA\\_EL\\_SALVADOR\\_2017.pdf](https://www.aics.gov.it/wp-content/uploads/2017/09/MODELO_DE_ESCUELA_INCLUSIVA_EL_SALVADOR_2017.pdf)
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN. ***Política de educación inclusiva***. Gobierno de El Salvador-UNICEF. San Salvador, El Salvador, 2010. Consultado en URL: <https://www.mined.gob.sv/download/politica-educacion-inclusiva/>
- UNESCO. ***Conferencia mundial sobre necesidades educativas especiales: acceso y calidad***. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Salamanca, España, 1994. Consultado en URL: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110753\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110753_spa)
- UNESCO. ***Documento de discusión preparado para el Foro Internacional sobre inclusión y equidad en la educación «Todas y todos los estudiantes cuentan» 25 años después de la Declaración de Salamanca de la UNESCO. Crear sistemas educativos inclusivos y equitativos***. Foro Internacional sobre Inclusión y Equidad en la Educación, Cali, Colombia, 2019. Consultado en URL: <https://es.unesco.org/sites/default/files/2019-forum-inclusion-discussion-paper-es.pdf>
- UNICEF. ***Conceptualización de la educación inclusiva y su contextualización dentro de la misión de UNICEF***. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Nueva York, Estados Unidos, 2014. Consultado en URL: <https://www.unicef.org/lac/media/35096/file/Espa%C3%B1ol.pdf>



UNICEF. **Primera infancia en El Salvador. Estado actual y perspectivas**. San Salvador, 2011. Consultado en URL: [http://minedupedia.mined.gob.sv/lib/exe/fetch.php?media=estudio\\_primera\\_infancia\\_estado\\_actual\\_y\\_perspectiva\\_s.pdf](http://minedupedia.mined.gob.sv/lib/exe/fetch.php?media=estudio_primera_infancia_estado_actual_y_perspectiva_s.pdf)

UNICEF-DIGESTYC-CONAIPD. **Análisis y caracterización de las personas con discapacidad a partir de la encuesta nacional 2015**, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia-Gobierno de El Salvador, Nueva York, 2015. Consultado en URL: [https://www.unicef.org/elsalvador/media/1346/file/Encuesta%202015,%20personas%20con%20discapacidad\\_2.pdf](https://www.unicef.org/elsalvador/media/1346/file/Encuesta%202015,%20personas%20con%20discapacidad_2.pdf)

VELASCO, M. “**Análisis de la gestión de la política de educación inclusiva para estudiantes con discapacidad de la Universidad de El Salvador. Lineamientos para una política de educación superior inclusiva**” [Tesis de maestría]. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, Antiguo Cuscatlán, El Salvador, 2020. Consultado en URL: <https://www.uca.edu.sv/mpe/wp-content/uploads/2020/09/69.-Velasco-M.-N.-2020.-Pol%C3%ADtica-educativa-inclusiva-UES.pdf>



Universidad Pedagógica de El Salvador “Dr. Luis Alonso Aparicio”

25 Avenida Norte y Diagonal Dr. Arturo Romero, San Salvador, El Salvador, Centroamérica.