**Comentarios al Borrador de la Observación General No. 36 del artículo 6° del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el Derecho a la vida**

A partir de la convocatoria hecha por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el envío de comentarios al Borrador de Observación General sobre el Derecho a a la vida independiente y ser incluido en la comunidad, la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se permite enviar la presente comunicación[[1]](#footnote-1).

1. **Pena de muerte:**

El Comité de Derechos Humanos (en adelante el Comité), en el fundamento 48 de la Observación General, señala que la pena de muerte no puede aplicarse de una forma discriminatoria. No obstante, en el fundamento 53 se indica que:

*“Los Estados partes deben abstenerse de imponer la pena de muerte a personas que tengan una capacidad limitada para defenderse en condiciones de igualdad con las demás personas, como quienes padecen una discapacidad psicosocial e intelectual grave y quienes, tengan o no una discapacidad, presenten una menor culpabilidad moral. También deben abstenerse de ejecutar a personas que tengan una capacidad reducida para comprender las razones de la sentencia y a personas cuya ejecución sería excepcionalmente cruel o tendría consecuencias excepcionalmente severas para ellas y sus familias, como los padres con hijos muy pequeños o a su cargo, personas de edad muy avanzada y las personas que han sufrido graves violaciones de los derechos humanos, como las víctimas de la tortura.”*

Sobre el particular, consideramos que el Comité incurre en una contradicción. Por un lado, señala que la pena de muerte no debe ser aplicaba de manera discriminatoria pero luego sostiene que el Estado se debe abstener la aplicación de la misma para el caso de personas con discapacidad psicosocial e intelectual grave.

Ello, a todas luces, representa un trato diferenciado en el ejercicio de la capacidad jurídica que se basa en la estigmatización de las personas con este tipo de discapacidad, por cuanto supondría que estas personas no tienen capacidad jurídica. El término de “menor capacidad moral” puede ser fuertemente estigmatizante y ayudar a perdurar prejuicios sobre la capacidad que tienen las personas con discapacidad intelectual y psicosocial para responder a sus delitos y faltas.

En ese sentido, de los comentarios del Comité se puede inferir que no se les aplicaría la pena de muerte debido a la existencia de un factor sentimental (pena o lástima), constituyendo una estigmatización que se traduce en infantilización, ya que se equipara a las personas con discapacidad con niños, sin reconocer que se trata de una persona adulta.

Por otro lado, cabe precisar que no se aplica la pena de muerte a las personas con discapacidad porque se piensa que esta no comprende que su accionar constituye un delito. En este punto, sugerimos que se debe analizar si la persona entendió o no, de manera que en base a ello se pueda tomar la decisión de condenar y aplicar la pena de muerte.

Contrario a lo anteriormente expuesto, consideramos que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual grave, y como a todas las personas con discapacidad, sí poseen capacidad jurídica conforme lo estipula el artículo 12° de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad:

***“Artículo 12:*** *Igual reconocimiento como persona ante la ley:*

*(...)*

*2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”*

En el mismo sentido, se ha pronunciado ya el Comité en la Observación General No. 1, en el cual establece que la capacidad jurídica es un derecho inherente a las personas, lo que incluye a las personas con discapacidad. Ello implica que tienen capacidad legal y legitimación para actuar

En ese orden de ideas, consideramos que este punto es crítico para comprender que las personas con discapacidad no deben ser consideradas como inferiores sino como iguales. Considerar a las personas con discapacidad como incapaces de comprender un delito plantea es una idea derivada del razonamiento que señala que no son

En el caso de las personas con discapacidad, existe una presunción de incapacidad que resulta siendo automática, sin tomar en cuenta que es posible que la persona comprenda el carácter delictuoso de su acto. En ese sentido, pareciera ser, por la forma en cómo se encuentra redactado el texto bajo análisis, que el Comité adopta esta posición, claramente paternalista, en su sentido peyorativo, al sostener que debe existir una diferenciación respecto a las personas con discapacidad ya que no pueden comprender sus actos y sus respectivas consecuencias.

En este sentido, la Clínica quiere dejar en claro que acompaña los esfuerzos del Comité de eliminar la pena de muerte y, cuando esto no se pueda, de limitarla al máximo. No obstante, la justificación para ello no puede basarse en una percepción prejuiciosa.

1. **Eutanasia:**

La eutanasia consiste en quitarle la vida a una persona con la finalidad de evitar un mayor sufrimiento en la persona sobre la cual se aplica. Ello implica que, para su aplicación, deben concurrir tres elementos, a saber:

1. Presencia en determinada persona de una enfermedad incurable, que le provoca un dolor o sufrimiento que ella, u otro, considera intolerable;
2. Ejecución de un acto humano deliberado, cuyo objeto es acabar con la vida de otra persona; y
3. Motivación originada sea en la compasión por el otro, o en el valor que se le adjudica a esa vida en términos de costo-beneficio, no justificando el que ella sea vivida.[[2]](#footnote-2)

La eutanasia tiene dos modalidades: por acción o por omisión. En la eutanasia por acción se administra dosis de medicamentos con el fin de producir la muerte de la persona y, de dicha forma, evitar la prolongación del sufrimiento que pueda padecer a causa de la enfermedad crónica que padece. Por otro lado, en la eutanasia por omisión, implica dejar de realizar el tratamiento sobre el paciente dado que el mismo no producirá efecto de recuperación debido al avanzado estado de la enfermedad. En ambos casos se requiere el consentimiento del paciente o su representante. Éste debe ser expreso o verificable[[3]](#footnote-3).

Ahora bien, en el fundamento 10 de la Observación General No. 36, se señala que:

*“[...] los Estados partes [pueden permitir] [no deben impedir] a los profesionales médicos proporcionar tratamientos o recursos médicos con vistas a facilitar la terminación de la vida de adultos [catastróficamente] aquejados de dolencias, como los heridos mortalmente o los enfermos en fase terminal, que padecen graves dolores y sufrimientos físicos o psíquicos y desean morir con dignidad.[...]”*

Cabe precisar que el supuesto para aplicar la eutanasia en los términos que el comité propone serían: i) estar frente a un adulto y ii) que esté catastróficamente afectado por una grave dolencia y/o sufrimiento físico o psíquico.

Ahora bien, resulta necesario que el Comité establezca una distinción entre la presencia de una discapacidad y lo que debe entenderse por grave dolencia y/o sufrimiento físico o psíquico que habilite la eutanasia. Así, consideramos que la presencia de una discapacidad no puede ser habilitante *per se* para la aplicación de la eutanasia y, mucho menos, ser un pretexto para que el médico renuncie a dar alternativas de tratamiento.

Por la forma en cómo se encuentra redactado el texto es posible concluir que la persona con discapacidad podría optar libremente por la eutanasia aduciendo un severo padecimiento. Desde nuestro punto de vista, ello debe ser descartado, salvo que ante la concurrencia de los supuestos regulados y con el debido consentimiento informado del paciente, éste optase por la eutanasia.

Nótese que, si bien es preciso asegurar que las personas tengan la posibilidad de optar por la muerte asistida en caso de un padecimiento severo, también se debe tutelar la situación de las personas con discapacidad toda vez que podrían verse expuestas a que ellas mismas opten por la eutanasia tomando como pretexto para ello la presencia de una determinada discapacidad.

Lo expuesto anteriormente supone que el Estado otorgue, por un lado, mecanismos de accesibilidad con el fin que la persona con discapacidad pueda acceder de diversas maneras a la información necesaria (cartillas en braille, información sucinta y simple, etc.) y; por otro lado, que se reconozca la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad para la toma de decisiones, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

Es así que consideramos que la aplicación de la eutanasia debe ser una opción habilitada para todos; es decir, debe aplicarse en términos igualitarios tanto para personas en situación de discapacidad como para aquellas que no se encuentran en dicha situación siempre que concurran los supuestos que habiliten su aplicación, respetando el ordenamiento jurídico interno y los requisitos que ha establecido el Comité, asegurando que en ningún caso se asuma la discapacidad como factor habilitante para eutanasia. Es decir, debe existir un especial cuidado en el caso de las personas en situación de discapacidad, dado que no debe entenderse que la discapacidad *per se* es habilitadora para la aplicación de la eutanasia, por lo que se sugiere que la Observación General incluya este aspecto en su desarrollo.

Por otro lado, la eutanasia no debe ser entendida como una renuncia del médico a ofrecer tratamiento clínico pues eso supondría contravenir los fines de la medicina. Por el contrario, el médico siempre debe ofrecer alternativas de tratamiento en todos los casos y debe informar debidamente al paciente sobre la enfermedad o situación que padece. Sólo cuando el paciente haya rechazado todas las opciones, pese a la información, podrá evaluarse la aplicación de la eutanasia.

En Colombia, por ejemplo, la Sentencia T-970 del 2014 de la Corte Constitucional ordenó al Estado a garantizar la vida y muerte digna de sus ciudadanos. Así, el legislador colombiano establece el siguiente procedimiento para aplicar la eutanasia.

- El enfermo terminal, quien debe ser mayor de edad, debe expresar su voluntad de practicarse este procedimiento a su médico tratante.

*- El médico debe presentarle al enfermo todas las opciones y alternativas terapéuticas a las que puede someterse para tratar su enfermedad.*

*- La persona, luego de escuchar dichas opciones, debe nuevamente reiterar su voluntad de practicarse dicho procedimiento.*

*- El médico tratante le entregará la información al comité científico, que decidirá si se cumplen las condiciones para que se continúe con el proceso. Este comité conformado por un médico especialista, un abogado y un psiquiatra o psicólogo clínico deben tenerlo todos los hospitales.*

*- Dicho comité tiene un plazo de 10 días para examinar el caso y tomar la decisión definitiva.*

*- Si el comité dice que se debe continuar con el procedimiento, nuevamente se le pregunta al paciente si está seguro, si decide que sí quiere aplicarlo, el hospital tiene un plazo de 15 días para efectuar el protocolo médico determinado por el Ministerio.*

*Es importante aclarar que en cualquier momento el paciente puede desistir que le practiquen la eutanasia[[4]](#footnote-4).*

En suma, es válida la aplicación de la eutanasia, tanto en personas sin discapacidad alguna como para personas en situación de discapacidad, pero se debe velar por el consentimiento expreso, libre de presiones y debidamente informado. Asimismo, recomendamos que la Observación General haga especial énfasis respecto a las personas en situación de discapacidad frente a la eutanasia teniendo en cuenta los factores que hemos desarrollado anteriormente.

1. **Aborto:**

En el fundamento 9 de la Observación General No 36 se plantea lo siguiente:

 *“[...] los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave [...]”.*

Al respecto, estamos de acuerdo que el Estado debe garantizar el acceso a un aborto seguro, pero consideramos necesario que el Comité debe distinguir entre el aborto terapéutico y el aborto eugenésico.

En tal sentido, el aborto terapéutico es aquel que se realiza cuando la vida de la madre esté en un alto riesgo o se produzca un mal grave o permanente[[5]](#footnote-5), como es el caso de los fetos anencefálicos. Por ejemplo, en el Perú es conocido el caso de K.L., quien fue obligada por el Estado a dar a luz a un feto anencefálico, ya que se le negó la aplicación del aborto terapéutico.

Por su parte, el aborto eugenésico es aquel al que se recurre cuando se detecta la presencia de una malformación en el feto, que puede ser entendida como una deficiencia física o mental, o anomalía grave.

De esta forma, esta anomalía grave es entendida por el Comité como un peligro inminente para la vida de la madre y por tanto, señala que los Estados Parte del Convenio deben tomar las medidas necesarias para promover una mayor protección a esta.

No obstante, no es claro al definir qué se debe entender por anomalía grave, situación que genera preocupación puesto que podría derivar en la habilitación del aborto por discapacidad.

Por lo tanto, es evidente que el Comité no valora del mismo modo al feto con discapacidad en relación a los demás, lo que nos lleva a pensar que resulta necesario llamar a la reflexión del Comité que la habilitación del aborto del feto por anomalía grave nos llevaría a concebir una sociedad sin discapacidad. Frente a ello, cabe resaltar que la discapacidad debe ser entendida como un punto de diversidad y no como una mera deficiencia, por lo que se debe eliminar la idea de la discapacidad como tragedia.

A manera de ejemplo, cabe resaltar los casos de Austria, China y España, países donde los riesgos de permitir el aborto por discapacidad ya han sido alertados:

***“CDPD. Observaciones Finales – Austria (2013)***

*14.Si bien el Comité reconoce el derecho de la mujer a la autonomía reproductiva, advierte que, de acuerdo con el derecho austríaco, se puede abortar hasta el comienzo del parto si se prevé un daño grave a la salud del feto. Preocupa al Comité la aparente relación directa existente entre esta disposición y el hecho de que entre 1965 y 2006 se haya registrado en Austria un descenso del 60% de los nacimientos de niños con síndrome de Down”.*

*“****CDPD. Observaciones Finales – España (2011)***

 *18. El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley Nº 2/ 2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”.*

Como se puede observar, la falta de limitación del aborto ha llevado a reducir el número de personas con discapacidad en los últimos años, lo cual refuerza el sentido negativo que erróneamente acompaña a la noción de discapacidad. En este sentido, la Clínica propone que el aborto sea libre y que la discapacidad no sea motivo ni atenuante para el aborto (en los casos en que esté prohibido) ni de ampliación del plazo (cuando esté permitido).

1. **Suicidio:**

En el fundamento 10 de la Observación General, el Comité señala que:

*“[Si bien reconoce la importancia capital para la dignidad humana de la autonomía personal, el Comité considera que los Estados partes deben reconocer que las personas que planifican o intentan suicidarse pueden verse llevadas a ello debido a una crisis momentánea que puede afectar a su capacidad para tomar decisiones irreversibles, como poner fin a su vida. Por tanto,] los Estados deben adoptar medidas adecuadas, sin incumplir sus otras obligaciones derivadas del Pacto, para prevenir los suicidios, especialmente entre las personas que se encuentran en situaciones particularmente vulnerables [...]”*

Coincidimos con el Comité respecto a que es deber de los Estados evitar la incidencia de suicidios, sobre todo en aquellos casos de mayor vulnerabilidad como es el caso de las personas con discapacidad. Sin embargo, ello no puede ser excusa para el internamiento involuntario de las personas con discapacidad.

Bajo esa premisa, nos encontramos de acuerdo con lo expuesto por el Comité en la Observación General No. 1 en el fundamento 36:

*“Respetar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones incluye respetar su derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención. Los Estados deben abstenerse de esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en los que personas con discapacidad han sido internadas en un entorno residencial sin su consentimiento expreso”.*

Como se puede observar, es necesario que los Estados abandonen el internamiento involuntario pues supone una medida que se basa en la falta de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Sostenemos que los Estados deben reconocer que las personas con discapacidad pueden decidir sobre los diferentes aspectos que atañen a sus vidas. Así pues, debe eliminarse el sesgo discriminatorio que recae en la falta de capacidad jurídica que podrían tener las personas con discapacidad, frente a las demás.

Por lo expuesto, en ningún caso es válido el internamiento involuntario pues ello implicaría desconocer la capacidad jurídica de las personas, con discapacidad o sin ella, vulnerando directamente dicho derecho fundamental.

Del mismo modo, advertimos que el pronunciamiento del Comité en el documento bajo análisis es insuficiente respecto al tema abordado; por lo que, resulta imperioso que la Observación General precise los aspectos aquí desarrollados. Así también, consideramos que se deben brindar mayores alcances sobre el rol de los apoyos en cuanto al tratamiento del suicidio.

1. **Uso de la fuerza:**

En el fundamento 28 de la Observación General No. 36, se señala que:

*“Las personas con discapacidad, incluida la discapacidad psicosocial e intelectual, tienen derecho a gozar de medidas especiales de protección para asegurar su disfrute efectivo del derecho a la vida en pie de igualdad con los demás. Entre esas medidas de protección figurarán los ajustes razonables que sean necesarios en el campo de las políticas públicas para garantizar el derecho a la vida, como el acceso de las personas con discapacidad a bienes y servicios esenciales, y medidas especiales destinadas a impedir que las fuerzas del orden recurran a un uso excesivo de la fuerza contra este tipo de personas"*

Así pues, nos encontramos de acuerdo con lo propuesto por el Comité ya que se debe respetar el derecho a la vida de todas las personas, sin ninguna distinción, incluso con mayor cuidado de parte de instituciones nacionales que representan al Estado, como lo es la fuerza policial o militar.

Asimismo, en el fundamento 27 y 28 se hace referencia a grupos sociales que son particularmente vulnerables para la sociedad. Este es el caso de niños, mujeres, etnias religiosas, personas que han sufrido anteriormente de violencia, indigentes, la comunidad LGTBI, refugiados y personas con discapacidad, especialmente con discapacidad mental y psicosocial.

En este sentido, la Clínica solicita que se precisen varias de las premisas y consecuencias correspondientes a las personas con discapacidad.

1. La presente comunicación ha sido elaborada por Jesús Castro Escate, María Claudia Castro Guillén y Ginneth Martínez, bajo la supervisión de Renata Bregaglio, Renato Constantino, María Alejandra Espino [↑](#footnote-ref-1)
2. En Revista Médica de Chile. Vol 139, N° 5, Santiago: Mayo de 2011 [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. En nota periodística: [http://www.elespectador.com/noticias/salud/minsalud-explica-detalle-se -aplicara-eutanasia-colombia-articulo-55603](http://www.elespectador.com/noticias/salud/minsalud-explica-detalle-se-aplicara-eutanasia-colombia-articulo-55603) [↑](#footnote-ref-4)
5. <http://legis.pe/la-validez-constitucional-del-aborto-terapeutico> [↑](#footnote-ref-5)