



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA REFORMA DEL RÉGIMEN PERUANO DE INTERDICCIÓN DE
PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y PSICOSOCIAL
DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**PRESENTADA POR
ELARD RICARDO BOLAÑOS SALAZAR**

**ASESOR:
OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2018



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND**

El autor permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

**LA REFORMA DEL RÉGIMEN PERUANO DE INTERDICCIÓN DE
PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y PSICOSOCIAL
DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

PRESENTADA POR:

ELARD RICARDO BOLAÑOS SALAZAR

ASESOR:

MG. OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA

LIMA – PERÚ

2018

DEDICATORIA

A mi madre, por su paciencia y amor incondicional.

A mi padre, por su sacrificio y haber contribuido, sin saberlo, en algunas ideas plasmadas aquí a través de las interminables conversaciones telefónicas.

A Rahid, cuyo recuerdo se mantiene vivo. A Ángela por ser ejemplo y a Valentino por ser esperanza.

A mis dos abuelas, por ser madres también.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer:

A Oscar Pazo, por el apoyo desde que me acerqué al otrora Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad.

A la Dra. Marisol Pérez Tello, por enseñarme que los sueños no tienen límites.

A Renato, Brenda y Fiorella, por la fortuna de haber emprendido el primer vuelo juntos.

Al Dr. Carlos Ramos Núñez y a su equipo de trabajo, a quienes admiro, respeto y agradezco por también ayudarme a crecer.

A quien me recordó que debía culminar este proyecto.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
ÍNDICE	IV
RESUMEN	8
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	14
1.1. Antecedentes de la investigación	14
1.2. Bases teóricas	19
1.2.1. El vigente modelo social para abordar la discapacidad.....	19
1.2.2. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad	21
1.2.3. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	23
1.2.4. Hacia un sistema de apoyo en la toma de decisiones para las personas con discapacidad mental y psicosocial en Perú	24
1.3. Definiciones de términos básicos	25
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA.....	27
2.1. Diseño metodológico	27
2.1.1. Tipo de investigación.....	27
2.1.2. Nivel de investigación.....	27
2.1.3. Diseño de la investigación.....	27
2.1.4. Método de investigación.....	27
2.2. Técnicas de recolección de datos.....	28
2.3. Aspectos éticos.....	28
CAPÍTULO III: EL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD A TRAVÉS DE LA HISTORIA Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMULACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS.....	29
3.1. La construcción histórica de los modelos teóricos de la discapacidad	29
3.1.1. El modelo de prescindencia	31
3.1.2. El modelo rehabilitador o médico	35
3.1.3. El modelo social	40

CAPÍTULO IV: EL MODELO SOCIAL, SU RECONOCIMIENTO NORMATIVO Y SU ATERRIZAJE EN EL DERECHO PERUANO..... 50

- 4.1. El modelo social en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos 50
- 4.2. El modelo social en el Perú: una ruta difícil y silenciosa en la Constitución histórica 57
- 4.3. El Tribunal Constitucional del Perú y la incorporación del modelo social de la discapacidad a través de su desarrollo jurisprudencial 68
- 4.4. ¿Es posible la coexistencia del modelo médico o rehabilitador con el modelo social? 87

CAPÍTULO V: EL DERECHO A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y PSICOSOCIAL EN EL PERÚ: ESTADO ACTUAL..... 89

- 5.1. El tratamiento de la capacidad jurídica en la historia de la codificación del Derecho Civil peruano 89
- 5.2. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el actual Derecho Civil peruano: la interdicción y la curatela 93
 - 5.2.1. El problemático tratamiento de la capacidad jurídica en el Código Civil de 1984 95
 - 5.2.2. El proceso de interdicción para las personas con discapacidad mental y psicosocial en el Código Procesal Civil de 1993 109
- 5.3. Los intentos de reforma del Código Civil de 1984: ¿condenados a vivir con este código que data de hace más de tres décadas?..... 119
 - 5.3.1. Las propuestas legislativas de una reforma que parece imposible . 119
 - 5.3.2. ¿Cuál es la posición de la doctrina nacional sobre la reforma del Derecho Civil peruano en lo tocante a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad? 124
 - 5.3.3. Dos casos emblemáticos en el Poder Judicial sobre capacidad jurídica y discapacidad 128
 - 5.3.3.1. El Caso José Antonio Segovia Soto 129
 - 5.3.3.2. El Caso de los Hermanos Velásquez Ciprián..... 132
- 5.4. Breves apuntes sobre la muy urgente constitucionalización y convencionalización del Derecho Civil peruano..... 137

CAPÍTULO VI: PROPUESTA PARA EL ESTABLACIMIENTO DE UN PROCESO DE APOYOS DIFERENCIADOS EN FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y PSICOSOCIAL EN EL PERÚ..... 142

6.1. Naturaleza del proceso de apoyos diferenciados basado en un régimen de apoyos en la toma de decisiones.....	142
6.2. Experiencias en el derecho comparado a nivel legal y jurisprudencial respecto a algunas aproximaciones al sistema de apoyos en la toma de decisiones.....	165
6.2.1. Paraguay.....	166
6.2.2. Costa Rica.....	168
6.2.3. Argentina.....	169
6.2.4. Colombia.....	171
6.2.5. República Checa.....	175
6.2.6. India.....	176
6.2.7. Eslovaquia.....	177
6.2.8. Moldavia.....	179
6.2.9. Polonia.....	180
6.2.10. México.....	181
6.3. El sistema de apoyos y su relación con los conceptos de medidas afirmativas, ajustes razonables, discriminación inversa, accesibilidad y el diseño universal.....	184
6.4. Principios rectores se observancia obligatoria en el proceso de apoyos diferenciados.....	194
6.4.1. Principio de igualdad.....	194
6.4.2. Principio de presunción de la capacidad (<i>indubio pro capacitate</i>)... ..	196
6.4.3. Principio de diversidad.....	197
6.4.4. Principio de interdependencia.....	198
6.4.5. Principio de máxima participación.....	199
6.4.6. Principio de proporcionalidad.....	199
6.5. ¿Cómo proceder en los denominados “casos difíciles”? : una propuesta.....	200
6.6. La creación de la Dirección Nacional de Defensa Judicial de las Personas con Discapacidad.....	202

6.7. Propuestas para modificar y/o derogar artículos del Código Civil peruano en adecuación con el sistema de apoyos diferenciados propuesto	204
6.8. Propuestas para modificar y/o derogar artículos del Código Procesal Civil peruano.....	224
6.9. Análisis costo-beneficio de las propuestas para llevar a cabo las reformas legislativas	230
6.10. La necesidad de modificar y/o derogar algunas otras normas pertinentes del ordenamiento jurídico nacional a fin de adecuarlas con el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.....	241
CONCLUSIONES	247
RECOMENDACIONES	250
FUENTES DE INFORMACIÓN	251

RESUMEN

La discapacidad a través de los tiempos ha sido un tema complejo para el ser humano. Las formas de abordaje de este tema han sido también diversos y han ido marcando la pauta en cada momento histórico. En esta tesis, precisamente, se hace primero un recorrido histórico por las distintas formas de entender la discapacidad a través de lo que se denominan los “modelos” de la discapacidad. Se arriba así a una primera idea, según la cual, el modelo social constituye la perspectiva adecuada y que mayor desarrollo ha tenido en los últimos años para entender las necesidades de las personas con discapacidad desde un enfoque de Derechos Humanos.

Partiendo de dicho análisis, también se evidencia de manera concreta cómo es que las clásicas instituciones civiles como la interdicción y la curatela para las personas con discapacidad mental y/o psicosocial comportan una afrenta directa al referido modelo social. En consecuencia, se propone pasar del régimen de sustitución de la voluntad –enquistado en la interdicción y en la curatela– al régimen de apoyo en la toma de decisiones. En este nuevo régimen ya no será un tercero quien decida por la persona con discapacidad, sino que, a la persona se le facilitarán los apoyos que fueran necesarios con el fin de garantizar realmente el ejercicio de su capacidad jurídica.

Para ello la propuesta se enfoca principalmente desde las necesidades de modificación y adecuación normativa que hacen falta implementar tanto en nuestro Código Civil como en el Código Procesal Civil. Asimismo, se da cuenta de los cambios que también hacen falta en regulaciones de otro tipo (como la penal, notarial, etc.) para conseguir una adecuación completa e integral con los postulados del modelo social.

En síntesis, la propuesta aquí plasmada responde al único propósito de devolver el estatus de sujetos de derechos a las personas con discapacidad mental y/o psicosocial, desterrando la anacrónica razón de entenderlas como objetos cuya voluntad debe ser reemplazada por alguien “más capaz”.

Palabras Claves: Discapacidad; Modelo social; Sistema de apoyos diferenciados; Presunción de la capacidad.

ABSTRACT

Disability through the ages has meant a complex issue for the human being. The ways of approaching this issue have also been diverse and have been setting the tone in each historical moment. In this thesis, a historical journey is made first by the different ways of understanding disability through what are called "models" of disability. This is how we came up with a first idea, according to which the social model constitutes the current perspective and that has developed most in recent years to understand the needs of people with disabilities from a Human Rights approach.

Based on this analysis, this thesis shows in a concrete way how the classic civil institutions such as interdiction and curatorship for people with mental and / or psychosocial disabilities behave a direct affront to the aforementioned social model. Therefore, it is proposed to move from the regime of substitution of the will - entrenched in interdiction and curatorship - to the support regime in decision-making. In this new regime, it will no longer be a third party who decides for the person with a disability, but the person will be provided with the necessary support in order to really guarantee the exercise of their legal capacity.

For this, the proposal is mainly focused on the needs for modification and regulatory adaptation that need to be implemented both in our Civil Code and in the Civil Procedure Code. Likewise, it is aware of the changes that are also needed in other regulations (such as criminal, notarial, etc.) in order to achieve a complete and integral adaptation to the postulates of the social model.

In summary, the proposal expressed herein responds to the sole purpose of returning the status of subjects of rights to people with mental and / or psychosocial disabilities, banishing the anachronistic reason to understand them as objects whose will must be replaced by someone "more capable".

Keywords: Disability; Social model; Differentiated support system; Presumption of capacity.

INTRODUCCIÓN

El tema de la discapacidad ha motivado el estudio e interés por parte de las distintas disciplinas del conocimiento humano, lo cual incluye indudablemente al Derecho. Sin embargo, a pesar que los diferentes campos del Derecho han abordado el tema de la discapacidad, no se puede afirmar de manera categórica que se está ante un tema concluido.

Una de las cuestiones que hoy saltan al debate es lo concerniente a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial. El Código Civil vigente dispone que estas personas están sujetas a curatela de la siguiente manera: como incapaces absolutos, “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43.2°) y, como incapaces relativos, los “retardados mentales” (artículo 44.2°) y los que “adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” (artículo 44.3°). A estas personas se les nombra un curador mediante un proceso de interdicción.

Sobre el particular, corresponde afirmar que la interdicción está construida bajo una lógica de sustitución en la toma de decisiones, lo cual genera, en la práctica, una serie de circunstancias que vulneran varios de sus derechos. En efecto, muchas veces las personas con discapacidad sujetas a curatela son privadas de derechos patrimoniales, procesales y hasta personalísimos por parte del curador designado.

De esta manera, se tiene que la lógica de la sustitución en la toma de decisiones que nutre a la institución de la curatela parte de una configuración basada en un enfoque propio y neto del derecho privado (Cuenca, 2012, p. 64), haciéndose necesario y urgente entonces su estudio –y reforma– desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así las cosas, contrariamente a lo que establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante, CDPD), nuestra actual legislación civil anula la capacidad de ejercicio de las personas mencionadas en los artículos del Código Civil referidos, haciendo recaer

en otra persona la tarea de tomar las decisiones sobre aspectos trascendentales de sus vidas. Nuestra legislación olvida de esta forma que desde la nueva perspectiva que recoge la CDPD no son las personas con discapacidad las que tienen que cambiar para poder merecer el atributo de la capacidad jurídica, sino que es la construcción social de la “discapacidad” la que debe adaptarse a la situación de estas personas (Del Carmen, Cuenca y Ramiro, 2012, p. 64).

Desde esta perspectiva, el problema general planteado en la presente tesis girará en torno a dilucidar la manera correcta para adecuar la normativa peruana sobre la curatela e interdicción para personas con discapacidad mental y psicosocial de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Perú en materia de Derechos Humanos.

Para resolver esta problemática, se demostrará que es necesario establecer un sistema de apoyos diferenciados en la toma de decisiones para las personas con discapacidad mental y psicosocial, pues ello garantizará verdaderamente su derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

Ahora bien, la importancia de la investigación se justifica desde los puntos de vista teórico, de utilidad social y por su trascendencia, por lo siguiente:

Es trascendente desde el punto de vista teórico, ya que se analizará la viabilidad de una propuesta de modificación a la legislación pertinente en lo concerniente a la interdicción y la curatela para personas con discapacidad mental y psicosocial, sus consecuencias y naturaleza.

De igual forma, la utilidad social se encuentra justificada, ya que los resultados de la investigación generarán un importante aporte y beneficio para el derecho peruano y, específicamente, para los derechos de las personas con discapacidad (que representan el 5.2% de la población nacional), puesto que permitirá que en el día a día, las personas con discapacidad mental y psicosocial (como parte de este gran grupo) adquieran independencia y puedan autodeterminarse.

También es necesario advertir que la investigación relacionada con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial en el derecho peruano encuentra sus principales limitaciones en la incipiente bibliografía nacional que se ha abocado a la temática, así como en algunos autores que, aun cuando han tratado el tema, lo han hecho desde la lógica tradicional civilista-patrimonial que, precisamente en esta investigación, se propone dejar de lado para dar paso a una interpretación humanista del Derecho Civil. Sin embargo, este aspecto no ha afectado los alcances de los resultados aquí obtenidos.

Por otro lado, el tipo de investigación utilizado para la elaboración de esta tesis fue básica y descriptiva. Así también, el diseño metodológico empleado fue el cualitativo y fue no experimental, ya que se estudió el problema de investigación comprendiendo una perspectiva holística y sobre la base de distintas posiciones doctrinarias, jurisprudenciales y legales que sirvieron de sustento para comprobar puntos de vista a efectos de poder extraer mejores conclusiones y apreciaciones con sustento debido.

Asimismo, se construyó la propuesta a partir de un método de investigación deductivo porque se desarrolló el marco legal, constitucional y convencional sobre el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial para concluir en que es necesario implementar soluciones que respeten el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, entendiendo que cada persona en dicha situación es una realidad en sí misma, con necesidades de la más diversa índole. Es decir, se realizó un análisis de lo general a lo particular.

Finalmente, resta señalar que la presente tesis se compone de seis capítulos; los primeros dos dedicados a los aspectos metodológicos (marco teórico y metodología). El tercero versa sobre el tratamiento histórico sobre la discapacidad; el cuarto sobre la presencia del modelo social de la discapacidad en nuestro sistema jurídico; el quinto sobre la regulación de la capacidad jurídica en el Perú y, por último, el sexto dedicado al establecimiento de un sistema de apoyos diferenciados para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

De la revisión de los antecedentes de la investigación se observa que los estudios sobre la materia se encuentran en proceso de formación. Sin embargo, existe una cierta línea de crítica hacia los modelos de tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que, como el peruano, buscan anular por completo el derecho que tienen estas personas de decidir sobre cualquier aspecto de sus vidas de manera independiente.

En primer lugar, es necesario hacer referencia a la tesis de maestría realizada por la abogada peruana Villareal López: *“el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su compatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú”* del año 2014 por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Si bien en este interesante trabajo la autora propone la derogación de instituciones como la curatela y la interdicción para personas con discapacidad por significar una merma de su derecho a la capacidad jurídica, no termina de ser un análisis o una propuesta del todo completa. La autora centra principalmente su propuesta en la derogación de los artículos 43.2°, 44.2° y 44.3° del Código Civil, no tratando de manera completa otros artículos cuya modificación es necesaria para conseguir un establecimiento armónico del nuevo sistema de apoyo en la toma de decisiones. También es necesario señalar que las salvaguardas que la autora propone para el establecimiento del sistema de apoyos no toman en consideración –al menos no de manera clara– la situación de diversidad en la cual se encuentran las personas con discapacidad.

Por otro lado tenemos al profesor Espinoza Espinoza quien en su libro *“La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles”* planteó que para una mejor comprensión de la capacidad, era imperativo introducir el concepto de *“status personae”*, según el cual no es posible afirmar

que la titularidad y el ejercicio de los derechos está asignado bajo el presupuesto de la existencia de la denominada capacidad de discernimiento. Refiere que tradicionalmente el hecho de encontrarse en una situación de alteración mental (sic) ha sido motivo de estigma jurídico con una desproporcionada limitación a la capacidad jurídica del sujeto, lo que constituye un ataque a su subjetividad que, en tanto limitación general de la capacidad, constituye una forma de discriminación hacía las personas con discapacidad.

Otro de los autores peruanos que se ha acercado al tema es el reconocido profesor Abad Yupanqui quien, en un trabajo titulado *“Discapacidad, derechos humanos y la reforma del Código Civil. Un estado de cosas inconstitucional”* publicado en 2016, señala que la actual regulación que hacen tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil sobre la interdicción y la curatela respecto de las personas con discapacidad constituye un verdadero estado de cosas inconstitucional puesto que, mediante dichas instituciones, se asume un paradigma de “normalidad” que sirve para justificar la limitación de los derechos de las personas con discapacidad mental y psicosocial, calificándolas como incapaces absolutos o relativos, pues no son “normales”.

Por otro lado, si bien es cierto que actualmente existen propuestas legislativas en el Congreso de la República que buscarían derogar las instituciones de la interdicción y curatela para las personas con discapacidad, lo cierto es que dichas propuestas (que de hecho solamente son tres y que ni siquiera han sido debatidas por el Pleno y menos por las respectivas comisiones) tienen serios defectos de contenido y perspectivas que hacen difícil reconocerlas como verdaderas reformas desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A ello se suma el hecho que todos estos proyectos se encuentran durmiendo el sueño de los justos, veamos:

El primero de ellos es el Proyecto de Ley N° 4601/2014-CR¹ elaborado por la entonces Comisión Especial Revisora del Código Civil en lo Referido al Ejercicio

¹ El proyecto se puede revisar en:
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/dff31fef3f6852be05257e22000b22a3/3f694eedcfe9a05305257e6600678640/\\$FILE/PL0460120150616.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/dff31fef3f6852be05257e22000b22a3/3f694eedcfe9a05305257e6600678640/$FILE/PL0460120150616.pdf)

de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad creada por la Ley N° 29973, modificada por la Ley N° 30121.

Este proyecto fue presentado el 16 de junio de 2015 y pertenece a la Segunda Legislatura Ordinaria 2014 del Periodo de Gobierno 2011 – 2016. El aludido proyecto fue derivado tanto a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos como a la Comisión de Inclusión Social, la cuales tenían desde el 12 de diciembre de 2015 el proyecto en su posesión para estudio. Sin embargo, ninguna de las comisiones debatió ni mucho menos presentó su dictamen al respecto, por lo que el proyecto nunca pudo pasar al Pleno del Congreso y se archivó por la culminación del período legislativo.² Es decir, actualmente el Proyecto de Ley N° 4601/2014-CR no existe.

Sobre el contenido de dicho proyecto, se debe apreciar que si bien resulta óptimo a nivel teórico, a nivel práctico fue insuficiente puesto que la comisión especial encargada de hacer las modificaciones, tan solo podía proponer cambios al Código Civil, por tanto, no significó una reforma integral en donde se incluyeran normas como el Código Procesal Civil o leyes relevantes. En buena cuenta, fue un proyecto con buenas intenciones pero realizado por un grupo atado de manos en cuanto a su encargo.

En cuanto a la segunda propuesta legislativa, tenemos que se trata del Proyecto de Ley N° 792/2016-CR³ presentado el 16 de diciembre de 2016 por la congresista Gloria Montenegro Figueroa del Grupo Parlamentario Alianza Para el Progreso – APP.

Este proyecto pertenece a la Primera Legislatura Ordinaria 2016 del Periodo de Gobierno 2016-2021 y ni siquiera se encuentra en posibilidades de ser debatido

² Esta información se puede corroborar en el sistema de seguimiento de expedientes legislativos del Congreso de la República:
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/debusqueda/0D9FF09F1F4F8FA705257E66005EB8E1?opendocument>. También puede revisarse el trámite de este primer proyecto en la página 13 del Proyecto de Ley N° 00792/2016-CR.

³ El proyecto se puede revisar en:
http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0079220161216.pdf

ante el Pleno del Congreso. Ello porque desde el 21 de diciembre de 2016 permanece en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos para su estudio como primera comisión, y desde el 22 de ese mismo mes y año en la Comisión de Inclusión Social como segunda comisión encargada. Empero, como puede constatarse en el seguimiento de expedientes legislativos, ninguna de las comisiones tiene en agenda debatir este proyecto y, por consiguiente, no han emitido los dictámenes respectivos.⁴ Es decir, el proyecto se encuentra estancado.

En lo referente al contenido del proyecto en sí, es conveniente aquí señalar que plantea serias inconsistencias a nivel dogmático que no se condicen con una reforma propia desde el modelo social de la discapacidad. Así, tenemos que, en primer lugar, se trata de un proyecto que solo está dirigido a modificar el Código Civil (tal y como consta en el artículo 1° del referido proyecto). Se trata, en consecuencia, de un proyecto que tiene la misma deficiencia de la anterior propuesta ahora fenecida.

Sin ánimos de exhaustividad, hay que anotar que se trata de una proyecto que contiene una mínima exposición de motivos (lo cual hace más probable su archivo). Asimismo, la propuesta del artículo 43.3° tiene el problema de hacer que sea la ley la que determine la restricción (sin ver el caso concreto) y la propuesta del artículo 44° guarda un rezago del modelo médico pues condiciona la posibilidad de expresar la voluntad al “grado de severidad” de la discapacidad.

De igual forma, la propuesta restringe el derecho a contar con apoyos a los casos “más severos”, lo cual es un contrasentido puesto que, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los apoyos se constituyen en un derecho de todas las personas con discapacidad, no solo de aquellas cuyos casos son considerados como “más severos”. Además, la propuesta del artículo 45.2° nos dice que la persona con discapacidad ejercerá su capacidad jurídica a través de la persona que ella elija; esto, de suyo, es una reforma que camufla y perpetua al

⁴ Esta información se puede corroborar en el sistema de seguimiento de expedientes legislativos del Congreso de la República:
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/sicr/tradocestproc/CLProLey2016.nsf/debusqueda/BF548E429F4AB7E80525808B00697917?opendocument>

modelo de sustitución en la toma de decisiones pues lo que se quiere con el nuevo cambio de paradigma es precisamente que el tercero no sea quien decida por la persona con discapacidad, sino que su rol sea el de ser un apoyo a la persona para tomar sus decisiones, nunca suplantándola.

Por último tenemos el Proyecto de Ley N° 872/2016-CR⁵ presentado el 12 de enero de 2017 como propuesta multipartidaria. Este pertenece a la Primera Legislatura Ordinaria 2016 del Periodo de Gobierno 2016-2021 y, al igual que el anterior, no se encuentra en la agenda el Pleno del Congreso para ser debatido. De hecho, ni la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, ni la de Inclusión Social han presentado su dictamen al respecto.

Revisando el contenido del proyecto, debemos observar que éste deja ciertas cosas inconclusas y que, además, no es del todo claro en algunos aspectos. Solo a modo de ejemplo, tenemos que sobre las implicancias de la reforma que se propone en el derecho de familia, el proyecto peca de ser simplista al proponer que se sustituya la palabra curatela por las de apoyos, salvaguardas y administración de bienes. Un cambio de *nomen iuris* no resuelve un problema de fondo y así la experiencia nos lo ha demostrado.

Otro punto que llama la atención es la propuesta del artículo 564°. Este artículo señala que: “la persona que requiera de asistencia para ejercicio de su capacidad jurídica (...) puede acceder a los apoyos que considere para el ejercicio de su capacidad de ejercicio”. Pues bien, resulta que hay una imprecisión que no es menor puesto que, mientras que el primer párrafo nos hace referencia a la capacidad jurídica, el segundo nos habla de capacidad de ejercicio. Ello podría inducir a errores al juez y, además, no se condice con la teoría de la capacidad adoptada por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante, “CRPD”) que se tratará en extenso en el capítulo correspondiente.

⁵ El proyecto se puede revisar en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0087220170112.pdf

De igual forma, se pueden observar contradicciones como las de la propuesta del artículo 569° que, mientras regula la aplicación del sistema de apoyos para casos “severos”, señala que la persona de la que se trate podrá oponerse a ello. Resulta ser contradictorio puesto que en los casos considerados “más severos” la persona no tendría –al menos *prima facie*– como oponerse y, por tanto sería una garantía que no resultaría válida desde el punto de vista práctico.

En conclusión, todas estas apreciaciones no hacen sino poner de relieve que los tres proyectos de ley que buscarían derogar la interdicción para las personas con discapacidad (que ni han sido debatidos por el Pleno del Congreso) contienen ciertos errores e imprecisiones conceptuales que los expone como potenciales reformas incompletas. Eso, valga decirlo, sin considerar que los dos proyectos de la nueva legislatura tienen todavía que despertar del letargo en el que se encuentran, lo cual no es muy prometedor tomando en cuenta lo ocurrido con el Proyecto de Ley N° 4601/2014-CR que fue archivado.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. El vigente modelo social para abordar la discapacidad

El concepto del término discapacidad es el resultado de una construcción que, desde siempre, se ha fundamentado en cuestiones políticas, económicas, éticas, médicas, sociales, etc. Estas cuestiones han ido variando en el devenir del tiempo. Por ello el término “discapacidad” –que además posee una fuerte carga emotiva (De Asís, 2004, p. 60)– presenta diversas interpretaciones que dependen, en gran medida, del paradigma desde el cual se aborde el tema (Martínez, 2013, p. 10).

Así las cosas, nos encontramos actualmente con la idea según la cual la discapacidad ha dejado de ser una cuestión individual para convertirse en un fenómeno de carácter preponderantemente social, puesto que es la sociedad la cual debe adecuarse y proporcionar posibilidades de integración para las personas con discapacidad y no limitar su desarrollo. En palabras de *Biel Portero* “es la interacción con determinadas barreras lo que puede llegar a impedir o

limitar la participación social plena y efectiva de las personas con discapacidad” (2009, p. 105). Para llegar a este punto, el estudio sobre la discapacidad ha atravesado tres grandes momentos o, como se suelen denominar comúnmente, modelos, que son el de prescindencia, el médico o rehabilitador y, por último, el social.

En primer término tenemos el modelo de prescindencia. Este se desarrolla en la Edad Media y defiende que las causas de la discapacidad son de origen religioso, considerando como prescindibles a las personas con discapacidad, pues, desde este punto de vista, se les entiende como seres que albergan castigos divinos o mensajes demoniacos en reproche, se cree, de los errores o faltas de los padres. Según este primer modelo no solamente se puede, sino que se debe prescindir de las personas con discapacidad, pues no son seres que en su conformación genética tengan “la fortuna de ser normales”.

En segundo lugar, está el modelo médico o rehabilitador. Aquí se busca “normalizar” al individuo con intervenciones médicas para que de esa manera pueda adecuarse a la sociedad. Se trata de una forma de ver la discapacidad desde lo que algunos autores han denominado “la teoría de la tragedia personal”, según la cual, existiría la presunción de inferioridad biológica respecto de este grupo de personas (Díaz, 2009, p. 88; Barnes, 1998, p. 66).

Este segundo periodo de comprensión de la discapacidad se desarrolla, principalmente, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, debido a las miles de personas mutiladas por el episodio bélico. Para este modelo las personas con discapacidad dejarán de ser consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad siempre que sean “rehabilitadas” o “normalizadas” para poder aportar algo y ser “útiles” en la dinámica social (Immig, 2010, p. 38).

Finalmente tenemos el llamado modelo social. El aludido modelo tiene como fundamentos la vida independiente, la autonomía y el respeto por la diversidad funcional. Desde la apreciación filosófica de éste son las barreras sociales a las que las personas con discapacidad se enfrentan las que generan, precisamente, la discapacidad. Es decir, la discapacidad no es más un atributo de la persona,

sino un conjunto complejo de condiciones que son creadas por el entorno (Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, 2005, p. 25).

Este nuevo paradigma prioriza los elementos exógenos para abordar la discapacidad, es decir, toma un enfoque holístico, reemplazando así lo individualista del anterior modelo médico o rehabilitador. Es entonces la sociedad en su interacción comunicativa la que apropia los significados; claro que para ello siempre hay primero un significante, en este caso la discapacidad como denotación, la cual desde la mirada del déficit posibilita desgraciadamente un proceso de exclusión en todos los ámbitos que rodean a la persona provocando así su supresión social (Soto, 2008, p. 12).

De esta manera, se tiene que la discapacidad según el modelo social, no se ubica en el sujeto sino en su entorno, que agrava su situación física, intelectual, sensorial o mental por medio de la imposición de barreras o denegación de ajustes razonables. Este nuevo modelo rechaza la ideología de la normalización al considerar que la idea de normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante, generando barreras a la participación de aquellos que no encajan en dichos estándares (Courtis, 2004, p. 7; Cuenca, 2011, p. 235).

En consecuencia, para el modelo social las personas con discapacidad son víctimas de una sociedad incapacitante antes que víctimas de sus propias circunstancias individuales (Bregaglio, R., Constantino, R., y D. Ocampo, 2013, p. 89). El desarrollo histórico y normativo de estos tres grandes modelos será estudiado a detalle y pormenorizadamente en el capítulo correspondiente con la finalidad de dotar de mayor sustento a la prevalencia del actual modelo social.

1.2.2. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el artículo 2.2° de nuestra Constitución consagra al mismo tiempo el principio de igualdad y el derecho a la igualdad. De esta manera, la igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del

orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Y, por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele (Exp. N° 0606-2004-AA/TC, fundamento 9 y Exp. N° 03525-2011-PA/TC fundamento 4).

Sin embargo, ha referido también que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, sino que, la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (Exp. N° 2861-2010-AA/TC, fundamento 4). Y esto es así porque existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones sean contrarias a la justicia (Corte IDH, OC-4/84, párr. 56).

Ahora bien, haciendo referencia directa a este derecho en el campo de la discapacidad, cabe mencionar el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante “CDPD”) que establece lo siguiente:

“Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (...)”⁶

En consecuencia, resulta claro que existe una obligación negativa por parte del Estado de garantizar que las personas con discapacidad no sean discriminadas por dicho motivo. Obligación que también se proyecta como positiva en el sentido

⁶ Cabe señalar, además, que en nuestro país la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, establece la igualdad como uno de los principios rectores de las políticas y programas del Estado (artículo 4.1, literal b), además de consagrar en su artículo 8 el derecho a la igualdad y no discriminación de este grupo de personas.

que implica una acción constante por parte del Estado a fin de remover todos aquellos obstáculos que dificulten el ejercicio real y efectivo de los derechos bajo la justificante de la discapacidad. En este sentido, se tiene dicho que “es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones normativas o de factor social sean desmanteladas” (Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala, párr. 208).

1.2.3. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El primer instrumento internacional en reconocer el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde la lógica del vigente modelo social es la CDPD por medio de su artículo 12.⁷. Partiendo de este tratado, el CRPD ha señalado que el hecho que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica.

En consecuencia, “la existencia de una deficiencia (sic) mental, incluso si se trata de una muy seria, no puede por sí misma ser la razón de una incapacitación legal” (TEDH. Caso Shtukurov Vs. Rusia, párr. 94). Por lo tanto, es necesario, para que se cumpla y respete el derecho a la capacidad jurídica de estas personas, que se les reconozca tanto su capacidad de goce como de ejercicio, puesto que estas dos facetas no pueden separarse, debiendo abolirse toda práctica cuyo propósito sea restar eficacia al contenido de este derecho (CRPD, Observación General N° 1, párrs. 9 y 14).

De esta forma, resulta a todas luces evidente que desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, “toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo e indirecto para declarar la

⁷ Cabe señalar que previo a este instrumento convencional, a nivel regional en el marco de la OEA se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sin embargo, ésta no pudo desvincularse totalmente del modelo médico-rehabilitador.

incapacidad jurídica, entra en colisión con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el artículo 12° de la CDPD, por lo que los Estados deben modificar o derogar las normas que violan el deber de los Estados de respetar el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad” (ONU, A/HRC/10/48, párr. 45).

1.2.4. Hacia un sistema de apoyo en la toma de decisiones para las personas con discapacidad mental y psicosocial en Perú

Dada la flagrante vulneración del derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial que se recoge, principalmente, en los artículos 43.2°, 44.2° y 44.3° de nuestro Código Civil vigente en abierta contravención de los compromisos internacionales asumidos por el Perú, resulta imperativa una reforma de las instituciones como la interdicción y la curatela para implantar un sistema de apoyo en la toma de decisiones en favor de este grupo de personas.

El referido sistema de apoyo en la toma de decisiones debe guardar el estricto respeto por la igualdad y autodeterminación de las personas con discapacidad. De conformidad con el artículo 12.3° de la CDPD, debe englobar todo tipo de arreglos oficiales y oficiosos de distintas intensidades que variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad (CRPD, Observación General N° 1, párrs. 17 y 18)⁸. Además, con la propuesta de modificación deberán establecerse salvaguardias⁹ a fin de garantizar que las personas insertas en este nuevo sistema no se vean expuestas a abusos (CRPD, Observación General N° 1, párr. 21).

En atención a esto, el sistema de apoyo que se requiere deberá ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona, adaptándose a las

⁸ En esta medida, las medidas de apoyo debe ser proporcionales según la discapacidad de cada caso. En consecuencia, el juez deberá establecer qué tipo de actos puede realizar por sí sola la persona con discapacidad, y en qué otros requerirá de alguien que lo auxilie, siendo estos supuestos los menos posibles.

⁹ Las cuales van desde permitir que sea la propia persona con discapacidad quien decida en qué momento cuestionar judicialmente a la persona que le asiste apoyo hasta decidir que ésta sea quien elija a tal persona.

diferentes situaciones personales y sociales de cada individuo (*Cfr.* Cuenca, 2012, p. 75). Aunque claro, también hay que reconocer –como señala el profesor *De Asís*– que “el tránsito a este sistema de apoyo presenta algunas dificultades entre las que pueden destacarse dos. Por un lado, la necesidad de proteger la seguridad de terceros y, por otro, la necesidad de proteger a las propias personas con discapacidad. Sin embargo, estas son cuestiones que de ninguna manera pueden servir de impedimento para la realización del cambio de modelo” (2013, p. 105).

También servirán de referencia los marcos normativos que en el Derecho comparado existen. Si bien no son numerosas las reformas a nivel regional ni internacional que busquen adecuar la normativa interna con las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo cierto es que si servirán de alguna manera como modelos.

1.3. Definiciones de términos básicos

- Persona con discapacidad: Para obtener una definición completa sobre el término “persona con discapacidad” se debe recurrir, de manera concurrente, a las definiciones que arrojan, por un lado, el párrafo segundo del artículo 1° de la CDPD y, por otro, el artículo 1.1° de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, “CEDPD”). Así, el término persona con discapacidad hará referencia a “aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, ya sea de naturaleza temporal o permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”
- Discriminación: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o

social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (CDH. Observación General N° 18, párr. 7).

- Capacidad jurídica: “es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)” (CRPD, Observación General N° 1, párr. 13).
- Sistema de apoyos: comprende una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana, dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo, entre otras, para el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad respetando sus decisiones y no sustituyéndolas (ONU. Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, trigésimo cuarto período de sesiones 2016, párrs. 14-20).
- Salvaguardias: son aquellas medidas que se adoptan con la finalidad de garantizar que el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad cuente con una protección adecuada contra influencias indebidas o eventuales abusos por parte de quienes cumplen el rol de apoyo en la toma de decisiones respetando (CRPD, Observación General N° 1, párrs. 20-22).

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1. Diseño metodológico

2.1.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación que se empleó para la elaboración de esta tesis fue una básica y descriptiva debido a que, a través de un proceso descriptivo, se involucró el análisis de la legislación civil pertinente, la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos circunscritos al ámbito de los derechos de las personas con discapacidad y, de manera específica, el derecho a la capacidad jurídica de este grupo de personas. De esa manera, se ha descrito la realidad en la cual se encuentra actualmente, desde el derecho internacional y desde el derecho nacional, la cuestión sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial, así como la forma en la que esta realidad perjudica, entre otros, el derecho a la igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de dichas personas.

2.1.2. Nivel de investigación

El nivel de la investigación fue exploratorio debido a que se desarrolló sobre la base de diversos estudios realizados que se aproximan de alguna manera al tema del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde el modelo social.

2.1.3. Diseño de la investigación

El diseño de investigación fue el cualitativo y fue no experimental, ya que se estudió el problema de investigación comprendiendo una perspectiva holística y sobre la base de distintas posiciones doctrinarias, jurisprudenciales y legales que sirvieron de sustento para comprobar puntos de vista a efectos de poder extraer mejores conclusiones y apreciaciones con sustento debido.

2.1.4. Método de investigación

El método empleado para la investigación fue el del tipo deductivo porque se desarrolló el marco legal, constitucional y convencional sobre el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial para concluir en que es necesario implementar soluciones que respeten el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, entendiendo que cada persona en dicha situación es una realidad en sí misma, con necesidades de la más diversa índole. Es decir se realizó un análisis de lo general a lo particular.

2.2. Técnicas de recolección de datos

La información pertinente para el desarrollo de la investigación ha sido recolectada mediante el estudio y análisis de documentos legales emitidos por organizaciones internacionales como la OEA, ONU o el Consejo de Europa, así como jurisprudencia nacional, comparada y supranacional. También han servido de sustento importante los estudios doctrinarios que se han abocado, en alguna medida, a la temática propuesta en la tesis.

2.3. Aspectos éticos

El autor de esta tesis declara bajo juramento que para el desarrollo de la misma se han respetado los derechos de autor, utilizando las formas de citado APA en su versión actualizada. Asimismo, no contiene plagio alguno, siendo responsabilidad entera del autor de esta tesis lo aquí expresado.

CAPÍTULO III: EL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD A TRAVÉS DE LA HISTORIA Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMULACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. La construcción histórica de los modelos teóricos de la discapacidad

La discapacidad ha sido motivo de estudio y análisis por casi la totalidad de las áreas del conocimiento humano. Desde las Ciencias Sociales, la Medicina y hasta la Economía se han preocupado en conseguir respuestas y resolver inquietudes que, desde siempre, se han ido formando alrededor de esta realidad, la discapacidad. Esto ocurre porque en todas las sociedades habitan personas con discapacidad, acompañadas de modelos conceptuales para identificarlas, interpretarlas y “tratarlas”. Por ello, se dice que independientemente del tiempo o contexto, las deficiencias y las discapacidades son fenómenos que exigen una explicación (Albretch, 1992, p. 37).

Por supuesto que el Derecho no ha sido ajeno a esta realidad y, para ello, se ha servido de modelos teóricos que, dependiendo del momento histórico, han servido para comprender la discapacidad y ensayar múltiples respuestas a los problemas que giran en torno al tema. Estos modelos o paradigmas entrañan cada uno una filosofía propia que como se expondrá a continuación, desnuda la percepción que la sociedad ha tenido (y tiene) sobre las personas con discapacidad.

De manera previa, y en honor a la verdad, hay que recordar con Mitra (2006, p. 236), seguido por Gómez y Cuervo (2007, p. 35), que ningún modelo teórico podrá, de manera independiente, explicar completamente y de forma autosuficiente qué es la discapacidad; ello porque cada modelo depende del contexto en el que se proponga.

Pues bien, tradicionalmente se ha dividido el estudio de la discapacidad desde el Derecho en tres grandes modelos: el modelo de prescindencia, el modelo médico o rehabilitador y el modelo social. Estos son, a grandes rasgos, los paradigmas que la doctrina mayoritaria ha reconocido para el estudio de la discapacidad. No

obstante, hay que señalar también que ciertos autores han decidido ir más allá y han optado por exponer sus propias visiones sobre el tema.

Por ejemplo, Albarrán (2015, pp. 130-160) señala la existencia de cuatro grandes modelos a saber: a) los modelos tradicionalistas, dentro de los cuales se encuentran el de prescindencia y el precolombino; b) los modelos científicos, donde se ubicarían el rehabilitador o médico, el de prescindencia científica y el médico moderno; c) los modelos sociales o constructivistas, donde se incluyen el de movimiento de vida independiente o autonomía personal, el modelo social, el minoritario, el de la perspectiva de la accesibilidad y el mercantilizado. Por último, el autor nos habla de d) los modelos emergentes, con el modelo social desde la perspectiva político-social, el de la perspectiva biopsicosocial, el de la ecología de la discapacidad y el de la diversidad funcional como sus sub-modelos exponentes.

Una división también interesante ha sido proyectada por Padilla-Muñoz (2010, pp. 402-407) quien defiende la existencia de cinco modelos: el médico-biológico; el de la discapacidad social; el de las minorías colonizadas; el universal y el biopsicosocial.

Otros autores han referido, en alguna oportunidad, que además de los clásicos tres modelos teóricos, existe un cuarto al que denominan “modelo de la diversidad”. Sobre el particular, De Asís (2013) señala que dicho cuarto modelo complementa el modelo social contemplando la discapacidad como una muestra de la diversidad humana y considerando que la pluralidad enriquece a la sociedad por lo que debe ser protegida (p. 41). En una línea muy similar, Palacios y Romañach (2008) refieren que este nuevo modelo parte de una visión basada en los Derechos Humanos considerando el trabajo en el campo de la Bioética una herramienta fundamental para alcanzar la plena dignidad de las personas discriminadas por su diversidad funcional (p. 37).

Como vemos, la exposición de las diversas posiciones teóricas sobre el abordaje de la discapacidad es tan variada como sus autores. Empero, lo importante es saber que todas estas propuestas se identifican, de alguna u otra manera, con los tres modelos principales y/o clásicos. Por esta razón, serán tomados en cuenta el

modelo de prescindencia, el modelo rehabilitador o médico y el modelo social como puntos de partida dado que bien se puede afirmar que estos tres encierran las posturas filosóficas de las propuestas dogmáticas anteriormente traídas a colación. Sin perjuicio de ello, también se rescatarán ciertos fundamentos del modelo de la diversidad y se explicará la importancia de tenerlo en cuenta, a modo de añadidura, en la defensa del modelo social.

3.1.1. El modelo de prescindencia

El primer modelo desde el cual se abordó la discapacidad es el llamado “modelo de prescindencia”¹⁰. Es la perspectiva menos indicada hoy en día para comprender la discapacidad pues se trata de un modelo que se encuentra por fuera del discurso de los Derechos Humanos.

Desde el punto de vista de este primer modelo, la discapacidad se considera como un símbolo de maldad y desavenencia hacia la persona o sus familiares. Esto, de alguna manera, encuentra explicación en el hecho que en el mundo mágico-religioso de la antigüedad lo esperado era ser semejante a ese dios o dioses que, aunque invisibles, “promovían” la perfección (física, genética o incluso estética). Como correlato, todo aquel que no coincidía con lo “esperado” tenía que ser execrado y eliminado de la sociedad (Albarrán, 2015, pp. 130 y 131).

Durante este periodo la apreciación generalizada hacía la discapacidad se encontraba íntimamente ligada con la idea de suponer una carga, primero, para la familia y, luego, para la sociedad. Por tal razón, sin nada que aportar a la comunidad, se presumía inconveniente el crecimiento y desarrollo de niños y niñas con discapacidad. Entonces, concebir a una persona con discapacidad era el resultado de un pecado cometido por los padres y, por tanto, era una vida que no merecía la pena ser vivida (Hernández, 2015, pp. 47 y 48).

Para Palacios (2008) las características o presupuestos esenciales de este modelo son dos: en primer lugar, la justificación religiosa de la discapacidad y, en

¹⁰ Según el Diccionario de la Real Academia Española “prescindencia” (acción o efecto de prescindir) significa hacer abstracción de alguien o algo, pasarlo en silencio.

segundo término, la idea según la cual la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad (p. 37). Estos fundamentos son pacíficamente aceptados desde este modelo, pues, la idea de “normalidad” era también una forma de exteriorizar el “estatus” en aquellas sociedades.

Con respecto a su ubicación histórica, existe evidencia que demuestra que este modelo sirvió como referente para entender la discapacidad hasta muy adentrado el periodo renacentista e incluso algunos autores refieren que sus rezagos estuvieron presentes hasta el ocaso del Siglo XIX. Además de la consolidación del cristianismo (como expresión de la compasión), otros eventos que marcaron el rumbo de la historia occidental, como el descubrimiento de nuevos territorios y nuevas razas como los amerindios o la revolución industrial inclusive, siguieron catalogando a las personas con discapacidad como “no aptas para la producción” (Albarrán, 2015, p. 131).

En esta etapa el lenguaje va a jugar también un rol preponderante en la comprensión de la discapacidad. No se habla pues de “personas con discapacidad”, sino de “idiotas”, “inválidos”, “deformes”, “retrasados”, “tullidos”, etc. Todo esto con el claro propósito de hacer más presente la supuesta diferencia y la situación de “anormalidad” de estas personas, legitimando la “natural” consecuencia de excluirlas de la vida “normal”.

Dentro de este primer modelo pueden, a su vez, distinguirse dos submodelos que son: a) el submodelo eugenésico y b) el submodelo de marginación. Si bien ambos encuentran raíces filosóficas comunes, son las consecuencias hacia la discapacidad que cada uno predica lo que los hace ligeramente distintos.

En un primer orden de ideas hay que señalar que desde el submodelo eugenésico se consideró que las personas con discapacidad, al ser “maldecidas” con una vida infravalorada, debían ser asesinadas, lo cual se plasmaba desde muy temprana edad mediante la terrible práctica del infanticidio. Esta respuesta se basó principalmente en el temor que generó la existencia de las personas con discapacidad por albergar, supuestamente, un mensaje diabólico.

Así las cosas, se aprecia que el germen de este primer submodelo está representado por el hecho de que la discapacidad se percibe como una situación desgraciada –tan desgraciada que la vida de dichas personas no llega a ser considerada digna–. Por consecuencia, se origina la creencia de que la mejor solución que se puede adoptar desde este submodelo es la de prescindir de este grupo de personas mediante el recurso a prácticas eugenésicas (Palacios, 2008, p. 39).

Si bien el submodelo eugenésico se ubica en la primera etapa del periodo histórico que comprendió el desarrollo del modelo de prescindencia, hay ejemplos específicos de cómo las ideas de este submodelo estuvieron impregnadas incluso en tiempos relativamente más recientes.

Como bien afirma Gómez (2016), el legado eugenésico fue particularmente influyente en muchos países considerados “desarrollados”, llegando a su punto más aberrante y despreciable en los campos de exterminio de la Alemania nazi durante las décadas de los treinta y cuarenta con el asesinato sistemático de miles de personas con discapacidad consideradas como una carga para el Estado (p. 41). A ello se aunaba, además, la idea según la cual la representación ideal del ser humano perfecto (según el nazismo) no era necesariamente compatible con lo que representaba una persona con discapacidad.

Sobre este mismo tema hay que señalar que, incluso antes de la Segunda Guerra Mundial, el régimen nazi ya había utilizado la esterilización forzada masiva como una forma de desaparecer la discapacidad. Ya en agosto de 1939 dicho régimen comenzó a internar a los niños y niñas con discapacidad, institucionalizándolos en lugares denominados “departamentos especializados en niños”, donde se los mataba ya sea privándolos de alimentos o por envenenamiento (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 8).

Luego, tenemos al submodelo de marginación que emergió durante el desarrollo de la Alta Edad Media (Seoane, 2011, p. 144). A pesar de ser entendido como un submodelo distinto, desgraciadamente se pueden encontrar también ejemplos nefastos que perviven actualmente con casos en los cuales las personas con

discapacidad son marginadas y tiradas al abandono. El ejemplo más elocuente al respecto es la idea actual de asociar mucho la discapacidad con la pobreza.

Ahora bien, como apuntan Palacios y Bariffi (2007) el rasgo principal que caracteriza a este submodelo es la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objetos de maleficios o como advertencia de un peligro inminente (p. 15). En consecuencia, encontramos que la diferencia con el submodelo precedente es que en éste las prácticas eugenésicas no son el norte dominante o la primera opción, sino que, la exclusión va a tomar las riendas del comportamiento social hacia las personas con discapacidad.¹¹

Por consiguiente, como consecuencia casi inmediata de esa exclusión (marginación) las personas con discapacidad son condenadas a vivir en la mendicidad y a servir a quienes no tienen discapacidad.

Para obtener una mejor perspectiva sobre este submodelo –aun cuando se trata de un contexto temporal muy anterior al que se ha hecho referencia¹²– resulta ilustrativo lo que relata Palacios (2008 p, 55), siguiendo principalmente a Sendrail (1983):

“En el siglo IV (...) por diversas razones, el cristianismo habría de influir enormemente en las actitudes adoptadas frente a los niños, los disminuidos (sic) y los enfermos. Jesús se acerca a ellos, obsesionado por sus lamentaciones. Parece hacer de los paralíticos, los lisiados, los ciegos, los sordomudos, los leprosos, (sic) su compañía de elección.” (p. 173)

Un ejemplo claro de dicho comportamiento auspiciado por el cristianismo lo encontramos relatado en uno de los pasajes más emblemáticos de la Biblia:

¹¹ Sin perjuicio de esta afirmación, conviene indicar que las prácticas eugenésicas aún se mantuvieron en este submodelo, sin embargo, no eran el recurso identitario del mismo.

¹² Recordemos pues que los comportamientos atribuidos a cada modelo y submodelo son puestos en contextos históricos específicos como referencia o porque en estos se vieron plasmados de mayor manera. Podríamos decir incluso que el tratamiento dispensado por el submodelo de marginación es una constante histórica que se da en mayor o menor medida.

“46 Entonces llegaron a Jericó; y al salir el de Jericó, y sus discípulos y una gran multitud, Bartimeo, el ciego, hijo de Timeo, estaba sentado junto al camino, mendigando. 47 Y al oír que era Jesús, el de Nazaret, comenzó a dar voces y a decir: ¡Jesus, Hijo de David, ten misericordia de mí! 48 Y muchos le reprendían para que callase, pero el daba mayores voces: ¡Hijo de David, ten misericordia de mí! 49 Entonces Jesús, deteniéndose, mando llamarle; y llamaron al ciego, diciéndole: ten confianza; levántate, te llama. 50 Él entonces, arrojando su capa, se levantó y fue a Jesús. 51 Y respondiendo Jesús, le dijo: ¿Qué quieres que haga por ti? Y el ciego le dijo: Maestro, que recobre la vista. 52 Y Jesús le dijo: Ve, tu fe te ha sanado. Y al instante recobró la vista y seguía a Jesús por el camino.” (Reina-Valera, 2009, p. 1590)

Se aprecia así como el trato proferido a las personas con discapacidad bajo este submodelo es la exclusión, bien por minimizarlas haciéndolas merecedoras de caridad, o recluyéndolas por considerarlas peligrosas (Álvarez, 2013, p. 28). Por consiguiente, bien se puede concluir que las personas con discapacidad fueron objeto de un doble tratamiento. Por un lado, fueron objeto del “trato humanitario y misericordioso” que inculcaba la caridad cristiana (aun con todas sus falencias) y, por otro, de un tratamiento cruel y marginador, originado como consecuencia del miedo y el rechazo. Cualquiera de estas dos consideraciones, sin embargo, tenía el mismo resultado: la exclusión (Palacios, 2008, p. 62).

De todo este escenario que nos presenta el modelo de prescindencia se puede concluir que dicho modelo ha contribuido con el dibujo del ser humano ideal que nos ha seguido hasta nuestros días. Esto ocurre porque aunque no se quiera decir a viva voz, existe en el subconsciente de las sociedades actuales una suerte de parámetro de normalidad. Este sería el punto desencadenante de las consecuencias posteriores: la exclusión, la discriminación, el abandono y la invisibilización.

3.1.2. El modelo rehabilitador o médico

Como a manera de “evolución” del anterior modelo, surge el denominado modelo médico o rehabilitador. Desde la perspectiva de éste, “la discapacidad es vista como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud que requiere cuidados médicos prestados en forma individual por profesionales. El tratamiento de la discapacidad, entonces, está destinado a obtener la cura, una mejor adaptación de la persona o un cambio de su conducta” (Padilla-Muñoz, 2010, p. 402). A decir de Romañach (2009) con este segundo modelo la vida de las personas con discapacidad es reducida a una mera dimensión médica (p. 31).

Así, desde este paradigma resulta ser que la persona con discapacidad es la que debe adaptarse a las exigencias de la dinámica social, la cual de por sí no la toma en cuenta como parte integrante del colectivo, sino que la percibe como una parte extraña del mismo a quien debe alejarse en la medida de lo posible.

Sobre este modelo en particular se sabe que sus primeros síntomas aparecieron en los inicios del mundo moderno. No obstante, el punto álgido del mismo –sobre todo en el ámbito legislativo internacional–, se puede situar en los inicios del Siglo XX. Dentro de las causas que dieron origen a este modelo se consideran a la guerra y a los accidentes laborales (Palacios, 2008, p. 68). Si bien existieron antecedentes que supusieron un gran impulso, este modelo no terminó de desarrollar sus principales ideas sino hasta la finalización de la Primera Guerra Mundial en noviembre de 1918.

Es en dicho contexto que surge en Estados Unidos, por primera vez, el concepto de rehabilitación para hacer frente a la necesidad de la reinserción profesional y al suministro de prótesis a los mutilados por la guerra. Por lo que se dice que las leyes promulgadas para fomentar la reinserción social de las personas con discapacidad física –especialmente de los heridos de guerra– son el principio de la rehabilitación moderna (Acosta, Holguín y Sanabria, 2006, p. 193).

Puestas así las cosas, se evidencia que la filosofía sobre la cual reposa este segundo modelo se orienta más a tratar a la persona con discapacidad como un “objeto” de protección, “poniendo el acento en la persona, concibiendo la

discapacidad como un problema puramente individual que tiene su causa principal en las limitaciones originadas por el padecimiento de una deficiencia, ya sea provocada por un accidente, enfermedad o condición de salud” (Cuenca, 2011, pp. 2 y 3). En perspectiva, nótese como desde este modelo se acentúa la situación personal y se hace determinante la misma en la concepción y construcción de la discapacidad misma.

Ciertamente se trata de un modelo a partir del cual parece haberse construido en el imaginario colectivo un ideal de ser humano, el cual no tiene discapacidad y, por consiguiente, es considerado “normal”; siendo “anormal” todo aquel que la tenga, a no ser que consiga “curar” su “problema”. Ripollés (2008) grafica acertadamente esta idea al señalar que, en este modelo, “las causas que justifican la discapacidad ya no son religiosas sino científicas, por ello, se alude a la discapacidad como enfermedad y se considera que la persona con discapacidad puede aportar a la sociedad siempre y cuando sea rehabilitada y logre parecerse a las demás, para tener valor como persona (p. 67).”

Este enfoque explica de alguna manera la presunción (errada ciertamente) de una supuesta inferioridad biológica o fisiológica de las personas con discapacidad (Suprema Corte de la Nación de México, 2014, p.17). Ello trae como consecuencia inevitable la proliferación de lugares de guarda o reposo (cuidado) en donde se institucionaliza a estas personas, confinándolas a una vida extra-social. Un estado de cosas que, valga decirlo, se entiende como normal y necesario desde este modelo teórico y hasta se promueven exigencias al Estado en pro de que adopte políticas públicas en dicha dirección.

Este segundo paradigma ha servido también para que los Estados incorporen proyectos asistencialistas a gran escala con programas más de corte caritativo que de derechos (piénsese por ejemplo en la Teletón). Esto trae consigo el siguiente problema: las personas dejan de ser tomadas en cuenta y la atención se concentra en su discapacidad, de manera que la lástima y la compasión se abren paso relegando, en la mayoría de los casos, al discurso de los derechos.

Ahora, para Palacios (2008) los presupuestos fundamentales sobre los cuales descansa este modelo son dos a saber: en primer orden, que las causas que se utilizan para justificar la discapacidad ya no vienen dadas por la religión o la magia, sino por la ciencia y, en segundo orden, que las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles siempre y cuando consigan rehabilitarse o normalizarse (p. 66). Evidentemente que dicha rehabilitación, en la mayoría de los casos, dependerá de qué tanto puede soportar económicamente la discapacidad la persona o, en su defecto, la familia.

De esa manera, partiendo de estas comprensiones es que, como bien anotan Acosta, Holguín y Sanabria (2006) se empiezan a desarrollar métodos terapéuticos para las personas con “insuficiencias”, entre los que se pueden destacar la enseñanza del habla a los sordomudos imitando las posiciones de la boca del maestro; el método para medir la intensidad visual, miopía y presbicia; la curvatura de lentes apropiada a cada caso; las prótesis; aparatos ortopédicos, etc. Lo cierto y concreto es que todas estas modalidades terapéuticas que fueron apareciendo desnudan el hecho de que se juzga, desde este modelo, la curación como la única posibilidad del individuo con discapacidad (192).

Lo anteriormente señalado resulta importante de destacar puesto que, como se puede observar, parece haber un propósito de estandarizar al ser humano (dónde el promedio es el ser humano “normal”). Por esto, desde el modelo médico la discapacidad se refiere a las consecuencias de la deficiencia desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo, referidas a las habilidades en forma de actividades y comportamientos esenciales en la vida cotidiana. Entonces, la persona que tiene una discapacidad representa una desviación de la norma a nivel de la persona promedio (que previamente se ha arraigado o impuesto en el ideario colectivo) (Aparicio, 2007, p. 131).

Por tanto, la solución que se perfila como la más adecuada es la “cura”, con la consecuencia de que aquellos que tras un diagnóstico y posterior tratamiento quedasen sin posibilidades reales de incluirse en un “nosotros” normalizado, se configurarían como una alteridad excluida (Míguez, 2017, p. 65). Esto nos lleva a sostener que la idea de la exclusión sigue vigente (al igual que en el anterior

modelo de prescindencia) con la única diferencia, ahora, que el individuo puede sortear la exclusión siempre y cuando logre “deshacerse” de su discapacidad.

Ahora, es cierto –tal y como se ha mencionado anteriormente–, que este segundo modelo consigue estabilizarse después de la Primera Guerra Mundial. No obstante, sus primeros pasos no fueron tan claros ni uniformes, de ahí que se diga que su consolidación se alcanzó recién con la publicación de la “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)” de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, “OMS”) en 1980. Esta primera clasificación que se hizo a modo de manual, tenía un afán más recopilatorio de las consecuencias de las enfermedades, sin centrarse necesariamente en las causas de las mismas.

Si bien esta clasificación distingue –de manera poco convincente por cierto–, entre deficiencia, discapacidad y minusvalía, autores como Hernández (2015) y Ripollés (2008) han hecho hincapié en que su estructura dividida en tres niveles no fue suficiente porque omitió los factores individuales y sociales relevantes en la determinación de la discapacidad y, en aquellos casos en los que si los tomó en cuenta, lo hizo de manera poco prolija (p. 49 y p. 146). Sobre esta cuestión precisamente, Aparicio (2007) remarca lo siguiente:

“Es una clasificación que gira en torno al concepto de enfermedad y en la dificultad que ésta representa con respecto a la capacidad del individuo para desempeñar las funciones y obligaciones que socialmente se esperan de él. Presenta tres conceptualizaciones distintas e independientes, relacionadas cada una de ellas con un aspecto diferente de la experiencia que constituye la enfermedad: deficiencia, discapacidad y minusvalía” (130).

Como se aprecia, incluso desde la OMS se esgrimió una teoría correspondiente con el modelo médico o rehabilitador, dirigida principalmente a atacar la situación individual de la persona. Esta mirada se encuentra estrechamente relacionada con la idea de una sociedad predominantemente capitalista en la cual el modelo de ser humano que se desea es aquel que es o puede ser productivo. Bajo ese esquema, si la persona con discapacidad no consigue volverse productivo

(desapareciendo, escondiendo o disimulando su discapacidad) no encaja en la lógica del ser humano ideal.

Por otro lado, resulta oportuno también precisar que aun cuando la lógica de la rehabilitación estuvo fuertemente arraigada en Europa, lo cierto es que igualmente tuvo una presencia importante en nuestra región. De hecho, en Latinoamérica el campo de la rehabilitación empezó hacia el año 1955, a través de la previsión de servicios médicos y educacionales desde una percepción proteccionista y asistencial. Además, en un primer momento la mayoría de las instituciones que se crearon con este fin eran de carácter privado y sin apoyo financiero estatal, por lo que solo pudieron cubrir las necesidades de las personas con discapacidad económicamente más estables. Esto variaría recién a partir de 1960, cobrando un mayor protagonismo el Estado, como ocurre hasta nuestros días (*Cfr.* Valencia, 2014, p. 18).

Por último, es conveniente recalcar lo reducido del modelo bajo análisis en tanto no dispone de una visión amplia que permita entender, de manera suficiente y coherente con los Derechos Humanos, la situación de las personas con discapacidad. De ahí que, con Rodríguez y Couto (2013) se comparta la idea de que “este es un modelo ciertamente limitador y simplista, ya que se limita a procesos individuales que tienen que ver solo con la enfermedad” (p. 50).

3.1.3. El modelo social

En vista de la insuficiencia teórica y práctica del modelo médico o rehabilitador –y los problemas evidentes de exclusión que éste traía consigo– surge un tercer paradigma llamado “modelo social”. Este nuevo modelo busca atacar y corregir las deficiencias del modelo médico, desplazando la atención al entorno, de manera que, desde este nuevo enfoque la discapacidad ya no es más un atributo de la persona sino que es el resultado de la interacción de ésta con las condiciones y estructuras sociales. Así, frente a la imagen de la discapacidad como tragedia personal (propia del modelo médico) se presenta ahora una perspectiva de la discapacidad como opresión social. Puestas así las cosas, la discapacidad pasa a ser una construcción social, lo que obliga que la respuesta

provenga de intervenciones en el entorno que remuevan las diversas barreras que conducen a la exclusión o marginación (Seoane, 2012, p. 16).

De este modo, el acento respecto de las causas de la discapacidad está puesto en lo que la sociedad hace o deja de hacer para que la situación de discapacidad ocurra; la sociedad se convierte de esta manera en una sociedad incapacitante. Ahondando en los fundamentos de este modelo, Palacios (2008) señala:

“Los presupuestos fundamentales del modelo social son dos. En primer lugar, se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. En cuanto al segundo presupuesto —que se refiere a la utilidad para la comunidad— se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas —sin discapacidad—. (p. 103)

Pues bien, sobre su origen, se debe señalar que la doctrina mayoritaria ha concluido pacíficamente que los primeros pasos de este nuevo modelo iniciaron en la década de los setenta. Gómez (2016) refiere que las perspectivas del modelo social se comienzan a engendrar a partir de la idea de situar las causas de la discapacidad en la opresión de los requerimientos estructurales del sistema capitalista, donde fundamentalmente se buscaba una mano de obra “capaz”, eficiente y productiva (p. 41).

De manera específica, las ideas que pregona el modelo social encuentran sus raíces en el llamado “Movimiento de Vida Independiente” que se gestó en los Estados Unidos de América. Este movimiento social fue impulsado por Ed Roberts quien, siendo todavía alumno de la Universidad de Berkeley en California,

se convirtió en una verdadera figura representativa de la lucha por la igualdad de las personas que, como él, tenían alguna discapacidad.

Al ingresar a la universidad, Ed Roberts tuvo que superar múltiples dificultades por, entre otras cosas, lo inaccesible del campus universitario y la todavía fuertemente arraigada idea del modelo médico o rehabilitador en la sociedad de aquel entonces. No obstante, su tenacidad logró romper con esas barreras y pronto consiguió que la universidad comience a adaptarse a las necesidades de los alumnos y alumnas con discapacidad que comenzaron a apoyar a Roberts en su lucha. Así, pronto esta nueva forma de ver las cosas (la de adaptar el entorno a los requerimientos de la persona con discapacidad) cobró fuerza en la sociedad estadounidense, creándose así un movimiento inspirado, ciertamente, por movimientos similares que buscaban la reivindicación de los derechos y libertades de otros grupos como las mujeres o los afrodescendientes.

La repercusión de este movimiento fue tal que incluso consiguió poner el tema de la discapacidad desde el enfoque social no solo en la agenda legislativa estadounidense, sino también, en la de otros países (sobre todo de Europa). Frances Hasler relata que en Reino Unido en 1976 la “Unión de Personas con Deficiencias Físicas contra la Segregación” (“UPIAS”, por sus siglas en inglés) propuso un conjunto de ideas a las que denominaron “Principios Fundamentales de la Discapacidad”. Estas ideas fueron luego tomadas y desarrolladas por Mike Oliver quien las presentó como el “modelo social de la discapacidad” (Palacios y Romañach, 2006, p.59).

Esto, en líneas generales, se puede considerar como la primera tarea o intento de esquematizar la idea de un modelo social de la discapacidad. En efecto, en estos principios se trataba de establecer, por vez primera, una cierta diferenciación entre los conceptos de “deficiencia” y “discapacidad”, enfatizándose que la discapacidad era una cuestión que necesariamente debía ser abordada de manera holística (Oliver, 1990, p. 78).

Así las cosas, se puede señalar que, a diferencia de lo que ocurre con el modelo médico o rehabilitador –que pone énfasis en el tratamiento de la discapacidad,

orientado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona o un cambio en su conducta, situando el problema de la discapacidad dentro del individuo— el modelo social pone más bien el énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad (Victoria, 2013, p. 1100).

Para conseguir el referido objetivo este modelo busca romper con la idea de normalidad que durante décadas ha estado arraigada en el tratamiento de la discapacidad. Y, precisamente, cuestiona esta idea porque considera que la normalidad no es un concepto neutro, sino que, ha sido erigido y construido sobre las bases y con la perspectiva de un modelo de ser humano dominante, económicamente suficiente, socialmente admisible y físicamente igual a los demás.

Por esa razón, surge la necesidad de poner los factores extrínsecos por encima de los intrínsecos al momento de determinar qué es la discapacidad. Por eso, con acierto De Asís (2013) señala que la forma más fácil de entender el significado de este modelo está en averiguar cómo maneja las ideas de “normalización” y “discriminación”. Así, frente a los planteamientos que consideran la discapacidad como un rasgo derivado de la existencia de deficiencias personales que hay que combatir mediante políticas y actuaciones destinadas a normalizar a las personas que las “padecen”, el modelo social entiende la discapacidad más bien como una situación no derivada necesariamente de dichos rasgos sino más bien de estructuras y condicionamientos sociales (p. 16).

Desde este punto de vista, resulta esclarecedor entonces (como se venía anotando anteriormente) evidenciar cómo este modelo hace más crítica la diferencia entre los conceptos de discapacidad y deficiencia para, de alguna manera, empezar despatologizar la discapacidad. Al respecto, Velarde (2012) nos revela:

“Deficiencia es la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo. Discapacidad es la desventaja o restricción de

actividad, causada por la organización social contemporánea, que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad. Es decir, la deficiencia –o diversidad funcional– sería esa característica de la persona consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona, o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas. En cambio, la discapacidad estaría compuesta por los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad”. (130)

Como se puede inferir, este modelo busca restablecer el concepto de dignidad humana respecto de las personas con discapacidad. Busca llegar esa meta dejándolas de percibir como objetos de caridad para identificarlas como sujetos de derecho. Entonces, la discapacidad, vista así, no es una limitación que venga dada por la situación personal del individuo. En efecto, a decir De Asís (2004) “en muchos casos la incapacidad (revestida como imposibilidad), es fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual” (p. 69).

Es bajo esta nueva perspectiva que se busca erradicar la relación de necesidad entre los conceptos de discapacidad y dependencia que acompañó a las personas con discapacidad durante muchas décadas. Como consecuencia directa, se comprende que la discapacidad no tiene aparejada necesariamente una situación de dependencia. De hecho, “existen personas con discapacidad que no se encuentran en una situación de dependencia, y personas sin discapacidad que se encuentran en un determinado momento de su vida en una situación de dependencia. Ello porque la situación de dependencia comprende más situaciones que las estrictamente derivadas de la discapacidad, dado que las limitaciones funcionales que pudiera tener una persona no derivan únicamente de sus características individuales, sino también de las de su entorno y medio en el que desarrolla sus actividades habituales” (Palacios, 2008, p. 136).

Al respecto, también resulta pertinente aclarar que esto no supone rechazar de plano y de manera categórica una cierta vinculación entre la situación de dependencia y la discapacidad en determinados contextos. Empero, lo que hay que tener en cuenta, en todo caso, es que una cosa es que existan personas con discapacidad que no se encuentren en una situación de dependencia y otra muy distinta es que la situación de dependencia no suponga, de cierto modo, algún tipo de discapacidad (De Asís, 2008, p. 22).

Estas ideas traerán consigo un nuevo esquema que cambiará la mirada y la forma de entender la discapacidad, en donde, el hecho de que sea la sociedad en su conjunto la que debe adaptarse a las personas con discapacidad (normalizar a la sociedad) tiene implicancias, también, en la forma de comprender los derechos. De manera tal que, bajo esta nueva mirada, como bien apunta Cuenca (2011), “son los derechos los que tienen que amoldarse a las personas y no las personas a los derechos” (p. 7).

Dicho esto, propongo que, para aclarar el panorama respecto del modelo social, se le confronte con su predecesor, el modelo médico o rehabilitador¹³, a partir de cuatro criterios: (i) la posición del modelo respecto de la persona; (ii) la respuesta que ofrecen un modelo y el otro; (iii) en dónde ubican a la discapacidad y, (iv) el enfoque que cada uno imprime en sus teorías:

	Modelo Médico o Rehabilitador	Modelo Social
Posición	Individual	Social/Colectivo
Respuesta	Unilateralmente científica	Científica y social (donde predomina lo social)
Ubicación de la discapacidad	Ubicación intrínseca	Ubicación extrínseca
Enfoque	Asistencialista	De derechos

¹³ Se excluye de este punto de análisis al modelo de prescindencia dado que la doctrina, en su mayoría, lo ha descartado de plano, no pudiendo concebirlo como pertinente ni siquiera en aquellos casos llamados “difíciles” o “extremos”.

Ahora bien, como siempre ocurre en el Derecho (y sobre todo con las nuevas construcciones dogmáticas) el modelo social, pese a que ha sido ampliamente reconocido como un paradigma acorde con la dignidad de la persona humana y el respeto por los Derechos Humanos, ha encontrado ciertas críticas en su modo de tratar la cuestión de la discapacidad también.

Estas críticas las recoge de manera muy completa y concisa el profesor De Asís (2013, pp. 18-27) y las más importantes y trabajadas pueden ser sintetizadas de la manera siguiente:

- 1) Críticas desde un enfoque ajeno al de los derechos:
 - a) El argumento asistencial: este maneja una visión de la discapacidad enfrentada al modelo social y la considera como una anomalía.
 - b) El argumento del temor: este argumento apunta a señalar que, mientras más autonomía se cierre sobre las personas con discapacidad (como producto del modelo social), menos serán los mecanismos de protección que se proyectan sobre éstas. Entonces, considera que el acceso a la “normalidad” de las situaciones en las que estas personas se encuentran es, realmente, un riesgo y una potencial desventaja.
- 2) Críticas desde el interior del discurso de los derechos:
 - a) El argumento de la excepción: señala que la cuestión de la discapacidad es una cuestión excepcional y que, como consecuencia, el discurso de los derechos no puede construirse desde lo excepcional (como propondría el modelo social). Por ende, esta crítica rechaza la construcción de un discurso que parta y se base en la excepcionalidad y no en la universalidad.
 - b) El argumento de la proyección parcial: esta crítica refiere que el modelo social es un enfoque válido para determinados tipos de discapacidad, como la física o sensorial, pero que no sirve para enfrentarse a otras, como la intelectual o mental.

- c) El argumento de la identidad encubierta: este ataca que el modelo social utiliza un estándar de normalidad que puede llegar a ser discriminatorio. Es algo similar a lo que puede ocurrir con un modelo igualitario universal proyectado en la mujer o, por ejemplo también, en los pueblos indígenas, que no tenga en cuenta su especificidad o, si se prefiere, su identidad.
- 3) El argumento de la torre de marfil:

Por último, tenemos este tercer argumento o crítica que, por no encajar dentro de las críticas dirigidas desde el discurso de los derechos ni de las que se encuentran por fuera del mismo, *De Asís* prefiere tratarlo por separado. Esta crítica cuestiona que las consecuencias que se quieren derivar del modelo social son difícilmente trasladables a la práctica. En resumidas cuentas, según este argumento, el modelo social posee ciertamente un valor teórico interesante, pero nos enrostra que una cosa es la teoría y otra es la realidad.

Pues bien, puestos en este escenario, hay que decir, en primer término, que las críticas dirigidas al modelo social desde un enfoque ajeno al discurso de los derechos no soportan un mínimo de análisis. Ello, dado que tanto el argumento asistencial como el argumento del temor parten de una concepción de la discapacidad propia del modelo médico o rehabilitador en un sentido estricto, el cual, como ya se había indicado antes, no ubica a la persona con discapacidad necesariamente como un sujeto de derechos, sino como un objeto de caridad.

Ahora bien, en cuanto a la objeción que presentan los argumentos desde un enfoque del discurso de los derechos, puede afirmarse que, en primer lugar, el argumento de la excepción parte del error de considerar a la discapacidad como una cuestión ajena a la naturaleza humana al llamarla "situación excepcional". Ello es un error en cuanto, como ya se ha enfatizado, la discapacidad, desde el modelo social, es una situación presente en el ser humano, sólo que la notoriedad de ésta dependerá de que tan incapacitante es la sociedad.

En segundo lugar, sobre el argumento referido a la proyección parcial, el propio *De Asís* (2013) lo rebate señalando que éste se equivoca al subrayar que las

situaciones de discriminación o de diferenciación en las que se encuentran las personas con discapacidad se produce por sus rasgos personales y por negar que en estos casos quepa un discurso de derechos (p. 22). En efecto, a fin de cuentas, es claro observar cómo este argumento crítico busca, nuevamente, arraigar la discapacidad en el individuo.

Como tercer punto, respecto al argumento de la identidad encubierta, hay que referir que el modelo social no busca uniformizar criterios de abordaje hacia la multiplicidad de las situaciones de discapacidad. De hecho, el modelo social busca enfatizar la diversidad dentro de la diversidad y, por ello, es consciente que la discapacidad, como las personas, puede presentarse en situaciones que, aunque aparenten ser similares, al analizar el caso concreto son muy distintas.

Por último, sobre el llamado argumento de la torre de marfil, hay que identificar, primero, que su crítica no está en realidad dirigida al modelo social en sí, sino en cómo éste es puesto en práctica. De hecho, la misma crítica de la torre de marfil se puede extender a temas como el Derecho Internacional Humanitario o al Derecho Ambiental que, a pesar de tener un sustrato teórico importantísimo, presentan serias dificultades para concretizarse en los escenarios reales. Entonces, al no ser una crítica particular del modelo social, podría decirse que se trata, en todo caso, de una objeción que hay que mirarla con atención sí, pero sin perder de vista que en realidad la “crítica” encierra un problema que va mucho más allá de lo que representa y es el modelo social. Es, pues, hasta cierto punto un problema del Derecho.

Por último, hay que decir que luego de revisar las críticas que se vierten sobre el modelo social, se puede concluir, con meridiana claridad, que en menor o mayor medida lo que buscan es mostrar la aparente desatención que el modelo social le presta a una situación que es evidente: el funcionamiento llamado “deficiente” en las personas con discapacidad (para hablar en términos del modelo médico) de algún atributo considerado “normal”. Respecto a esto, hay que refutar con Gómez (2016) que el modelo social de la discapacidad no ignora cuestiones sobre deficiencias y/o la importancia de los tratamientos médicos y terapéuticos, sino que pretende una visión holística al reconocer que todas las discapacidades

tienen implicancias tanto psicológicas y fisiológicas como sociales y culturales (42).

Dicho todo esto sobre el modelo social, resulta importante finalizar señalando que este modelo encontró su plasmación real a nivel internacional recién con la CDPD –ratificada por nuestro país mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE– que fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”) el 13 de diciembre de 2006 y que entró en vigencia el 3 de mayo de 2008 luego de ser ratificada por veinte países.

CAPÍTULO IV: EL MODELO SOCIAL, SU RECONOCIMIENTO NORMATIVO Y SU ATERRIZAJE EN EL DERECHO PERUANO

4.1. El modelo social en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la cuestión de la discapacidad ciertamente estuvo ausente durante los primeros años de su creación. Sin embargo, podría más bien hablarse de una preocupación silenciosa que poco a poco fue haciéndose más presente a medida que se iba especializando y fortaleciendo nuestro joven sistema regional de protección de Derechos Humanos.

En nuestro sistema regional tenemos un instrumento internacional específico sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se trata de la CEDPD adoptada en 1999 y vigente desde el 2001, ratificada por nuestro país el 30 de agosto de ese mismo año. En síntesis, se trata de un instrumento que, como su propio nombre lo indica, está dirigido sobre todo a combatir un aspecto central que es la discriminación. Dada su larga data, es comprensible que algunos preceptos contenidos en dicho tratado cobijen cierta concepción médica o rehabilitadora sobre la discapacidad.

Por ejemplo, el modelo médico o rehabilitador se ve reflejado nítidamente en su artículo I, inciso 1, que define la discapacidad como toda “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”.

Como se aprecia, la definición pone singular énfasis en las dificultades que la persona con discapacidad tiene para desenvolverse en la dinámica social y, si bien señala que la discapacidad “puede” ser causada o agravada por el entorno, el hecho anteponer el condicional refleja que ello se trata más bien de una cuestión accesoria que puede existir o no y que no es determinante. Esto contrasta frontalmente con el modelo social en donde la discapacidad es la suma,

necesariamente, de la situación del individuo más el entorno externo que le es hostil.

Teniendo este marco como referencia, en nuestro sistema regional la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH") ha tenido algunas oportunidades (pocas por cierto) para desarrollar el tema de la discapacidad que, a grandes rasgos, demuestran una evolución conceptual y dogmática por parte de este organismo.

En el primer caso sobre una persona con discapacidad que la CIDH tuvo que resolver, que fue "*Víctor Rosario Congo c. Ecuador*" en 1999, dicho organismo sostuvo que "las personas que padecen de discapacidad mental no se encuentran en condiciones de manejar su propia persona y requieren de cuidados, tratamiento y control para su propia protección" (párr. 82) evidenciando, de esta forma, una marcada configuración del modelo médico rehabilitador propio de la época.

Luego, a medida que se avanzaba en la formación del modelo social, la CIDH viraría de manera paulatina su mirada respecto a esta temática. De forma que, ya en el año 2013, por ejemplo, dejaría establecido que los Estados de la región tienen un deber especial de protección respecto de las personas con discapacidad mental e intelectual, debido a la situación de especial vulnerabilidad en la que éstas se encuentran (*Clarence Allen Lackey y otros c. Estados Unidos de América*, párr. 211, y *Edgar Tamayo Arias c. Estados Unidos de América*, párr. 159).

Posteriormente, al resolver una solicitud de Medidas Cautelares en el año 2016, la CIDH se abocaría a razonar, esta vez desde el punto de vista del modelo social, sobre las medidas de apoyo que requieren en ciertos casos las personas con discapacidad mental y física a fin de poder desenvolverse con autonomía en la vida en sociedad (*Asunto Irene respecto de Argentina*, párrs. 22 y 24). Ese mismo año, a través de un informe temático, la CIDH se plegó expresa y totalmente al modelo social de la discapacidad al señalar que la CDPD supone "un cambio de paradigma en relación con el tratamiento de las personas con discapacidad. Con

base a dicho cambio de paradigma, las personas con discapacidad dejan de verse como meros objetos de protección, para ser tratadas como sujetos de derechos y obligaciones” (Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las Américas, párr. 353).

Resumiendo, la trayectoria seguida por la CIDH para incorporar el modelo social en nuestro sistema regional ha sido pausada y teniendo como marco de referencia lo desarrollado en el sistema universal.

No obstante, el análisis del modelo social en el Sistema Interamericano estaría incompleto si es que no se analizara, también, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH” o “Corte Interamericana”). Básicamente, en este punto corresponde plantear una revisión de los únicos cuatro casos en los que la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de acercarse a la discapacidad.

El primero de ellos es el “*Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*” del año 2006, en el cual, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de dicho Estado por la muerte de un hombre con discapacidad mental en una casa de reposo y rehabilitación, cuyas condiciones eran deplorables y en donde, además, se pudo constatar que fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte del personal médico de dicha institución.

Al ser este el primer caso contencioso en donde la Corte Interamericana se abocaría al tema de la discapacidad, resulta obvia la manera en la cual el modelo médico o rehabilitador todavía asomaba por aquellos años, aunque, también hay que decirlo, también se pueden vislumbrar algunas consideraciones interesantes de cara al modelo social.

Así, tenemos que, en primer lugar, la Corte IDH dejó establecido que las personas con discapacidad –dado que se encuentran en una situación de vulnerabilidad– son un grupo sujeto de especial protección por parte del Estado (Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 103). De lo anterior se desprende, específicamente, para los Estados, en primer lugar, la obligación de adoptar las medidas

necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles y, en segundo lugar, adoptar un tratamiento preferencial para las personas con discapacidad mental (Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, párr. 104).

De igual manera, la Corte Interamericana sostuvo que, puesto que estas personas son en muchos casos blancos de discriminación, los Estados deben adelantar todas aquellas medidas que sean necesarias a fin de erradicar de todos los ámbitos la discriminación hacia las personas con discapacidad.

Ahora bien, el punto que tal vez desnude de mejor manera la posición de la Corte IDH sobre la discapacidad, se encuentra en el planteamiento que dicho tribunal hace respecto a la autonomía de las personas con discapacidad mental. Al respecto, el máximo tribunal interamericano sostuvo lo siguiente:

“La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente (...) que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado” (Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, párr. 130).

De este fundamento esgrimido por la Corte IDH básicamente se pueden extraer tres estándares que son de suma relevancia y son los que siguen.

El primero de ellos tiene que ver con la autonomía de las personas con discapacidad, en general, y las personas con discapacidad mental, en particular. Está claro que para el tribunal interamericano la autonomía de este grupo de personas no es absoluta dado que, como lo deja plasmado, en determinados contextos dicha autonomía puede ceder cuando se trate de hacer prevalecer el bienestar y la salvaguarda de su integridad. En buena cuenta, en este caso la Corte IDH relativiza la autonomía de las personas con discapacidad mental.

Como segundo estándar tenemos que para la Corte Interamericana la discapacidad mental no es sinónimo de incapacidad para tomar decisiones, lo cual, desde el punto de vista del modelo social es de muy buen recibo puesto que la presunción de la capacidad es uno de los pilares sobre los cuales se cimenta dicho modelo teórico.

Como tercer y último estándar a tener en consideración, está el hecho de que para la Corte IDH existiría una suerte de escala decreciente en cuanto a los sujetos encargados de prestar el consentimiento en lugar de la persona con discapacidad mental en casos en los que ésta no pueda expresarlo (lo cual de suyo es ya cuestionable). Así, tenemos que, como primera opción se ubica a la familia, luego al representante legal (que para el caso peruano es el curador) y, finalmente, se encuentra la autoridad competente (que, para el contexto del caso específico, puede entenderse como el director o directora del establecimiento de rehabilitación).

Todo lo anterior demuestra que, para el año 2006, el modelo social no había todavía calado de manera absoluta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En este caso todavía se puede corroborar la presencia de ambos modelos (médico rehabilitador y social), siendo lo más destacable la acogida del principio de la presunción de la capacidad de las personas con discapacidad mental, lo cual, servirá de sobremanera para plantear una reforma legislativa sobre la interdicción y la curatela como se verá más adelante.

Seis años después de esta emblemática sentencia la Corte IDH tuvo que resolver el *“Caso Furlan y familiares Vs. Argentina”*. En esta oportunidad, declaró

responsable internacionalmente a dicho país por la falta de atención debida, y posterior denegación de acceso a la justicia, en perjuicio de Sebastián Furlan, un niño que mientras se encontraba jugando en un predio abandonado de propiedad del ejército argentino sufrió un fuerte golpe en la cabeza que le generó, junto a la falta de previsiones estatales adecuadas para eliminar barreras, una discapacidad física y mental.

Como primera anotación hay que señalar que la Corte IDH sostuvo en este caso que tanto la CDPD como la CEDPD son instrumentos internacionales construidos bajo la filosofía del modelo social. Además, dio por primera vez un concepto del modelo social, sosteniendo que desde éste “la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas” (Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, párr. 133).

De esa manera, siguiendo la pauta del modelo social, la Corte Interamericana dejó establecido que, en el caso de las personas con discapacidad, la rehabilitación debía ser coordinada con un equipo multidisciplinario que atienda todos y cada uno los aspectos de la persona como una integridad (Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, párr. 283). Al poner ello de relieve, el máximo tribunal regional adopta una visión desde la cual no es posible entender la discapacidad desde la óptica de un mero reduccionismo médico, sino que, deben atenderse otras cuestiones también importantes en el proceso de “rehabilitación”.

Meses después la Corte IDH pondría en conocimiento el famoso “*Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica*”, en el cual, si bien trató centralmente aspectos relativos a la prohibición del Estado costarricense de aplicar técnicas de reproducción asistida, también hizo un desarrollo interesante sobre lo que se considera como “discapacidad reproductiva”.

Sobre el particular, al referirse a esta clase de discapacidad, sostuvo que si bien la infertilidad era una limitación funcional, ésta se convirtió en una discapacidad como producto de las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional de dicho país, mediante la cual se estableció una prohibición en el acceso a la técnica de reproducción asistida conocida como fecundación *in vitro* (Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (*"Fecundación In Vitro"*) Vs. Costa Rica, párr. 293). De esta manera, resulta clarísimo como en aplicación del modelo social, la Corte IDH recurrió a las limitaciones externas existentes en Costa Rica para sostener la existencia de un grupo de personas con discapacidad reproductiva, no bastándole, para esos efectos, la sola limitación funcional.

Finalmente, es necesario hacer mención al reciente "*Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*" en donde la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado guatemalteco por no haber adoptado los ajustes requeridos en favor de una mujer con discapacidad física y visual que se encontraba recluida cumpliendo una condena penal, lo cual, a la postre, condujo a su muerte luego de sufrir un accidente al caerse de su silla de ruedas como producto de lo inaccesible de los ambientes.

En esta oportunidad, la Corte IDH recordó una vez más que tanto la convención internacional como interamericana dedicadas a la discapacidad están cimentadas sobre el modelo social. Luego, siguiendo la lógica de dicho modelo, expuso que el derecho a la accesibilidad que ostentan las personas con discapacidad, comprende el deber de ajustar un entorno en el que un sujeto con cualquier limitación puede vivir y gozar de la mayor independencia posible, a efectos de que participe plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás (Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala, párr. 214).

De esa manera, una vez más dicho tribunal condujo al terreno práctico los fundamentos del modelo social; ello se plasmó más tajantemente al sostener que el derecho a la accesibilidad, en buena cuenta, se ve garantizado no únicamente cuando a la persona con discapacidad se le premune de herramientas para desenvolverse en la sociedad con libertad, sino que, se garantiza, en primer lugar,

cuando se modifica el entorno para que éste sea el que se adecúe a la persona en cuestión.

Luego de haber analizado el desarrollo sobre los derechos de las personas con discapacidad que se ha realizado en el Sistema Interamericano, bien se puede concluir que en nuestro sistema regional está insertado el modelo social de la discapacidad, lo cual, trae como consecuencia lógica que todos los Estados de la región deban perfilar sus ordenamientos jurídicos hacia esta nueva forma de comprender a la discapacidad.

Obligación de la cual no está exento nuestro país ciertamente, dado que de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cualquier autoridad pública que interprete la Constitución debe hacerlo teniendo en cuenta los preceptos establecidos en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y la interpretación que de éstos hagan los órganos encargados de la supervisión de los mismos a través de su jurisprudencia o decisiones (Bolaños, 2017, p. 207).

4.2. El modelo social en el Perú: una ruta difícil y silenciosa en la Constitución histórica

Reflexionar sobre la presencia del modelo social en nuestro país es un tema que supone un ejercicio considerable de paciencia y comprensión, puesto que no se puede afirmar de manera categórica que el referido modelo se ha impregnado totalmente en el Perú y, menos aún, que la sociedad ha hecho propios y naturales los fundamentos que dicho modelo postula.

En la tarea de desentrañar la presencia del modelo social en el Perú considero que resulta conveniente, en primer lugar, echar una mirada al tratamiento que las constituciones peruanas le han dado al tema de la discapacidad. Por razones de método y fines de estudio, solamente se tomarán en cuenta las doce constituciones que nuestro país ha tenido a lo largo de su historia sin considerar

las constituciones de los Estados Nor y Sud peruanos de la Confederación Perú Boliviana ni los reglamentos y estatutos provisorios.

Desde el punto de vista de quien escribe esta tesis, el tratamiento constitucional sobre la discapacidad en el Perú puede ser dividido en tres periodos: el primero, que abarca las primeras ocho constituciones, es decir desde la de 1823 hasta la de 1867 (todos los textos constitucionales del Siglo XIX); el segundo, en donde se encuentran las constituciones de 1920 y 1933 y, por último, el tercero en dónde hallamos a las dos últimas del Siglo XX, es decir, la de 1979 y la que nos rige actualmente que data de 1993. Cada texto constitucional tiene en mayor o menor medida una forma peculiar de abordar la discapacidad como veremos a continuación.

Para iniciar tenemos la Constitución de 1823 que entró en vigencia el 12 de noviembre de ese mismo año. En ésta se puede observar que el artículo 24.1° disponía que el ejercicio de la ciudadanía se suspendía para aquellos que por ineptitud física (...) no podían obrar libremente. El primer problema que se puede apreciar en esta disposición es el hecho de cómo se asumía que la discapacidad física era una “ineptitud”. Empero, llama la atención el hecho de que no cualquier “ineptitud” física era propicia para suspender la ciudadanía de los individuos, sino que, era necesario que ésta impida al mismo obrar de manera libre e independiente.

Esta suspensión del ejercicio de la ciudadanía tenía serios efectos en la práctica como, por ejemplo, impedirle a la persona en cuestión acceder “a los empleos, cargos o destinos de la República” (según el artículo 22° del mismo texto constitucional). Hay que decir también que, al colocar la causal de “ineptitud física” dentro de los supuestos de suspensión del ejercicio de la ciudadanía y no entre aquellos referidos a la pérdida del derecho a la ciudadanía, se evidencia que la Constitución de 1823 se nutría del modelo médico pues suponía que la discapacidad física es algo que se “curaba” y, como consecuencia, hasta que la persona lograra curarse tendría suspendida su ciudadanía.

Posteriormente el artículo 18° de la Constitución de 1826 establecería una fórmula idéntica para suspender el ejercicio de la ciudadanía para las personas con discapacidad mental, a las cuales se refería como personas en estado de “demencia”.

La nota curiosa de este segundo texto constitucional de nuestra historia es que según el inciso 1 de su artículo 26°, le correspondía al Cuerpo Electoral calificar cuales eran los ciudadanos que se encontraban dentro las causales para la suspensión del ejercicio de sus derechos como tales (entre los que se encontraba el derecho a votar). Así, en buena cuenta, le correspondía a este Cuerpo Electoral verificar si una persona estaba en estado de “demencia”. Por otro lado, el artículo 83°, inciso 15, establecía que era atribución del Presidente de la República el mandar a crear “casas de inválidos”.

Luego tenemos la Constitución de 1828 que, obviamente, no ostentaba una filosofía muy distinta sobre la discapacidad respecto de sus dos predecesoras. De manera que siguiendo la distinción entre pérdida y suspensión en el ejercicio de la ciudadanía, el artículo 6°, inciso 2, establecía que la “demencia” era una causal de suspensión de la calidad de ciudadano.

Cuatro años más tarde se daría lo que fue la Constitución de 1834 la cual, volviendo un poco a la terminología empleada por el texto de 1826, se refería a las personas con discapacidad mental como personas en estado de “demencia”. Siguiendo esa lógica, el inciso 2 de su artículo 2° establecía que el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía se suspendía por “demencia”. La consecuencia inmediata de esta situación era que las personas en estado de “demencia” no podían ser ni senadores ni diputados por virtud de la prohibición establecida en los incisos primeros de los artículos 19° y 30° respectivamente. De igual forma, el artículo 159° señalaba que para ser admitido a los empleos públicos se necesitaba ser “ciudadano” con lo cual, si dicha condición se encontraba suspendida por la causal de “demencia” significaba que dichas personas no podían ser empleadas en el sector público.

En quinto lugar tenemos la Constitución de 1839 cuyo texto, de manera extraña, no trataría el tema de la discapacidad. En efecto, dicho texto constitucional solo contaba con un artículo décimo dedicado a las causales por las que se perdía el derecho de la ciudadanía, más no tenía una disposición que estableciera las causas de suspensión de dicho derecho (como lo hicieron las cuatro primeras constituciones). Sobre este punto, de la revisión de los seis incisos del artículo 10° se puede apreciar cómo se obvió cualquier tema relacionado con la discapacidad como motivo para perder la ciudadanía.

Esto, antes que tratarse de una acción con el propósito de desaparecer a la discapacidad como motivo que conllevara la pérdida o suspensión de la ciudadanía, se trató más bien de un olvido involuntario como lo demuestra el tratamiento que se le dio al tema en las constituciones posteriores.

En efecto, luego podemos ver como la Constitución de 1856 volvería a diferenciar entre las causales de pérdida y de suspensión del derecho a la ciudadanía. De esta manera, el inciso 1 de su artículo 39° señalaba que el ejercicio de la ciudadanía se suspendía por “incapacidad”.

Ciertamente, llama poderosamente la atención el hecho de que se haya cambiado el término comúnmente utilizado hasta entonces que era el de “demencia” para poner en su lugar el de “incapacidad”. Sin embargo, lo cierto es que a nivel práctico parece ser que ello no significó un cambio trascendente puesto que no existía una definición exacta de lo que se debería entender por “incapacidad”.

El séptimo texto, la Constitución de 1860, presentó un cambio que, aunque sutil, supondría un avance para su época. El artículo 40°, inciso 1, de esta constitución establecía que el ejercicio de la ciudadanía se suspendía por “incapacidad conforme a ley”. Como vimos hasta ahora, los primeros seis textos constitucionales se limitaban a señalar que la ciudadanía se suspendía por demencia o incapacidad sin establecer el modo en el cual se determinarían dichas situaciones o quien lo haría (hasta cierto punto podemos exceptuar de esta última crítica al texto constitucional de 1826).

Sin embargo, esta nueva constitución establecería que la incapacidad se determinaría conforme a ley. Es decir, planteaba una reserva de ley para que mediante ésta se regulen los motivos que darían lugar a la llamada “incapacidad”. A pesar de ello, hay que decirlo, el tratamiento dado a la discapacidad continúa siendo pobre pues se sigue percibiendo a la discapacidad como sinónimo de incapacidad.

Este ligero avance tendría un revés en la última carta del Siglo XIX, la Constitución de 1867. En efecto, esta última retomaría la fórmula de las anteriores constituciones y establecería como causal para la suspensión de la ciudadanía la “incapacidad”, sin hacer ninguna remisión a una posible configuración legislativa de la misma como la anterior.

Hasta aquí, lo que tenemos es un tratamiento constitucional muy limitado y sesgado respecto a la discapacidad plasmado por las constituciones del Siglo XIX. De hecho, el único tratamiento que se le daba al tema era respecto al ejercicio de la ciudadanía, lo cual, ciertamente, era el desencadenante para el ejercicio (o no) de todos los demás derechos que se pudieran reconocer a nivel constitucional o legal. Y es que en un contexto en el cual el goce y disfrute de los derechos fundamentales estaba limitado para quienes pudieran ser considerados “ciudadanos”, las personas con discapacidad (sobre todo mental) que no alcanzaban dicho estatus estaban condenadas a ser invisibles en la sociedad.

En los últimos años de vigencia de esta Constitución, específicamente en 1909, se promulgó la Ley N° 1041, *Ley de Invalidez Militar y de Asimilados Incapacitados en el Servicio*. El propósito de esta norma era regular lo concerniente a la discapacidad producida por haber sido parte de las instituciones castrenses.

El corte médico-rehabilitador de la referida ley se hace patente a lo largo de sus disposiciones. Por ejemplo, su artículo 1° señalaba que: “se reputan inválidos, con derecho a la pensión correspondiente, a los militares y asimilados que resulten incapacitados para el servicio (...); en una clara muestra de que si no se era útil para determinada tarea, se era entonces “inválido” (la discapacidad vista como

contraposición de la utilidad del sujeto). Esta idea se reforzaba con el segundo párrafo del mismo artículo que disponía que si la incapacidad cesaba, desaparecía la condición de inválido.

Ahora bien, como se dejó dicho anteriormente, el segundo grupo de constitucionales peruanas que tratan el tema de la discapacidad desde su particular visión son las dos primeras del Siglo XX, es decir, la de 1920 y la de 1933.

La Constitución de 1920 fue la primera en plasmar cierta preocupación por los accidentes laborales que muchas veces convertían a los trabajadores en personas con discapacidad. Sin embargo, su preocupación fue más del tipo resarcitoria que integral. Por ejemplo, el tercer párrafo del artículo 4° de este texto constitucional establecía que la indemnización en casos de accidentes de trabajo era obligatoria para el empleador.

Por otro lado, llama la atención el artículo 55° que disponía, como una obligación del Estado, el cuidar y auxiliar a las “clases necesitadas”. A pesar de no estar plasmado expresamente, se puede inferir que dentro de esas clases llamadas necesitadas se encontraban, en dicho contexto y época, las personas con discapacidad, lo cual pone en evidencia una percepción de inferioridad respecto de este grupo de personas que las hacía pasibles de la lástima y la caridad social.

Esta Constitución también disponía, en su artículo 63° inciso 1, la suspensión del ejercicio de la ciudadanía en casos de “incapacidad conforme a la ley”. Ello significaba que, de conformidad con el artículo 65°, las personas con discapacidad no pudiesen acceder a un empleo en el sector público.

Por último, resulta también curioso el diseño constitucional de la vacancia presidencial previsto en esta Constitución, veamos: el inciso 1 del artículo 115° establecía la posibilidad de vacar al Presidente de la República por “permanente incapacidad física (...) declarada por el Congreso”, idea esta última que era reforzada por el artículo 83° de la misma Constitución. Es decir, en caso de vacancia del Presidente de la República por incapacidad física, era el Congreso el

que tenía el encargo de determinar dicha condición. Un total despropósito que se le haya encargado a una instancia naturalmente política la determinación de una cuestión tan sensible.

Como segunda carta constitucional de este segundo periodo sobre el tratamiento de la discapacidad en el Perú, tenemos a la Constitución de 1933. Ciertamente esta también mostró una preocupación por los accidentes de trabajo y la discapacidad. Sin embargo, tal vez lo que más llame la atención sea la disposición del artículo 50° que señalaba que el Estado tenía a su cargo el cuidar que la salud, obligación mediante la cual debía, entre otras cosas, cuidar “el perfeccionamiento físico” de la población. Esto deja, sin duda alguna, un sinsabor, pues, desnuda una visión que podría ser definida como “ultra-rehabilitadora” en el sentido que se proponía que el Estado se convirtiera en el gendarme del modelo de ser humano perfecto (un humano sin discapacidad física).

Por el mismo rumbo encontramos un artículo 85° cuyo inciso 1 establecía que el ejercicio de la ciudadanía se suspendía por incapacidad física o mental. De esa manera, siguiendo el tenor de sus predecesoras, esta Constitución también preveía la posibilidad de suspender la ciudadanía por motivos de discapacidad, con la única salvedad de que en este caso, se especificaban los tipos de discapacidad: física o mental. Por último, tenemos el artículo 78° en el cual, por primera vez, se trataba el tema de la educación como derecho de los niños y niñas con discapacidad. No obstante, el tratamiento peyorativo, al referirse a ellos como “niños retardados o anormales” opacó toda buena intención de los entonces constituyentes.

Finalmente, podría decirse que la tercera etapa (cuyo inicio hemos ubicado a partir de la Constitución de 1979), tuvo como antesala inmediata la promulgación, en 1974, del Decreto Ley N° 20788, *Ley del Servicio Militar Obligatorio* (que estuvo vigente hasta 1983). El artículo 29° literal a) de esta norma establecía que se encontraban exceptuados del servicio militar (ya sea activo o en calidad de reserva) los que adolecían de “defecto físico o mental de carácter permanente” (...) que les impidiera llevar armas o desempeñar cualquier otra actividad en la Defensa Nacional.

Las críticas a una disposición de esta naturaleza son muchas y obvias; en primer lugar, da a entender que la discapacidad se “adolece” y, en segundo lugar sugiere que la discapacidad, ya sea física o mental, es un “defecto”. Pero quizás lo más relevante de esta norma sea el hecho de que consideraba inútiles a las personas con discapacidad para cualquier actividad dentro de las Fuerzas Armadas, es decir, en ningún área ni espacio podía desempeñar una labor de defensa de la patria una persona con discapacidad física o mental en aquel entonces.

Ahora bien, entrando al tercer periodo del tratamiento constitucional de la discapacidad en el Perú tenemos, como ya se indicó previamente, a la Constitución de 1979.

En primer lugar se debe centrar la atención en la disposición contenida el inciso 2 del artículo 2° que establecía el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación. La redacción de esta disposición nos enunciaba una lista cerrada de los motivos prohibidos de discriminación entre los que se encontraban el sexo, la raza, la religión, la opinión y el idioma. Así, al no contener una cláusula *numerus apertus* (como si lo hace, por ejemplo, la actual Constitución) dejaba por fuera la protección constitucional de la igualdad respecto de las personas con discapacidad.

En los sucesivos artículos que de alguna manera abordan el tema de la discapacidad, encontramos que esta penúltima Constitución normalizaba términos como “invalidez” o “persona incapacitada” para referirse a este grupo de personas.

Especial interés merece igualmente el artículo 19° que proponía un régimen legal de protección para la “persona incapacitada para velar por si misma a causa de una deficiencia física o mental”. El objeto de dicho régimen, como lo enuncia la misma disposición, era conseguir la “readaptación” de estas personas. De esta manera, la Constitución 1979 tuvo como fundamentos los principios propios del modelo médico al consagrar que la única posibilidad de “atender” a las personas con discapacidad era a través de conseguir rehabilitarlas, es decir, volverlas hábiles de nuevo para los requerimientos “normales” de la sociedad.

Por otra parte, siguiendo la pauta de las anteriores constituciones, ésta establecía en su artículo 66° un régimen de suspensión del ejercicio de la ciudadanía por resolución judicial de interdicción. Con esta disposición, hacía falta que un juez declare mediante una sentencia que una persona con discapacidad estaba sujeta a curatela, para recién poder aplicar la suspensión de sus derechos como ciudadano o ciudadana.

Visto esto no se puede afirmar con total certeza que la Constitución de 1979 haya sido la más adecuada en cuanto al abordaje de los derechos de las personas con discapacidad. De hecho, en base a esta Constitución se expidieron ciertas leyes que desnudaron aún más la filosofía médica o rehabilitadora de la que fue tributaria.

Por ejemplo, solo por citar algunas leyes relevantes de aquel entonces, en 1982 se promulgó la Ley N° 23384, *Ley General de Educación* (que estuvo vigente hasta el 2003). El artículo 68° de esta ley establecía un régimen de educación especial para aquellas personas que “por sus características excepcionales” requerían de atención diferenciada, dentro de las cuales se encontraban aquellas que adolecían de “deficiencias mentales y orgánicas”. Como puede evidenciarse, la educación considerada especial estaba destinada a las personas con discapacidad (aunque ciertamente no se les denominada así) en mérito a sus características intrínsecas, sin considerar los factores externos que pudieran ser relevantes para conseguir el objetivo de educar a las personas con discapacidad.

Por otra parte, también llamaba la atención el Decreto Legislativo N° 264, *Ley del Servicio Militar Obligatorio* (que estuvo vigente hasta 1999) que, al igual que el Decreto Ley N° 20788 al cual se hizo referencia anteriormente, establecía un régimen de exclusión de toda labor armada para las personas con discapacidad a las que, por cierto, denominaba personas que adolecían de “defectos físicos o mentales”. Igualmente, estuvo vigente desde 1985 a 1990 el Decreto Supremo N° 24029 (Reglamento de la Ley del Profesorado) cuyo artículo 172° señalaba como una causal que daba por concluido el ejercicio de la docencia “la incapacidad física o mental debidamente comprobada”.

En este escenario es importante anotar que, al menos en el ámbito de la educación superior, comenzaron a verse ciertos cambios (aunque, valga decirlo, no se pudieron plasmar fehacientemente en la realidad). Así, tenemos que en 1987 se promulgó la Ley N° 23733, *Ley Universitaria* (que estuvo vigente hasta el 9 de julio de 2014), cuyo artículo 21° disponía que los ajustes razonables eran un derecho en favor de las personas con discapacidad en el marco de los procedimientos de admisión y durante la permanencia de las mismas a lo largo de su carrera universitaria. De igual forma, el artículo 56° de esta norma establecía una cuota del 5% de vacantes ofrecidas para el ingreso a las universidades. Estos aspectos están también regulados en la Nueva Ley Universitaria con mayor detalle y especificidad.

Sin embargo, estos chispazos aislados de normativa adecuada (y con cierto enfoque de derechos) se vieron opacados por la gran cantidad de legislación que regulaba los derechos de las personas con discapacidad desde la óptica del modelo médico. Muestra de ello es también la Ley N° 24759 de 1987 que declaró de interés social la protección, atención y readaptación laboral del impedido –que, por cierto, materialmente no ha sido derogada–.

En su artículo 1° esta norma señalaba como una prioridad el “readaptar” laboralmente al “impedido” que, según su artículo 2° era todo aquel “minusválido” o persona que tenía “limitaciones en sus facultades físicas o mentales para desarrollarse a plena capacidad en actividades económicas”. Como se hace evidente, el objeto de la norma era readaptar a la persona con discapacidad, a la que además consideraba como limitada o de menos valor en relación con su capacidad para desenvolverse en el mercado.

Como eslabón final (podría decirse) del tratamiento que el constitucionalismo peruano le ha dado a la discapacidad a lo largo de su historia, tenemos a la vigente Constitución de 1993. Pues bien, lo primero que hay que decir es que a diferencia de la anterior constitución, el inciso 2 del artículo 2° de ésta establece una clausula *numerus apertus* para los motivos prohibidos de discriminación al incorporar la frase: “(...) o de cualquier otra índole”. Por lo cual, es posible, como de hecho lo ha plasmado el propio Tribunal Constitucional peruano y se verá más

adelante, incluir a la discapacidad dentro de ese término a fin de hacerlo un motivo prohibido de discriminación.

Otra disposición relevante es el artículo 7° que establece que: “(...) la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. Ciertamente es una redacción idéntica a la del artículo 19° de la Constitución de 1979 y, por ende, tiene arraigada la filosofía del modelo médico. De hecho, esta norma es el sustento constitucional para continuar con la existencia de instituciones como la interdicción o la curatela para personas con discapacidad que nos había dejado ya el Código Civil de 1984.

También tenemos el artículo 16° cuyo tercer párrafo diseña como un deber estatal el asegurar que nadie sea impedido de recibir educación adecuada por razón de sus “limitaciones mentales o físicas” (véase lo peyorativo de los términos empleados). Esta disposición ha servido para sostener históricamente la existencia de “escuelas especiales” que, en la práctica, lo que hacen es excluir antes que incluir a los niños y niñas con discapacidad puesto que los aparta de lo que la comunidad entiende como “colegios o escuelas normales”.

Ahora, en cuanto a los derechos laborales de las personas con discapacidad, tenemos que el artículo 23° de la Constitución establece que el Estado protege especialmente al “impedido” que trabaja. Ciertamente esta disposición marca la pauta para hablar de una protección reforzada en el trabajo respecto de las personas con discapacidad, sin embargo, no deja de ser reprochable que se haga referencia a este grupo de personas como “impedidos”. Finalmente, tenemos el inciso 1 del artículo 33° que suspende el ejercicio de la ciudadanía por “resolución judicial de interdicción”, en una copia de lo que fue el artículo 66° de la Constitución de 1979 que se vio anteriormente.

De lo aquí anotado se puede concluir que la vigente Constitución de 1993 no es un texto constitucional que haya plasmado de manera holística el modelo social de la discapacidad. En efecto, sus disposiciones no nos arrojan una certeza de ser completamente compatibles con los estándares actuales en la materia, lo cual,

redunda en un efecto domino que perjudica a toda la producción legislativa sobre los derechos de las personas con discapacidad.

4.3. El Tribunal Constitucional del Perú y la incorporación del modelo social de la discapacidad a través de su desarrollo jurisprudencial

Sin perjuicio de la primera apreciación hecha desde las constituciones que el Perú ha tenido a través de su historia, para quien escribe esta tesis resulta importante destacar que es imperioso recurrir al desarrollo jurisprudencial que ha realizado a lo largo de su historia el Tribunal Constitucional del Perú a efectos de comprender cómo dicho tribunal ha logrado “mover” nuestro texto constitucional hacía los principios que recoge el modelo social de la discapacidad. Para esto, es importante, como se hará a continuación, estudiar los fallos del máximo intérprete de la Constitución que versan sobre la materia.

En primer orden tenemos el panorama que se presentaba a finales de la década de los noventa. En este periodo básicamente fueron dos los casos en los que de alguna manera el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de esgrimir ciertas consideraciones sobre la discapacidad (recordemos que aquella época aún estaba marcada por el modelo médico o rehabilitador).

El primero de esos casos se presentó en 1999, “*Caso Edgardo Anco Dávila*”. Materialmente no se trató en realidad de un caso sobre una persona con discapacidad, sino más bien, de una persona que, alegando una supuesta situación de discapacidad física, buscaba mediante un amparo no ser considerado en el proceso de racionalización de personal del entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), es decir, sostenía que por ser una persona con discapacidad física, debía conservar su puesto de trabajo.¹⁴

Evidentemente el Tribunal Constitucional pudo evidenciar que el demandante no tenía discapacidad alguna, por lo que declaró infundada la demanda en este extremo, no obstante, sí pudo comprobar que al recurrente se le había cesado

¹⁴ Vale aclarar que se hace mención a este caso para evidenciar el momento inicial de la jurisprudencia constitucional en donde se hizo alusión a la discapacidad.

pese a que el proceso legal de racionalización del IPSS había concluido, de conformidad con el Decreto Ley N° 25636. En ese sentido, se determinó que hubo una vulneración del debido procedimiento y el derecho al trabajo por lo que se ordenó su reposición (Exp. N° 671-98-AA/TC).

Luego tenemos el “*Caso César Zevallos Eyzaguirre*”, en el cual, se tuvo que dilucidar una controversia surgida a raíz del despido aparentemente arbitrario de una persona con discapacidad. Al resolver este caso, el Tribunal Constitucional tuvo que precisar (recordando lo prescrito por el artículo 7° del texto constitucional) que en el Perú “la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho a un régimen legal de protección”.

De esa manera, partiendo de un enunciado ciertamente peyorativo para hacer referencia a las personas con discapacidad, el máximo intérprete sostuvo, para declarar fundada la demanda de amparo, que las personas con discapacidad tienen una protección constitucional reforzada frente al despido y, en consecuencia, separarlos de sus puestos de trabajo por causas ajenas a su desempeño, constituía una forma de discriminación (Exp. N° 324-99-AA/TC, fundamento 8).

Hasta este punto lo que se puede observar es una cierta preocupación constitucional que se centra en potenciar las debilidades de las personas con discapacidad, prueba de ello es, hasta cierto punto, el hecho de poner de relieve esta suerte de protección “absoluta” frente al despido (lo que relativamente es positivo pero debe ser reafirmado desde la lógica de la igualdad fáctica de este grupo de personas y no desde el acento en sus diferencias).

El nuevo milenio traería consigo también avances importantes sobre la interpretación constitucional de la discapacidad para nuestro país. Así, en el año 2004 nuestro Tribunal resolvió, por primera vez, una controversia que involucraba cuestiones sobre discapacidad pero que, curiosamente, no se trataba de una persona con discapacidad directamente afectada; se trata del “*Caso Salvador Fernández Servat*”. En este caso, el demandante alegaba que, como producto de

una denuncia penal en su contra por el supuesto delito contra la libertad (secuestro), se le estaba impidiendo ejercer su derecho a la protección familiar, poniéndose en peligro el cuidado que debía prestarle a su tía, quien era una persona con discapacidad física.

Pues bien, para el Tribunal era evidente que existe, desde la Constitución, el deber de “amparar a las personas incapaces de valerse por sí mismas, especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (...) por lo que el respeto y la dignidad de la persona discapacitada, así como su autonomía e igualdad de oportunidades deben quedar garantizados” (Exp. N° 1624-2002-AA/TC, fundamento 5). Llama aquí evidentemente la atención la terminología empleada, además del hecho que el Tribunal ponga en consideración que la autonomía de estas personas debe estar garantizada.

Luego de dejar dicho esto, el Tribunal declaró fundada la demanda por considerar que se había probado que, como producto de la denuncia contra el demandante, se estaba amenazando el derecho a la protección del “discapacitado” consagrado en el artículo 7° de la Constitución. Es decir, el Tribunal declaró, por primera vez, una vulneración al artículo 7° de nuestro texto supremo desde la perspectiva de una persona sin discapacidad, tratando dicho derecho, curiosamente, como un derecho subjetivo del demandante. Podría desprenderse de esta argumentación que para el Tribunal existiría un derecho a proteger a la persona con discapacidad.

Todavía en esta fase el Tribunal conserva una idea médica o rehabilitadora en virtud de la cual la persona con discapacidad es un sujeto débil que lo único que merece es protección, ya sea que ésta venga del propio Estado o de la familia. Lógicamente que es loable que el Tribunal intentase poner el acento en el respeto de la autonomía de la persona con discapacidad en este caso, no obstante, lo que resulta contradictorio es como en nombre de dicha autonomía, le deja implícitamente dicho a este grupo poblacional que su derecho se reduce a que un tercero sea quien se encargue de su protección y cuidado, relevando de esa manera a un segundo plano la proclamada autonomía.

Tres años después, el Tribunal tuvo que dilucidar una controversia surgida a raíz del despido de una persona con discapacidad que se desempeñaba como minero, que alegaba haber sido despedido como producto de haber quedado en situación de discapacidad mientras ejercía sus labores. Se trata del “*Caso Mauro Serrano García*”.

En este caso, el Tribunal comprobó que la causa del despido del demandante no se encontraba relacionada directamente con el detrimento de su capacidad laboral sino que, tuvo como único fundamento su condición de persona con discapacidad puesto que, para sustentar el cese de sus labores, la minera se había basado solamente en los dictámenes médicos que hacían referencia a su incapacidad –como producto de una enfermedad profesional– para desempeñar el cargo que venía ocupando.

En consecuencia, para el Tribunal esto significó un supuesto de discriminación por razón de discapacidad durante la relación laboral. Por ello, al declarar fundada la demanda, ordenó que la minera reponga en un puesto de trabajo de igual nivel o categoría pero que demande un menor esfuerzo físico para el trabajador –si es que la empresa demandada consideraba que el demandante no se encontraba en condiciones de seguir desempeñando el puesto que ocupada– con la finalidad de preservar su estado de salud y su dignidad como trabajador (Exp. N° 10422-2006-PA/TC, fundamento 10).

Durante ese mismo año el Tribunal Constitucional tuvo que resolver lo que tal vez fue la demanda más importante relativa a temas de discapacidad en el 2007. Se trata del “*Caso R.J.S.A. Vda. de R.*”.

En esta oportunidad, el máximo tribunal se encontró frente al dilema de una mujer que demandó a EsSalud porque su hija (una persona con discapacidad mental-esquizofrenia paranoide) había sido dada de alta de un centro de rehabilitación. El argumento de la madre era que dicha decisión estaba mal tomada debido a que, junto con la ficha de notificación del alta, le indicaron una serie de requerimientos que debía llevar a cabo para continuar con el tratamiento, lo cual, según aducía,

era imposible de sostener para ella en su condición de adulta mayor sola y sin servicios básicos como la electricidad o el agua en su vivienda.

El caso se presentó como particularmente trágico porque proponía un escenario en el que una madre demandaba al sistema público de salud a fin de conseguir que su hija sea internada en un centro de rehabilitación pues, además de alegar que no tenía los recursos materiales ni económicos para sostenerla, señalaba que se trataba de una “persona peligrosa”.

Pues bien, la primera crítica que hay que apuntar recae sobre el hecho de que el Tribunal decidió requerir tan solo la participación de especialistas en la Medicina en calidad de *amicus curiae*, lo cual, demuestra a primera vista una acentuada idea médica de la discapacidad en el Tribunal todavía en esta época. Otro punto que resulta importante viene dado por lo señalado en el fundamento 34 que refiere:

“Desde una perspectiva panorámica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de salud mental, se advierte que los principios que lo inspiran están destinados al logro de la rehabilitación (...)” (Exp. N° 3081-2007-PA/TC, fundamento 34).

Como es de verse, el Tribunal entiende que, incluso desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que se busca es la rehabilitación de la discapacidad. Aunque claro, el reproche a este parecer del Tribunal no es del todo absoluto si se toma en consideración que a la fecha de expedición de esta sentencia aún no existía la CDPD (por lo cual, al menos formalmente, no estaba plasmado en el plano internacional el modelo social).

Luego de esta apreciación, el Tribunal dejaría entrever que las personas con discapacidad mental son un grupo en situación de vulnerabilidad sujeto a una especial protección constitucional (Exp. N° 3081-2007-PA/TC, fundamento 35) aunque, como veremos, esta aseveración sería posteriormente adoptada por el Tribunal sin titubeos.

Ahora bien, para resolver la controversia específica, el Tribunal tuvo que mostrar argumentos respecto al modelo intramural en el tratamiento de las personas con discapacidad mental, es decir, abordó aquella perspectiva médica que lo que pretende es que dicho tipo de discapacidad sea tratada desde los centros de rehabilitación (manicomios, casas de guarda o reposo, etc.).

Al respecto, el Tribunal aceptó que el modelo intramural era obsoleto y que no respondía a los estándares de protección vigentes de los derechos fundamentales (Exp. N° 3081-2007-PA/TC, página 23). No obstante ello, señaló que la implementación de un modelo extramural solo era posible “(...) en Estados que han alcanzado un cierto grado de desarrollo y concientización de los Derechos Humanos.” Dicho esto, optó por declarar fundada la demanda señalando que era menester que las autoridades del centro hospitalario donde se encontraba la hija de la demandante brindaran “de por vida” las atenciones médicas necesarias para que no haya retrocesos en el nivel de desarrollo de su enfermedad (Exp. N° 3081-2007-PA/TC, fundamento 65).

En buena cuenta, el Tribunal optó por la salida simplista (y propia del modelo médico rehabilitador) de condenar a la hija de la demandante “de por vida” a permanecer en dicho centro de rehabilitación. Para quien escribe esta tesis se trata, en puridad, de una condena a cadena perpetua impuesta por el entonces Tribunal Constitucional a una persona con discapacidad mental.

Casi paralelamente el Tribunal conocería el “*Caso Miguel Palomino Angulo*” que trató, en buena cuenta, sobre una persona con discapacidad física que fue impedida de continuar desempeñándose como asistente administrativo en el Ministerio de Relaciones Exteriores como producto de la aplicación del Decreto de Urgencia N° 020-2006 en virtud del cual se instauró una política de austeridad en el gasto público por aquellos años.

El Tribunal, al enfrentarse a este escenario –en el que se encontraba por un lado con una política estatal dirigida a constreñir el gasto público y, por otro, con la situación particular de una persona con discapacidad–, dejó entrever que el demandante, en su calidad persona con discapacidad, ostentaba una protección

especial contra el despido de acuerdo a lo establecido en los artículos 7° y 23° de la Constitución (Exp. N° 5218-2007-PA/TC, fundamento 11). Consecuentemente, declaró fundada la demanda y ordenó la reposición del demandante aduciendo que, “si bien la entidad demandada debía ejecutar la política de austeridad, debió haberlo hecho con respeto de los derechos fundamentales del recurrente, lo cual implicaba, de acuerdo al principio de razonabilidad, específicamente al subprincipio de necesidad, aplicar la disolución del vínculo laboral únicamente si es que no existían medidas menos gravosas para lograr tal fin” (Exp. N° 5218-2007-PA/TC, fundamento 12).

Hasta este punto lo que se puede apreciar son idas y venidas por parte del máximo intérprete de nuestra Constitución en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Empero no logra consolidarse todavía hasta este punto una interpretación que tenga como punto de partida el modelo social completamente.

Ese mismo año 2008 el Tribunal publicó el mediático y polémico “*Caso Felipe Tudela y Barrera*”. Al resolver este caso –cuyo núcleo problemático surgió a raíz de una disputa familiar que puso de por medio algunos cuestionamientos a las capacidades mentales del Señor Tudela por parte de sus hijos–, el Tribunal rechazó, en primer término, el argumento de la parte emplazada según el cual la capacidad mental se debía presumir en tanto no se le declare judicialmente interdicto al Señor Tudela. El motivo por el que el Tribunal no tomó en consideración dicho argumento fue porque consideró que, al tratarse de un proceso constitucional de *habeas corpus*, no era esta la vía para discutir acerca de las capacidades mentales de una persona (Exp. N° 1317-2008-PHC/TC, fundamento 34).

Si bien pareciera ser correcto el razonamiento esgrimido por el Tribunal, es preciso señalar que la llamada presunción de capacidad de las personas con discapacidad mental (como se verá más adelante) es un principio que viene dado desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que no se trata tan solo de una cuestión del Derecho Civil y, que por ende, se quede reservada para el ámbito legal ordinario. En consecuencia, es irrelevante si se está ante un

proceso ordinario o constitucional; la presunción de la capacidad de las personas con discapacidad sigue estando presente en todos los escenarios. Se equivocó el Tribunal, pues, al pretender reservar dicha presunción solo para el ámbito del Derecho Civil.

De esa forma, al no partir de la premisa de la presunción de la capacidad, llevó al Tribunal a considerar que Graciela De Losada estaba privando arbitrariamente del derecho a la libertad al Señor Tudela y, en consecuencia, declaró fundada la demanda, ordenando que los hijos de éste puedan ingresar libremente al domicilio de su padre o a cualquier otro lugar donde resida o se encuentre a fin de poder interactuar con él sin la necesidad de que estén presentes terceros (Exp. N° 1317-2008-PHC/TC, fundamento 47). En este punto hay que precisar que durante toda la sentencia se puede leer como el Tribunal recoge los pareceres del Señor Tudela respecto a que no quería ver a sus hijos pero el Tribunal se esforzó por tratarlo como un incapaz pese a no existir mandato judicial alguno que así lo declare.¹⁵

Luego de ello el Tribunal publicaría el “*Caso Salome Rosas Mendoza*” en el cual, a propósito de una persona que pretendía acceder a una pensión de invalidez por incapacidad permanente acreditando una discapacidad física con un informe médico que consignaba un diagnóstico de artrosis en la muñeca derecha, el máximo intérprete sostuvo que no era congruente que el daño diagnosticado (artrosis en mano derecha) produjera un estado de discapacidad y dependencia de otra persona de manera permanente (Exp. N° 01582-2007-PA/TC, fundamento 3). Es decir, el Tribunal entendió que no toda situación de discapacidad genera, necesariamente, una situación de dependencia, convirtiéndose así este caso en una isla jurisprudencial respecto a lo que éste venía desarrollando hasta entonces.

Más tarde el Tribunal volvería, reiterando su jurisprudencia, a reponer a una trabajadora con discapacidad que había sido despedida de manera arbitraria por

¹⁵ Sobre este punto resulta importante resaltar el Fundamento de Voto del entonces Magistrado Gerardo Eto Cruz en el cual recoge la idea según la cual lo que correspondía en este caso era presumir la capacidad del Señor Tudela en tanto no existía sentencia de interdicción alguna que le nombrase un curador.

motivo de su condición de vulnerabilidad a través del “*Caso Melva Vicuña Rivera*” (Exp. N° 4184-2007-PA/TC, fundamento 11).

Luego, ya en el año 2009, el Tribunal se enfrentaría a un caso muy similar al de R.J.S.A Vda. de R resuelto en el 2007. Esta vez se trató del “*Caso Ramón Medina Villafuerte*”. Aquí, los hechos (que además sirven muy bien para ejemplificar como los curadores pueden actuar en contra de los intereses de las personas a su cargo) versaron sobre una ciudadana que buscaba que se deje sin efecto el informe médico psiquiátrico practicado a su hijo (una persona con discapacidad mental) en el cual se ordenaba darlo de alta del Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1-Huarica-Pasco¹⁶. Según la demandante, quien además había sido declara curadora judicialmente, su hijo llevaba internado doce años en dicho centro y, además, recalcó que no podía hacerse cargo de él debido a su condición de adulta mayor con discapacidad auditiva en condiciones precarias.

Lo primero que hay que anotar de este fallo es lo señalado por el Tribunal respecto a que las personas con discapacidad mental son sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta “por su condición psíquica y emocional” (Exp. N° 02480-2008-PA/TC, fundamento 13). Ciertamente es positivo que, por primera vez, el Tribunal haya manifestado que específicamente las personas con discapacidad mental¹⁷ son sujetos de especial protección; lo cuestionable, en todo caso, es el hecho de hacer recaer dicha protección especial en la condición psíquica y emocional de estas personas, cuando lo adecuado era que se sustente dicha protección especial en la historia de marginación y exclusión por parte de la sociedad que ha enfrentado dicho grupo.

En otro punto de la sentencia, el Tribunal entiende que, en primer lugar, está la familia como la llamada a velar por la persona con discapacidad y, solo de

¹⁶ En este punto es importante señalar que EsSalud no pretendía dejar sin tratamiento al hijo de la demandante, sino que, proponía un tratamiento ambulatorio.

¹⁷ El Tribunal, recordemos, había señalado que en general las personas con discapacidad era un grupo sujeto de especial protección.

manera subsidiaria, se prevé la participación del Estado en el cumplimiento de dicho rol (Exp. N° 02480-2008-PA/TC, fundamento 19).

Así, bajo dicho razonamiento, el Tribunal entendió que al no poder hacerse cargo la demandante de los cuidados que requería su hijo (que había sido dado de alta), correspondía disponer su internamiento permanente. Básicamente, el Tribunal llegó a dichas conclusiones por el siguiente razonamiento:

“[E]ste Tribunal estima que las recomendaciones contenidas en el informe cuestionado no resultan las más adecuadas para el tratamiento del favorecido, pues la enfermedad psiquiátrica que padece, aunque puede variar en cuanto a su severidad en corto tiempo, imperativamente requiere de un seguimiento permanente para un manejo tanto farmacológico como no farmacológico, que debe realizarse en una institución especializada (...)” (Exp. N° 02480-2008-PA/TC, fundamento 23).

Por lo tanto, optó por declarar fundada la demanda condenando, nuevamente, a una persona con discapacidad mental a vivir para siempre en una institución de rehabilitación.

Se observa claramente aquí la manera en que el Tribunal acepta, de nuevo, que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe la obligación de no mantener indefinidamente a las personas con discapacidad mental en las instituciones de rehabilitación, pero a pesar de ello, se ampara en las circunstancias económicas y personales de la madre demandante y de toda su familia a fin de decidir por el internamiento del hijo con discapacidad mental (Exp. N° 02480-2008-PA/TC, fundamento 26). Se puede inferir entonces que para el Tribunal las personas con discapacidad mental provenientes de familias con escasos recursos estaban condenadas al encierro.

En lo particular considero que en este caso el Tribunal interpretó de manera errada la participación subsidiaria del Estado en la protección de la persona con discapacidad. Digo esto porque dicha participación no significa que, si es que la familia carece de los medios adecuados para velar por la persona con

discapacidad, el Estado “participe” confinando a ésta a una reclusión perpetua en un centro de rehabilitación, sino que, su intervención debe ser más bien prestando el auxilio necesario a la familia para que ésta pueda cuidar de la persona sea cual fuere el tipo de discapacidad. Ello, a mi modo de ver, sería una solución más cercana a lo que pregona el modelo social.

Hasta aquí hemos visto la actuación del Tribunal Constitucional sobre la discapacidad en el marco de los procesos de amparo y *habeas corpus*, no obstante, ahora es necesario observar como a través del proceso de cumplimiento recaído en el “*Caso Carlos Guerrero Quiroz*” el Tribunal pudo también dilucidar algunas cuestiones sobre este tema.

Básicamente los hechos de dicho caso se circunscribieron al escenario en que una persona con discapacidad física exigía a una municipalidad que la contratase en mérito a lo dispuesto por el artículo 331° de la anterior Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 27050, que disponía que toda entidad estatal estaba obligada a contratar personal con discapacidad en una proporción no menor al 3% del total de sus empleados.

Como era de esperarse, el Tribunal declaró improcedente la demanda puesto que el demandante sostenía un posible: que lo contratasen sin ni siquiera haber participado de algún concurso público en la entidad que demandaba. En ese sentido, el Tribunal entendió que el mandato contenido en la aludida ley no estaba dirigido específicamente a que el demandante accediera a un puesto de trabajo, sino que más bien garantizaba que las entidades públicas reserven la cuota de empleo para personas con discapacidad en el marco de sus respectivos concursos públicos.

No obstante lo absurdo del planteamiento demandado, este caso sirvió al Tribunal para hacer una precisión que no es menos importante. Pues resulta que, como parte de sus argumentos de defensa, la municipalidad demandada sostenía que la obligación de la aludida ley no alcanzaba al demandante en tanto que éste era una persona con discapacidad adquirida y no con discapacidad “natural”

(entiéndase de nacimiento). Pues bien, al respecto el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“(…) [L]a discapacidad puede ser tanto natural como sobrevenida y en ningún caso es posible discriminar en relación al modo en el que se produjo la discapacidad, de tal suerte que resultan fuera de lugar los argumentos de la Municipalidad que pretenden descalificar al demandante señalando que la discapacidad de éste se habría producido como resultado de su propia negligencia” (Exp. N° 01234-2008-PC/TC, fundamento 7).

Entonces, lo resaltante de este fallo es que el Tribunal dejó establecido que no resulta posible discriminar por el tipo de discapacidad, sea cual fuere ésta e independientemente de los motivos que la produjeron.

Aproximadamente dos meses después de este curioso caso el Tribunal Constitucional publicó el “*Caso Luz Bustamante Candiotti*” que trató sobre una demanda de *habeas corpus* interpuesta por José Bustamante, en su calidad de curador, a favor de su hermana Luz (una persona con discapacidad mental), con la finalidad de que cese la afectación de su derecho a la libertad personal. Señaló, para sustentar su demanda, que su tía y su prima habían ingresado en una casa de reposo a su hermana sin requerir su autorización en calidad de curador. De igual modo, señalaba que cuando fue a la casa de reposo a intentar retirar a su hermana, la directora de la misma no se lo permitió.

Durante los distintos momentos en los que se desarrolló este proceso, Luz señaló reiteradamente que no quería estar más en la referida casa de reposo y que prefería vivir en la casa de su prima. Lo curioso del caso fue que se pudo comprobar que el demandante en realidad sí había prestado su consentimiento como curador para el internamiento de su hermana, lo cual luego intentaba desconocer alegando una supuesta coacción por parte de su tía y su prima para llevar a cabo dicha acción.

En primer lugar, es importante señalar que el Tribunal nos recordó, una vez más, que las personas con discapacidad mental son sujetos de especial protección.

Asimismo, precisó que el hecho de que el Estado les reconozca dicha protección no significaba “inferir de ningún modo que las personas con discapacidad mental adolezcan de voluntad o que su voluntad no tenga valor alguno” (Exp. N° 2313-2009-PHC/TC, fundamento 4). Esta salvedad es importantísima puesto que nos pone de relieve que en nuestro ordenamiento jurídico, según lo plasmado por el propio Tribunal Constitucional, existe la presunción de la capacidad; tema que será tratado en extenso en el subcapítulo pertinente.

En segundo término, es importante mencionar que el Tribunal esgrimió varias consideraciones sumamente importantes en torno a la cuestión de la capacidad de las personas con discapacidad mental en esta sentencia, sin embargo, para los propósitos de este subcapítulo importa saber que el Tribunal declaró fundada la demanda por la vulneración del derecho a la libertad personal en perjuicio de Luz Bustamante, pues consideró que la decisión de su internamiento se había llevado a cabo sin seguirse los procedimientos legales establecidos y, más específicamente, sin contar con la autorización judicial que se requiere para estos casos según el artículo 578° del Código Civil. En consecuencia, y en vista a lo expresado también por la beneficiaria, ordenó que se conformara un consejo de familia a fin de determinar el mejor futuro para Luz Bustamante (Exp. N° 2313-2009-PHC/TC, fundamento 17).

A modo de reflexión, se puede concluir que este fallo fue el que más se acercó al modelo social hasta ese entonces. En efecto, los planteamientos en torno a la presunción de la capacidad de las personas con discapacidad mental suponen un paso enorme en el avance hacia la conquista de los derechos de este grupo de personas.

Ya en el año 2010 tenemos el “Caso Pedro Marroquín Soto” en el que el Tribunal resolvió una demanda de *habeas corpus* presentada por un padre que buscaba que su hijo sea trasladado de una prisión a un hospital psiquiátrico, dado que había sido declarado judicialmente inimputable por ser una persona con

discapacidad mental (esquizofrenia paranoide) en el marco del proceso que se le siguió por homicidio calificado.¹⁸

Este caso es importante porque el Tribunal declaró un estado de cosas inconstitucional respecto a la violación masiva y generalizada de varios derechos fundamentales (salud, integridad personal, igualdad, etc.) que afectaban a un gran número de personas con discapacidad mental en el país (Exp. N° 03426-2008-PHC/TC, fundamento 30). De manera particular, el Tribunal constató que muchas de las medidas de internamiento que se dictaban a personas con discapacidad mental declaradas inimputables en los procesos penales, eran imposibles de cumplirse eficazmente debido a la grave situación de hacinamiento y a las malas condiciones de los establecimientos destinados para dichos fines. Esto, en palabras del Tribunal, atentaba contra una serie de derechos fundamentales de este grupo de personas.

Luego tenemos el “*Caso Miguel Cadillo Palomino*”; otro sobre cuestiones laborales relacionadas con una persona con discapacidad física, en el cual, el Tribunal señalaría por primera vez de manera expresa que la discapacidad es un “motivo sospechoso” de discriminación (Exp. N° 2317-2010-AA/TC, fundamento 35).

De manera posterior, en el 2011, se publicaría el “*Caso Jacinto Villacorta Guevara*”. Este caso es muy particular porque es el primero en donde el Tribunal analiza la problemática del VIH/SIDA desde la perspectiva de la discapacidad. Así, en un análisis por demás interesante, el Tribunal Constitucional llega a la determinación de que en ciertos escenarios el VIH/SIDA puede ocasionar una discapacidad.

Por otro lado, resulta también relevante el razonamiento esgrimido por el máximo intérprete respecto a que tanto la discapacidad temporal como la permanente no están sujetas a la regla de la inmutabilidad (Exp. N° 04749-2009-PA/TC,

¹⁸ El director del penal de Lurigancho, donde se encontraba el hijo del demandante, señaló que, pese a haber intentado cumplir con la medida de internamiento en un hospital psiquiátrico, los directores de dichos centros le habían denegado el pedido alegando que no contaban con la infraestructura necesaria.

fundamento 10). De este parecer se desprende que la discapacidad, cualquiera sea su tipo, merece una especial atención y protección por parte del Estado.

Entre tanto, la jurisprudencia constitucional seguiría “avanzando” y esta vez nos presentaría el cuestionable “*Caso Mariano Castillo Zurita*” en el cual, se dejaría establecido que la “gran incapacidad” (en este caso específico para temas previsionales) solo se presenta en aquellos casos en los que la persona en cuestión requiera necesariamente del auxilio de otra para movilizarse o realizar las tareas cotidianas (Exp. N° 04543-2012-PA/TC, fundamento 2.3.3).

Sobre el particular, bien se puede afirmar que se trata de un revés en materia de discapacidad en la medida que el fallo nos indica que la forma de “medir la discapacidad” de una persona debe hacerse en función de qué tanto necesita de otra para desenvolverse con autonomía.

Ese mismo año salió a la luz el conocido “*Caso Gisela Tejada Aguirre*”, cuyos hechos versaron sobre una alumna con discapacidad visual de la Maestría de Regulación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas que denunciaba haber sido discriminada, vulnerándose su derecho a la educación, debido a que la referida casa de estudios, pese a conocer que era una persona con discapacidad visual, la obligó a rendir un examen de manera escrita y no de forma oral como ella lo había solicitado. Como consecuencia de esta omisión por parte de la referida universidad, la demandante desaprobó el examen y fue separada de la casa de estudios.

Este caso significó un paso importante en relación al desarrollo jurisprudencial sobre los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en nuestro país. Lo primero a destacar es que el Tribunal sostuvo que si bien era cierto que el Reglamento de la referida casa de estudios establecía parámetros muy específicos para el rendimiento de las evaluaciones, éstos debían ser adecuados para aquellos casos en los cuales las personas con discapacidad (como la demandante) requieran la adopción de algún ajuste razonable para poder rendir alguna evaluación.

Desde esa perspectiva, el Tribunal declaró fundada la demanda por considerar que la universidad demandada había obviado adoptar un trato diferenciado (discriminación por indiferenciación) a la demandante en su calidad de persona con discapacidad visual (Exp. N° 02362-2012-PA/TC, fundamentos 17 y18).

Luego de esto, en el año 2014, tenemos el “*Caso Felipe Aguirre Frisancho*” sobre un trabajador del Banco de la Nación - Sede Arequipa que buscaba dejar sin efecto su traslado a la sede de ese banco en Cusco, pues consideraba que ello afectaba el derecho que tenía, en su calidad de curador, de cuidar de sus dos hermanos que tenían discapacidad mental.

Lo interesante de este caso es que el Tribunal consideró que la protección del artículo 7° de nuestra Constitución no solo alcanza a las personas con discapacidad en sí, sino que también, puede cobijar a aquellas personas que, sin tener alguna discapacidad, tienen a su cargo el cuidado de alguna persona en esta condición, ya sea por mantener algún vínculo familiar o por una declaración judicial que les otorgue el encargo de curadores (Exp. N° 02904-2011-PA/TC, fundamento 4.2.2).

En ese sentido, el Tribunal entendió que, aparte del artículo 7°, con el eventual traslado del demandante a otra sede, se encontraba comprometido el derecho a la unidad familiar. En consecuencia, dado que el demandante ya había sido despedido como producto de negarse a acudir a la sede en Cusco del Banco de la Nación, el Tribunal ordenó su reposición, la cual debía hacerse en la sede de Arequipa además.

Hasta este punto hemos visto cómo se ha presentado una jurisprudencia que podríamos calificar de “zigzagueante” en torno a la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

No obstante, a partir del siguiente fallo bajo comentario, que es el “*Caso Jane Camacho Cósar y otros*”, el Tribunal se adentraría con un perfil más garantista en lo que significa el resguardo de los derechos de las personas con discapacidad en nuestro país.

Pues bien, esta vez el Tribunal tuvo ante sí el caso de un grupo de personas con discapacidad visual que demandaron a un supermercado alegando discriminación y la vulneración del derecho a la libertad de tránsito (entre otros derechos), debido a que se les impedía el ingreso a dicho establecimiento comercial en compañía de sus perros guías. El supermercado alegaba, por su parte, que tal prohibición se debía al cumplimiento de ciertas normas sanitarias y alimentarias que los obligaba a garantizar que los productos que vendían estuvieran fuera del alcance de cualquier bacteria (la cual podía provenir de los animales con los que dichas personas buscaban ingresar).

Este escenario fue propicio para que el Tribunal ahondara en ciertos aspectos constitucionales de los llamados “ajustes razonables”. Por ejemplo, algo muy importante que estableció el Tribunal fue que la adopción de los llamados ajustes razonables no podían entenderse como medidas de carácter asistencialista que encuentren justificación en la discapacidad en sí misma o en la idea (errada) de que ésta incapacita a la persona, sino que, por el contrario, se justificaba en el hecho histórico de la exclusión de dicho colectivo de los diversos procesos sociales que los invisibiliza y con los que además se han visto en la obligación de interactuar (Exp. N° 02437-2013-PA/TC, fundamento 8). Este parecer incluso queda plasmado de manera más explícita cuando el Tribunal refiere lo siguiente:

“El Tribunal debe hacer notar que todas las actividades en las que participa ser humano –educativas, laborales, recreacionales, de transporte, etcétera– han sido planeadas para realizarse en ambientes físicos que se ajustan a los requerimientos y necesidades de las personas que no están afectadas de discapacidad. Su planificación, por lo tanto, ha respondido a una imagen del ser humano sin deficiencias físicas, sensoriales o mentales. Históricamente, pues, ese entorno ha sido hostil con las personas que sufren de alguna discapacidad” (Exp. N° 02437-2013-PA/TC, fundamento 9).

Al respecto, más allá de lo parcialmente cuestionable de cierta terminología utilizada en este fundamento, lo cierto es que se empieza a evidenciar un viraje constitucional hacía el modelo social de la discapacidad. En efecto, poner en evidencia lo inaccesible de una sociedad construida para personas sin

discapacidad, contribuye a fomentar el ideal de adecuación social hacia la discapacidad.

En esa línea de desarrollo el Tribunal entendió que en ese caso no se habían adoptado los ajustes razonables necesarios a fin de permitir el ingreso de las personas con discapacidad visual al establecimiento comercial en compañía de sus perros guías. Si bien es cierto que el supermercado adujo que si se habían adoptado dichos ajustes al indicarles a estas personas que podían estar acompañas por un empleado para que puedan desplazarse por el lugar, el Tribunal sostuvo que ello de ninguna manera garantizaría la independencia y autonomía necesaria que tienen, en calidad de derecho, las personas con discapacidad.

También se consideró que si bien era un objetivo legítimo el cual perseguía el supermercado (resguardar de toda bacteria a los productos que vendía), lo cierto y real era que con prohibir el ingreso de estas personas en compañía de sus perros guías no se garantizaba totalmente que los productos iban a estar libres de todo peligro, pues, para el Tribunal, para cumplir con dicho objetivo el supermercado tendría que haber prohibido la entrada a su establecimiento a toda persona que tenga una mascota en casa, pues, al estar en constante contacto con ella, las bacterias y pelos de la misma se pudieran adherir a las prendas de vestir (Exp. N° 02437-2013-PA/TC, fundamento 61). En consecuencia, el Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó al supermercado permitir el ingreso a las personas con discapacidad visual en compañía de sus perros guía en todas sus tiendas a nivel nacional.

Finalmente tenemos el “*Caso Noemí Parí Acuña*” del año 2015 que es, tal vez, el más importante debido a que el Tribunal deja constancia expresa de la implementación del modelo social en nuestro sistema jurídico.

Los hechos de este caso se resumen en que una mujer con discapacidad física solicitaba que la ONP le reconozca una pensión de orfandad, con una bonificación por incapacidad, debido a que su padre perteneció al régimen del Decreto Ley N° 19990. Por su parte, la ONP justificó la denegación de dicha pensión aduciendo

que la discapacidad de la demandante fue una circunstancia que sobrevino a la fecha del fallecimiento de su padre, el causante.

Pues bien, el Tribunal, luego de comprobar el actuar arbitrario por parte de la ONP, declaró fundada la demanda de amparo. Sin embargo, es importante recalcar lo dicho por el máximo intérprete respecto a que en el artículo 2.2° de nuestra Constitución, cuando se consigna la expresión “de cualquier otra índole” respecto de los motivos prohibidos de discriminación, se debe entender como incluido el motivo de la “discapacidad”.

Luego, el Tribunal plasmaría lo que tal vez sea lo más importante de este fallo de la siguiente manera:

“(…) este Tribunal no puede dejar de hacer notar que la denominada “discapacidad” es, en realidad, el no acondicionamiento a un entorno que es hostil para este colectivo. En ese sentido, el nuevo enfoque de la discapacidad lo que resalta es que las alegadas limitaciones o dificultades no emanan de la persona misma, sino de una sociedad que no ha realizado determinados ajustes para garantizar que este colectivo pueda gozar, en condiciones de igualdad, del plexo de derechos y principios que nuestro ordenamiento resguarda” (Exp. N° 01153-2013-PA/TC, fundamento 6).

Con esto el Tribunal Constitucional deja establecido, por primera vez de manera expresa, que en nuestro ordenamiento jurídico está vigente el denominado modelo social de la discapacidad. Esto se hace más obvio al señalarnos que las “dificultades” que enfrentan las personas con discapacidad no están dadas por la discapacidad misma, sino que, son el producto de un entorno social que no se acomoda a las necesidades de este grupo poblacional.

En consecuencia, luego de analizar la evaluación jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, se puede afirmar con total certeza que, aunque el texto de nuestra Constitución vigente de 1993 no recoja el modelo social, ha sido el intérprete supremo de la misma quien ha implementado dicho modelo a fin de que impregne todo nuestro ordenamiento jurídico nacional.

4.4. ¿Es posible la coexistencia del modelo médico o rehabilitador con el modelo social?

Muchas son las preguntas que han surgido en la doctrina reciente respecto a si es posible que, en alguna medida, convivan en un mismo espacio temporal, normativo y cultural tanto el modelo médico o rehabilitador como el social. Tan solo esta idea, *prima facie*, tiene serias contradicciones si tomamos en serio los fundamentos sobre los cuales están basados ambos modelos y que fueron objeto de desarrollo en subcapítulos anteriores.

Por eso, en lo particular, considero que objetivamente las lógicas que manejan ambos modelos teóricos son irreconciliables, no pudiendo, entonces, coexistir en un mismo ordenamiento jurídico. Para ejemplificar lo complicado que sería un escenario así, podríamos decir que sería tanto como que una constitución proscirba la esclavitud y que a la vez permita comprar y vender personas en determinados casos; una contradicción mayúscula.

Sin embargo, es necesario reconocer que, aun cuando el modelo social sea el que debe erigirse en nuestro ordenamiento jurídico, existirán escenarios casuísticos en los cuales será necesario tener en consideración el factor médico, empero, ello no significa una convivencia de ambos modelos, sino que, supone asumir una realidad inobjetable pero en la que lo que sigue primando es el respeto por la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad.

Sin perjuicio de lo aquí señalado, considero que en este punto es necesario mencionar al llamado “modelo de la diversidad”, el cual, intenta ser una suerte de cuarto modelo teórico pero que aún no ha sido desarrollado en demasía por la doctrina ni ha obtenido un reconocimiento legislativo nacional ni internacional formal como sí ha ocurrido con el modelo social.

Según Palacios y Romañach (2008), los “precursores dogmáticos” de este modelo (que bien podríamos decir que es un bosquejo teórico), el modelo “de la diversidad” comparte con el modelo social ideas como la desmedicalización, la desinstitucionalización y la transversalidad al abordar la discapacidad. En

consecuencia, lo único realmente novedoso que aporta este modelo, a decir de los autores, es el valor de la diversidad como elemento clave para la plena participación y aceptación social de las personas con discapacidad, acompañado del uso de la bioética como herramienta para conseguir la plena dignidad intrínseca de éstas personas (190).

Entonces, lo resaltante de este modelo es el acento que pone sobre la presencia de una gama diversa de discapacidades en la discapacidad misma apoyado por los principios de la bioética. Ciertamente, es importante resaltar dichos elementos pero, particularmente, considero que el modelo social puede adoptar perfectamente dichos tópicos sin variar violentamente sus propios fundamentos.

Dicho esto, bien puede afirmarse que no se trata de una propuesta final, sino tan solo de una propuesta en construcción; una nueva herramienta teórica (Palacios y Romañach, 2008, p. 189) que complementa, en alguna medida, al modelo social contemplando la discapacidad como una muestra de la diversidad humana y considerando que la pluralidad enriquece a la sociedad y, por ello mismo, merece ser protegida (De Asís, 2013, p. 41).

CAPÍTULO V: EL DERECHO A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y PSICOSOCIAL EN EL PERÚ: ESTADO ACTUAL

5.1. El tratamiento de la capacidad jurídica en la historia de la codificación del Derecho Civil peruano

Después de la independencia el proceso de codificación en el Perú se presentó como un tránsito lento y pausado en el cual se discutieron ampliamente diversas cuestiones relativas a la forma, modo, conveniencia y necesidad de contar con cuerpos legales que recogieran sistemáticamente la normativa dispersa que existía por entonces. En ese proceso, como apunta Gálvez (2010), el espíritu del individualismo, propio de la dogmática francesa, tuvo una fuerte presencia (p. 483).

Pues bien, con el encargo recogido en el artículo 106° de la Constitución peruana de 1823 (que señalaba que posteriormente existirían un código civil y otro criminal) la discusión estaba servida respecto a cuál sería la mejor manera de empezar el proceso de codificación normativa en un Perú recién independiente.

Lo primero que hay que distinguir es que en sus inicios el proceso de codificación fue interrumpido muchas veces con la existencia de hasta cuatro comisiones codificadoras a quienes se les encargó dicha tarea. La primera de ellas se creó en 1825 durante la dictadura de Bolívar; la segunda en 1831, seguida por una tercera y, finalmente, una cuarta comisión que fue formada recién en 1845. La tarea de la cuarta comisión duraría dos años y, recién en 1851, el Congreso de la República establecería una comisión revisora del proyecto presentado por dicha comisión, dando como resultado que el primer Código Civil del Perú sea promulgado el 28 de julio de 1852¹⁹ (luego de más de treinta años de ocurrida la independencia).

¹⁹ Si bien es cierto que durante la etapa de la Confederación Perú-Boliviana en el Perú estuvo materialmente vigente el Código de Santa Cruz, lo cierto es que este no tuvo una aceptación entre los juristas peruanos de aquel entonces por lo que, en la práctica, no tuvo casi ninguna incidencia en la vida social y económica del país.

Sobre las particularidades de este primer código, De Trazegnies (2008) nos ilustra que si bien resulta innegable la notoria influencia del código napoleónico francés, el hecho de que nuestros primeros codificadores fueran formados como juristas bajo las leyes españolas, supuso también una fuerte influencia de dicho país y, esencialmente, del llamado “Febrero” español de 1845²⁰ (p. 258). En consecuencia, se puede aseverar sin equivocación que el Código Civil peruano de 1852 es principalmente influenciado por Francia y España.

En lo que respecta a su estructura, el Código estuvo compuesto de un título preliminar y tres libros: a) libro de personas (derechos de las personas y derechos de familia); b) libro de las cosas (derechos reales, la donación, la herencia y el régimen de bienes, y c) libro de obligaciones y contratos (Gálvez, 2010, p. 490).

En el aspecto que aquí interesa, el libro de personas, el Código desnudó la influencia de la impronta hispana reunida en las Partidas, las Leyes de Toro, la Novísima Recopilación de Indias, el Derecho Romano y el Canónico (Gálvez, 2010, p. 492).

Así, respecto a la capacidad jurídica, establecía que ésta se adquiría por la mayoría de edad, es decir, a los veintiún años. Luego, el artículo 15° hacía una digresión sobre la llamada capacidad natural y el artículo 16° señalaba que eran incapaces los pródigos declarados, los fatuos y “los locos”²¹, a quienes según el artículo 21° se les declaraba en estado de interdicción.

Algo que llama la atención en este extremo es la amplitud de sujetos legitimados para solicitar la interdicción judicial siendo que podían pedirla los parientes de la persona, el Ministerio Fiscal y “cualquiera del pueblo”. Es decir, cualquier peruano estaba legitimado sin necesidad de tener un interés directo.

²⁰ Los “Febreros” eran una suerte de tratados prácticos del Derecho español, que comprendían la explicación de una gran variedad de ramas sustantivas y procesales que se actualizaban de tiempo en tiempo a través de nuevas ediciones completas de varios volúmenes (De Trazegnies, 2008, p. 258).

²¹ Entiéndase que por “locos” el Código entendía a las personas con discapacidad mental.

A los así llamados “locos” se les reputaba menores de edad (no salían nunca de la patria potestad) y se les privaba de poder ejercer sus derechos civiles y, cuando moría el padre de éstos, quedaban bajo la protección de sus guardadores.

El tratamiento dado a este delicado tema nos demuestra lo marcado del individualismo de aquella época. No sorprende que ello también haya sido así como producto de la concepción puramente patrimonialista del Derecho de los primeros codificadores (proteger esencialmente a quienes pudieran celebrar sin saberlo actos jurídicos con los “locos”) y, en efecto, como anota De Trazegnies (2008), la comisión que redactó el proyecto del código que finalmente fue aprobado y promulgado tuvo una acentuada prioridad en reguardar la propiedad (p. 254).

Este primer código estuvo vigente por ochenta y cuatro años, siendo sustituido por el Código Civil de 1936 que tuvo una notoria influencia del código alemán de 1900. Este nuevo código fue promulgado el 30 de agosto de 1936 (tres años después de que entrara en vigencia la nueva Constitución de 1933) durante el gobierno de Oscar Benavides.

Sobre la capacidad jurídica, este segundo código, al igual que el anterior, también tomaba la mayoría de edad como parámetro válido para medir el momento en el cual una persona tenía plena capacidad para ejercer sus derechos civiles. En su segundo título del libro primero (derecho de las personas) regulaba lo concerniente a la capacidad y la incapacidad. Así, su artículo 9° reputaba como absolutamente incapaces, entre otros, a los que “adolecían de enfermedad mental que los privaba de discernimiento” y a “los sordomudos que no sabían expresar su voluntad de manera indubitable”.

Por su parte, el artículo 10° establecía una clausula sumamente abierta al considerar que eran relativamente incapaces los sujetos a curatela no comprendidos en el artículo anterior.

También este código va a traer la institución de la curatela para los incapaces mayores de edad para la administración de bienes y para asuntos determinados

(obviamente por el juez). El artículo 555° señalaba que estaban sujetos a curatela los débiles mentales, los que adolecían de enfermedad mental que los privaba habitualmente de discernimiento y los sordomudos que no podían expresar su voluntad de manera indubitable.

Igualmente el código dispensaba explícitamente un tratamiento idéntico al de la tutela para el caso de la curatela, evidenciándose así una intención paternalista en la referida institución. Otro aspecto a resaltar es que en el artículo 561° de este nuevo código se establecía que los “débiles mentales” y “los que adolecían de enfermedad mental”, para estar sujetos a curatela, debían ser incapaces de dirigir sus negocios, de cuidarse a sí mismos o amenazar la seguridad ajena.

Claramente se observa cómo la curatela estaba diseñada principalmente para resguardar el patrimonio (fuera éste del interdicto o de terceros), al tiempo que se buscaba también que éstas personas no puedan suponer una amenaza o riesgo para el resto de la sociedad.

También teníamos que el artículo 566° posibilitaba que el curador encierre en un establecimiento a la persona interdicta y se facultaba únicamente a sus parientes, al conyugue y al Ministerio Fiscal para solicitar la interdicción (a diferencia del Código anterior en donde prácticamente cualquiera tenía legitimidad para ello).

Finalmente, los codificadores de esta época diseñaron una suerte de “curatela provisional” en el sentido que se preveía la posibilidad de que el juez pueda, en cualquier estado del juicio de interdicción, privar temporalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción hubiera sido demandada, disponiéndole de un curador interino.

Vistos los principales rasgos del tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial dado por el Código Civil peruano de 1936, corresponde adelantar que se encuentran ciertas similitudes con lo dispuesto en el Código Civil actualmente vigente que data de 1984, tal y como se verá luego. Asimismo, se puede apreciar una arraigada concepción patrimonialista de la curatela, en donde se disfraza un supuesto cuidado y

protección hacía la persona con discapacidad que en realidad es un cuidado extremo y casi total de la propiedad.

Sobre esta cuestión, Fernández (2014) sostiene que el Código Civil de 1936 no pudo desprenderse del pensamiento individualista-patrimonialista dominante que fue recogido de la tradición que inspiró el código francés en 1804 y que siguió también el alemán de 1900. Esta mentalidad, arraigada fuertemente tanto en este como en el anterior código –nos dice el autor– devienen en obsoletas al centrar su protección en la propiedad y no en la persona, tratando además de manera inadecuada lo concerniente a la capacidad jurídica (pp. 12 – 15).

5.2. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el actual Derecho Civil peruano: la interdicción y la curatela

Después de cuarenta y ocho años de haber entrado en vigencia el segundo Código Civil de la historia peruana, el 25 de julio de 1984 fue promulgado el tercer y actual Código Civil mediante Decreto Legislativo N° 295 que entró en vigor el 14 de noviembre de ese mismo año. Posteriormente, cerca de nueve años más tarde, el 4 de marzo de 1992, mediante Decreto Legislativo N° 768, fue promulgado el Código Procesal Civil actual, publicado mediante Resolución Ministerial N° 010-93-JUS el 23 de abril de 1993.

Estos dos cuerpos normativos, en principio y de manera general, son los pilares legales actuales del Derecho Civil peruano. Sobre ello, hay que señalar que el llegar a tener un tercer código no fue para nada fácil y, más bien, fue producto de un ejercicio tanto académico como social y político que duró varios años.

Pues bien, el proceso de reforma del Código Civil de 1936 empezó mediante la publicación del Decreto Supremo N° 95 el 1 de marzo de 1965 durante el gobierno de Fernando Belaunde. Dicho decreto creó una comisión, presidida por el ilustre jurista *Carlos Fernández Sessarego* en su calidad de Ministro de Justicia, y tenía como misión el estudio y revisión del código hasta entonces vigente. Esta comisión estuvo integrada además por destacadas figuras del Derecho nacional

como José León Barandiarán, Max Arias-Schreiber, Héctor Cornejo Chávez, entre otros.

La labor de dicha comisión duró casi veinte años, en los que por motivos diversos sus integrantes fueron cambiando. Es así que recién en octubre de 1982 el proyecto elaborado por esta comisión llegó al Congreso de la República, en donde se conformó una Comisión Revisora que deliberó y apuntó algunas atenciones al mismo para aprobarlo finalmente en 1984.

La necesidad de confeccionar un nuevo cuerpo civil normativo, tal y como cuenta Fernández Sessarego (2014b), se hizo presente por lo obsoleto que se había vuelto el código de 1936, marcado por una ideología individualista y patrimonialista. Dicha mentalidad, de carácter sustancialmente egoísta, desconocía o no valoraba debidamente los derechos de las demás personas con las cuales se convive (...). Su nota patrimonialista derivaba en una actitud carente de valores de justicia, solidaridad y seguridad, que se concentró en la protección de la propiedad como si fuera el elemento central del Derecho (p. 42). Es más, adentrándonos un poco en el tema concreto de la curatela, se puede señalar que Varsi (2012) reconoce que se trata de una institución con una fuerte impronta de carácter patrimonial (p. 560)

Este nuevo código está compuesto de un Título Preliminar, y diez libros distribuidos de la siguiente manera: I) derechos de las personas; II) acto jurídico; III) derecho de la familia; IV) derecho de sucesiones; V) derechos reales; VI) las obligaciones; VII) fuentes de las obligaciones; VIII) prescripción y caducidad; IX) registros públicos, y X) derecho internacional privado.

En cuanto al libro primero, dedicado a los derechos de las personas, los encargados de preparar el proyecto fueron los insignes juristas *Carlos Fernández Sessarego* y *José León Barandiarán*. Cada uno presentó una ponencia a la comisión y, luego de amplios debates, surgió finalmente el proyecto a finales de 1967 (Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, p. 13). Este primer libro estuvo marcado desde su construcción por el personalismo, entendida como aquella corriente de pensamiento que comporta una posición cuya afirmación

central es la existencia de personas libres y creadoras (Fernández, 1982, p. 86). Es decir, en este libro se ubicó –o al menos quienes lo elaboraron pretendían hacerlo– a la persona como centro de todo el debate jurídico.

Visto así el panorama, tenemos que la preocupación principal de los codificadores del actual código, en general y del libro de personas, en particular, fue “humanizar” las relaciones jurídicas en el ámbito civil. Sin embargo, como veremos luego, muy a despecho de estas buenas intenciones lo cierto es que, en opinión de quien escribe, el Código Civil de 1984 no logró desprenderse total y absolutamente de la filosofía sustancialmente patrimonial que desde siempre estuvo arraigada en los códigos de la época.

5.2.1. El problemático tratamiento de la capacidad jurídica en el Código Civil de 1984

Desde siempre el tratamiento de la capacidad jurídica en el Derecho Civil peruano fue un tema sumamente complejo y hasta problemático. A pesar de ello, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han ido perfilando algunos criterios que coadyuvan a una mejor comprensión al respecto como se verá a continuación.

La primera disposición dedicada a la capacidad jurídica en nuestro Código es el artículo 3°, ubicado en el Título II del primer libro. Expresamente señala lo siguiente:

“Artículo 3

Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”

El transcrito artículo 3° reconoce la llamada capacidad de goce de las personas, observándose así que los codificadores se decantaron por hacer una primera diferenciación entre la llamada capacidad de goce y la otra de ejercicio.

Por capacidad de goce se suele entender a aquella aptitud genérica o *in abstracto* para ser titular de derechos y deberes, desde cuya perspectiva el sujeto de

derecho siempre se caracteriza por tener capacidad jurídica (Santillán, 2015, p. 14) mientras que, por capacidad de ejercicio, la doctrina jurídica nacional sostiene que “se trata de la facultad o atributo personal que permite producir, por voluntad propia, efectos jurídicos válidos para sí o para otros, responsabilizándose expresamente de sus consecuencias” (Alfaro, 2014, p. 289 y Santillán, 2014, p. 159).

No obstante, hay algo que llama la atención en el referido artículo 3° de nuestro código y es lo siguiente: del texto expreso de la norma se infiere que si bien toda persona tiene capacidad de “goce”, parece sugerir que la misma puede ser limitada a razón de lo que legislativamente se prevea.

Esta cuestionable lectura es criticada, por ejemplo, por Fernández (1999) quien considera que, dado que la capacidad de goce o genérica es inherente a la naturaleza humana, no es posible restringirla legalmente. Para él, el Derecho no tendría por qué regular la capacidad de goce, que es consustancial a la persona. Por ello, considera que lo único que debe importarle al Derecho en todo caso es la así llamada capacidad de ejercicio (pp. 21 y 22).

En efecto, la llamada capacidad de “goce” se integra y confunde con la propia persona y es connatural al ser humano, pertenece a su propia estructura. Por consiguiente, no es susceptible de limitación alguna por obra de la ley, lo cual, no sucede con la capacidad de ejercicio que si se puede encontrar condicionada legislativamente (Fernández, 2001, pp. 160 y 161).

Bajo ese sustento, el propio ponente del libro primero del código, *Fernández Sessarego*, insiste en que es necesario modificar el artículo 3° de nuestro código debido al error en el cual incurre. Al respecto, nos dice que el error a enmendar consiste en que el citado artículo 3°, después de enunciar que toda persona tiene el goce de los derechos civiles, establece que dicho goce está sujeto “a las excepciones de ley”. Tremendo error que debe enmendarse a fin de eliminar salvedad alguna según nos dice (Fernández, 2014b, p. 50).

Dicho error, como le llama el ponente del libro primero, fue producto de que en la época en la cual se redactó dicho libro no se pudo lograr una perfecta distinción entre los conceptos de “capacidad de goce” y “capacidad de ejercicio”. Por ello, él reconoce que es urgente una modificación al artículo tercero, entendiendo que si bien la ley no puede limitar el goce mismo de los derechos que todo ser humano tiene por ser tal, si es posible, en cambio, que restrinja la capacidad de ejercer tales derechos en ciertas circunstancias (Fernández, 2002, pp. 106 y 107).

Un segundo punto que es objeto de críticas respecto del artículo 3° es que éste al referir que “toda persona tiene el goce de los derechos civiles”, tan solo está reconociéndole a la persona los derechos que recoge el código, o sea, los de naturaleza civil.

Sobre el particular, la doctrina autorizada sostiene que este “otro” error se debió a que los códigos civiles en los que se inspiró tanto el de 1984 como el de 1936, recogieron tradicionalmente varios de los derechos que corresponden al ser humano. Luego, con el proceso de constitucionalización de los derechos iniciado a propósito de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, el ser humano ya no solo debía ser jurídicamente comprendido a partir del Derecho Civil, sino que además empezaba a garantizarse su efectiva tutela en función a los que las constituciones decían sobre sus derechos. Por ello, lo que el artículo 3° del código llama derechos civiles, deben ser entendidos, en puridad, como derechos fundamentales (Rubio, 1995, p. 29 y Santillán, 2015, pp. 4 y 5).

En consecuencia, se puede advertir que básicamente son dos las modificaciones urgentes que se deben hacer al artículo 3° de nuestro código vigente. La primera está dirigida a precisar que lo que la ley puede restringir es la así llamada capacidad de ejercicio y no la de goce y, la segunda, tiene que ver con el hecho propio de la constitucionalización del Derecho Civil. Ambas propuestas de reforma serán expuestas con detalle en el capítulo correspondiente.

Luego de esta primera aproximación al tratamiento de la capacidad jurídica dado por nuestro Código Civil a través de su artículo 3°, nos encontramos con el Título

V del mismo libro que, en cinco artículos, desarrolla lo relativo a la capacidad e incapacidad de ejercicio de las personas.

Tenemos primero el artículo 42°, cuyo texto señala:

“Artículo 42°

Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43° y 44°.”

Este artículo nos expresa dos situaciones. La primera tiene que ver con el momento en el cual se puede obtener la ciudadanía en el Perú que es, precisamente, a partir de los dieciocho años de edad. En este punto el Código Civil no hace más que replicar lo dispuesto por el artículo 30° de la Constitución que, a su vez, se encuentra conforme con el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas ratificada por el Estado peruano.

Entonces, lo que nos dice el Código Civil es que para poder tener capacidad de ejercicio plena es necesario ser ciudadano, es decir, tener la mayoría de edad. Aunque claro, hay supuestos en los cuales es posible obtener la capacidad de ejercicio plena incluso antes de cumplir dicha edad.

Lo segundo que nos expresa este artículo 42° es que si bien es cierto que todo ciudadano tiene plena capacidad de ejercicio, existen ciertas excepciones a esta regla, las cuales están descritas en los artículos 43° y 44°. Es decir, cumpliendo de alguna manera con lo que dispone el artículo 3° que se comentó antes, se han establecido legislativamente ciertas excepciones al ejercicio de la capacidad jurídica (aun cuando de manera errónea, insistimos, dicho artículo tercero parece más bien proponer limitaciones a la capacidad de goce).

Producto de esto tenemos dos artículos, el 43° y el 44°, que se encargan de establecer las excepciones por las cuales es posible restringir la capacidad de ejercicio de una persona. Ambas disposiciones son, pues, el eje central del

debate en torno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial.

Para empezar a hablar de las restricciones a la capacidad de ejercicio, nos encontramos con el artículo 43° que nos refiere qué sujetos tienen incapacidad absoluta (entiéndase siempre de ejercicio). En su redacción original, dicho artículo establecía lo que sigue:

“Artículo 43°

Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.”

Pues bien, se hace la salvedad de que se trata de la versión original del artículo 43° del Código debido a que en el 2012 fue derogado el inciso 3 del mismo, en virtud de lo dispuesto por el literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973, 2012).

Al respecto, es importante referir que el haber derogado dicho inciso es un paso muy importante en lo que a la protección de los derechos de las personas con discapacidad se trata. Como se observa del texto original del artículo 43°, el tercer inciso de esta disposición consideraba absolutamente incapaces a las personas con discapacidad auditiva y en el habla; con discapacidad visual y auditiva, y con discapacidad visual y en el habla, que no podían expresar fehacientemente su voluntad.

Dicha disposición partía de la idea errada de considerar a las personas con dicho tipo de discapacidades como absolutamente incapaces al no poder expresar su voluntad, pues, se consideraba que la no poder hablar, oír o ver, no había forma de que puedan exteriorizar sus deseos y/o decisiones.

Esta anacrónica perspectiva ignoraba, como es evidente, que existen diversos medios por los cuales estas personas pueden expresarse. En efecto, las formas convencionales del lenguaje no agotan las posibilidades de expresión en tanto la tecnología se ha puesto al servicio cada vez más de estas personas con discapacidad, las cuales pueden exteriorizar su parecer por medios electrónicos, biométricos, lenguaje de señas, o cualquier otro medio que pueda considerarse, a la luz de la CDPD, como un ajuste razonable.

Esta norma derogada desnuda, de alguna manera, que la tendencia actual en el Derecho Civil es la de ir “liberando” las incapacidades. “Antes eran incapaces los ausentes, los analfabetos, los adultos mayores, los esclavos, las mujeres casadas y los sacerdotes confesos (vida claustral); hoy, todos ellos son capaces” (Varsi, 2014, p. 844).

Entonces, para los efectos de lo que interesa en la presente tesis, lo único que nos queda del artículo 43° respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad vendría a ser su segundo inciso que reputa absolutamente incapaces a aquellas personas que, por cualquier motivo, estén privadas de discernimiento.

Visto el referido inciso, lo primero que corresponde dilucidar es el concepto de “discernimiento”. Al respecto, la Real Academia Española nos aclara que dicho término significa “distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas. Comúnmente se refiere a operaciones del ánimo”.²² Es decir, con la palabra “discernimiento” se hace referencia a la capacidad del sujeto para hacer un juicio de valor que le permite distinguir y diferenciar distintos escenarios, objetos, situaciones, opciones, etc., que se presentan en la vida cotidiana.

Para Ledesma (2015) las personas privadas de discernimiento son absolutamente incapaces porque carecen de las aptitudes mínimas para gobernarse a sí mismas y administrar sus bienes (p. 787). Bajo dicho presupuesto, se ha entendido comúnmente que, para el caso de estas personas, el ordenamiento jurídico

²² Véase: <http://dle.rae.es/?id=DsDPysR>

dispensa una “protección” a su favor. Así, los sujetos que se encuentran incursos en esta causal, no pueden celebrar actos jurídicos y, en caso de hacerlo, éstos adolecen de nulidad absoluta (Santillán, 2014, p. 160).

De lo señalado en este inciso se puede apreciar que, a diferencia de lo que ocurre con el caso del tercer inciso del artículo 44° (que se verá luego), lo que se requiere aquí es la permanencia del estado que priva de discernimiento al sujeto, aun cuando la “dolencia” sea susceptible de ulterior curación. Entonces, en contraste de lo que disponía sobre la misma materia el Código Civil de 1936, el inciso segundo del artículo 43° no considera que la falta de discernimiento pueda deberse sólo a la enfermedad mental sino que, por el contrario, establece que dicho estado puede ser ocasionado por cualquier motivo o causa (Fernández, 2000, p. 131).

Es necesario anotar que esta causal –al ser sumamente abstracta y abierta– genera la posibilidad de privar del derecho a la capacidad jurídica, con mayor frecuencia, a las personas con discapacidad mental o psicosocial si es que el juez considera, en el caso concreto, que se encuentran privadas de discernimiento.

De manera particular, se debe hacer énfasis en que no es una causal que sancione la imposibilidad de expresar el discernimiento, sino que, lo que sanciona es la inexistencia del mismo. ¿Y cómo se mide la inexistencia del discernimiento? Pues bien, la ausencia de éste viene dado si es que el sujeto en cuestión no puede emitir un juicio de valor sobre las situaciones que se presenten frente a él. En consecuencia, de ser así las cosas, se le reputará absolutamente incapaz.

Lo inconveniente de un enunciado de esta naturaleza es que asume un modelo único y hegemónico de discernir o tomar decisiones. Evidentemente, este modelo está basado en un estándar general construido por el resto de personas que, según la sociedad, “si pueden discernir” (un parámetro de normalidad en apariencia neutro). Esto claramente es un juicio subjetivo ya que la medición de lo que son buenas o malas decisiones va a depender mucho del sujeto en concreto. Por ejemplo, mientras que para unos puede ser bueno invertir la mayor cantidad de horas al día en una sola tarea, para otros puede ser una mala idea. Por esto,

con Espinoza (2003) se comparte la idea que la discapacidad mental no coincide, necesariamente, con la falta de discernimiento (226).

Sin embargo, observamos en la práctica que éste no es el razonamiento, sino más bien, que se ha instaurado en los operadores de justicia una suerte de “presunción de incapacidad” para estos casos, lo cual atenta abiertamente contra el derecho a la capacidad jurídica de estas personas e incluso contra su derecho a la igualdad y no discriminación.

Así, por ejemplo, tenemos que la Corte Suprema de la República ha señalado, en más de una ocasión, que para considerar que una persona es absolutamente incapaz en los términos del artículo 43°, inciso 2, de nuestro Código Civil, no es necesario ni es una exigencia que previamente exista una sentencia judicial que declare interdicta a la persona, pues, a su juicio, lo que se debe tener en cuenta es la falta de discernimiento y no la interdicción declarada (Corte Suprema de la República, Casación N° 4673-2015-Arequipa, fundamento segundo párrafo 3; Casación N° 683-2016-Callao, fundamento cuarto párrafo 3).

El razonamiento dado por el máximo ente jurisdiccional de nuestro Poder Judicial nos enrostra que a diferencia de lo que cierto sector de la doctrina intenta exponer, lo que existe en nuestro ordenamiento jurídico-civil es una presunción de incapacidad respecto de las personas con discapacidad mental y psicosocial. Ello, dado que ya ni siquiera es necesaria una sentencia de interdicción para considerar a una persona absolutamente incapaz en los términos del inciso segundo del artículo 43°, sino que, bastará ahora con que un cúmulo de informes médicos estén presentes en el expediente para considerar que una persona carecía de capacidad de ejercicio desde mucho antes de la existencia de una sentencia que así lo declare.

Por estas consideraciones, urge una modificación del artículo 43°, inciso 2, de nuestro Código Civil, partiendo de una idea de presunción de la capacidad y desterrando todas aquellas prácticas que condenan a un reduccionismo médico la situación de las personas con discapacidad mental o psicosocial en nuestro país.

Ahora bien, tenemos en nuestro Código Civil otro artículo dedicado a los supuestos de “incapacidad relativa” de ejercicio. Dicha disposición está redactada en los siguientes términos:

“Artículo 44°

Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurrir en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.”

Pues bien, el análisis estará circunscrito esencialmente a lo referido en los incisos 2 y 3 del precitado artículo. Como se aprecia, tales incisos establecen que son incapaces relativos “los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad”. Para fines prácticos –y para marcar una primera diferencia con los supuestos de incapacidad absoluta de ejercicio– podría anotarse que, para nuestro Derecho Civil, mientras que los actos jurídicos celebrados por los incapaces absolutos son nulos, los celebrados por los incapaces relativos serán anulables.

Nulidad	Anulabilidad
<p>- Es nulo un acto jurídico cuando:</p> <p>i) Le falta un requisito del artículo 140°.</p> <p>ii) Si atenta contra el orden público o las buenas costumbres o normas prohibitivas, cuando falta la manifestación de voluntad, haya sido</p>	<p>- Es anulable un acto cuando:</p> <p>i) Está viciado por incapacidad relativa del agente.</p> <p>ii) Por vicios de la voluntad como el dolo, el error o la violencia.</p> <p>- Si produce efectos jurídicos.</p> <p>- Requiere de pronunciamiento judicial.</p>

<p>practicado por una persona absolutamente incapaz, su objeto es física y jurídicamente imposible o indeterminado, su fin sea ilícito, adolezca de simulación absoluta, no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad, o cuando una ley lo declare nulo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - No produce efecto legal alguno ya que no nace para el derecho. - Es per se (nulo por sí mismo). No requiere de procedimiento judicial, pues opera de pleno derecho. - No requiere sentencia, porque nunca existió. Si es que existe sentencia, tendrá un carácter declarativo. - Puede ser declarado de oficio o a pedido de parte. - No se puede confirmar. 	<ul style="list-style-type: none"> - La sentencia tiene carácter constitutivo, constituye la anulabilidad. - Puede ser declarado a pedido de parte. - Se puede confirmar si se subsanan los vicios que la invalidan.
--	---

Fuente: (Varsi, 2014, p. 870)

Ahora bien, una primera cuestión que ha surgido en debate desde siempre en la doctrina está referida a si existe alguna diferencia entre el supuesto previsto en el inciso 2 del artículo 44° (dedicado a los “retardados mentales” como incapaces relativos) y el inciso 2 del artículo 43° (que prevé como incapaces absolutos a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”).

Sobre esta cuestión, el propio texto del anteproyecto del Código Civil nos invita a ensayar una diferencia al expresar que, en el caso del supuesto del artículo 43°, inciso 2, se requiere que la falta de discernimiento sea habitual, mientras que, en el caso del artículo 44°, inciso 2, se encontrarán los “enfermos mentales” no habituales que presentan intervalos de lucidez (Pontificia Universidad Católica del

Perú, 1980, p. 352). Por tanto, siguiendo a León Barandiarán (1980), en el caso del artículo 43°, la incapacidad será plena, en el sentido que el sujeto no podrá ejercer por sí mismo derecho alguno de que sea titular, mientras que, en el caso del artículo 44°, la limitación será al ejercicio de determinados derechos de modo que otros si podrán ser ejercidos directamente por el sujeto (p. 97).

Desde mi punto de vista, sobra hacer hincapié en que el término empleado por el inciso segundo de este artículo, “retardados mentales”, es abiertamente discriminatorio en el sentido de dispensar un tratamiento claramente peyorativo a las personas con discapacidad mental. Un lenguaje que se compagina con las ideas pregonadas por el modelo médico o rehabilitador que todavía está presente en nuestro Código Civil.

Y en efecto, la prueba estelar de que el artículo 44°, inciso 2, de nuestro Código Civil tiene arraigado el modelo médico o rehabilitador es que fue redactado únicamente por un grupo de cuatro médicos a solicitud de la Comisión de aquel entonces, tal y como el propio ponente, Fernández Sessarego (2000) lo ha reconocido (p. 97).

La misma suerte corrió el inciso tercero del referido artículo. Éste, bajo la genérica expresión “deterioro mental” cubre, sin excepción, todas las circunstancias en la que la persona presenta “anomalías” psíquicas que, en alguna medida, limitan el pleno ejercicio de sus actividades “normales” al impedirle expresar su libre voluntad. Es importante anotar que la incapacidad debe declararse, a la luz de este inciso, solo si es que el grado de deterioro mental afecta, o de alguna manera entraba o condiciona, la libre expresión de voluntad de la persona (Fernández, 2000, p. 136).

Como bien nos ilustra honestamente el ponente del libro primero, el grupo de cuatro médicos que elaboró también este inciso tercero, seleccionó el término “deterioro mental” con el afán de comprender a todos los casos en que se presentara cualquier menoscabo mental que, sin privar a la persona totalmente de discernimiento, la colocaran en una situación de no poder expresar libremente su voluntad. Así, la amplitud de dicha expresión permite adentrar en este supuesto a

cualquier “déficit” que cause un estado de “inferioridad mental” de la persona que incida directamente sobre la forma de manifestar libremente su voluntad (Fernández, 2000, p. 136).

Al respecto, el ponente del libro primero ha reseñado que los médicos que redactaron la fórmula que aparece en el Código Civil de 1984, respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial, nunca entregaron una científica exposición de motivos de su propuesta y no se pudo intercambiar opiniones con ellos o plantearles interrogantes a pesar de que éstos fueron requeridos a través de varios memorándums (Fernández, 2002, p. 193).

Ahora, sobre el supuesto de “deterioro mental” que prescribe el inciso tercero del artículo 44°, es necesario anotar que, al tratarse de un supuesto sumamente abierto en el que pueden encajarse muchos supuestos a criterio del juez, comporta una clara afrenta contra la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. De ahí que Espinoza (1998) nos advierta que, tradicionalmente, el hecho de encontrarse en una situación de “alteración mental” ha sido motivo de estigmatización jurídica con una desproporcionada limitación a la denominada capacidad jurídica de ejercicio y, en consecuencia, un ataque a su subjetividad. Por ello, advierte que los supuestos que permiten limitaciones generales a la capacidad jurídica constituyen formas de discriminación lesivas del principio de la igualdad (p. 31).

Esto, de alguna manera, demuestra que el ordenamiento jurídico peruano, en lo que al tratamiento de la capacidad jurídica se refiere, es de carácter difuso, no sólo entre sus distintos formantes o componentes, sino también al interior de los mismos (Espinoza, 1998, p. 107). Por ello, resulta necesaria una urgente revisión de los incisos 2 y 3 del artículo 44° de nuestro Código a fin de hacerlos compatibles con los estándares vigentes en materia de Derechos Humanos, en general y los estándares de protección de los derechos de las personas con discapacidad en particular.

Además, se debe considerar que durante décadas, tal y como lo reconoce Varsi (2012) la discapacidad mental o psicosocial ha sido considerada como una

desgracia desde el Derecho Civil (*Cfr.* p. 558). Esta es una visión que urgentemente debe ser modificada.

Luego de ello tenemos el artículo 45° dedicado a la representación legal del “incapaz”. Este artículo señala lo siguiente:

“Artículo 45°

Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.”

Lo primero que hay que señalar es que una regla como la prevista en este artículo 45° no estaba considerada en el título del Código Civil de 1936 que trató el tema de la capacidad jurídica (Fernández, 2000, p. 141). En tal sentido, se trata de una previsión nueva que insertó el codificador al momento de tratar lo relativo a las incapacidades absolutas y relativas.

Esta disposición nos dice que tanto los incapaces absolutos como los relativos tendrán un representante legal que ejercerá sus derechos “civiles”. Ello, claro está, para el caso que nos ocupa, luego de que ello se determine mediante una sentencia en un proceso de interdicción.

De la sola redacción de la norma aludida se puede evidenciar que se ha instaurado la lógica de la sustitución en la toma de decisiones antes que la de apoyo o acompañamiento en la toma de las mismas. En efecto, al referir el texto del artículo 45° que serán los representantes legales de los incapaces quienes “ejercerán” los derechos civiles de éstos, nos está diciendo que la persona interdicta queda relegada a un segundo plano y que, en su lugar, será el representante legal quien ejercerá, quien accionará, los derechos de la primera. Una suerte de suplantación legalizada.

Esta sustitución en la toma de decisiones evidenciada en el artículo 45° parte de la configuración tradicional de la institución de la incapacitación que se basa en un enfoque propio y neto del derecho privado que se inspira en una concepción de la discapacidad anclada en el modelo médico o rehabilitador y en la perspectiva

asistencialista (Cuenca, 2012, pp. 64 y 65). En consecuencia, al ser el llamado enfoque de la sustitución en la toma de decisiones una pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica del modelo médico (Cuenca, 2012b, p. 191), es evidente que urge su reconfiguración y adentrarnos más a lo que es el enfoque del apoyo o acompañamiento en la toma de decisiones como se propondrá luego.

Por último, en este título tenemos el artículo 46° cuyo tratamiento está destinado a regular la capacidad adquirida por matrimonio o título oficial. Solo a modo de comentario hay que señalar que se trata de un supuesto de atribución de capacidad por estatus. Ello en tanto lo que se adquiere, aunque el artículo no lo explicita, es la capacidad de ejercicio (dado que la llamada capacidad de goce nunca se pierde sino con la muerte) si es que se contrae matrimonio o se obtiene un título oficial que autorice a la persona a ejercer una profesión u oficio.

Por lo demás, este artículo no aporta mayores elementos para el estudio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial en nuestra normativa civil vigente.

Hasta aquí tenemos el análisis pormenorizado de los artículos que componen el Título V del primer libro de nuestro Código Civil y que comprometen seriamente, como se ha demostrado, el disfrute del derecho a la capacidad de jurídica (capacidad de ejercicio) de las personas con discapacidad mental y psicosocial. No obstante, luego de una observación sistemática del Código Civil es necesario hacer mención a otros artículos del mismo que deben igualmente ser modificados para hacerlos compatibles con la lógica del modelo social y, en consecuencia, garantizar efectivamente los derechos de este grupo de personas.

Por lo tanto, además de los artículos 3°, 42°, 43.2°, 44.2 y 3°, y 45°, hay otras disposiciones del Código Civil vigente que también deben ser modificadas y/o derogadas por una cuestión sistemática y de coherencia (cuya propuesta de cambio será expuesta en detalle más adelante). Se trata de los siguientes

artículos: 37^{o23}, 140.1^{o24}, 141^{o25}, 241.3^{o26}, 243.1^{o27}, 274.1 y 2^{o28}, 368^{o29}, 389^{o30}, 401^{o31}, 407^{o32}, 564^{o33}, 565^{o34}, 566^{o35}, 567^{o36}, 568^{o37}, 568-A^{o38}, 569^{o39}, 570^{o40}, 571^{o41}, 572^{o42}, 573^{o43}, 574^{o44}, 575^{o45}, 576^{o46}, 577^{o47}, 578^{o48}, 579^{o49}, 580^{o50}, 581^{o51}, 582^{o52}, 583^{o53}, 610^{o54}, 612^{o55}, 614^{o56}, 687.2 y 3^{o57}, 696.2 y 6^{o58}, 697^{o59}, 1307^{o60}, 1358^{o61}, 1651^{o62}, 1975^{o63}, 1976^{o64}, 1994^{o65}, 2030.1, 5 y 9^o, y 2070^{o66}.
Son, en total, 56 artículos que representan el 2.63% del Código Civil peruano.

5.2.2. El proceso de interdicción para las personas con discapacidad mental y psicosocial en el Código Procesal Civil de 1993

-
- ²³ Domicilio del incapaz.
 - ²⁴ Manifestación de voluntad.
 - ²⁵ Manifestación de voluntad.
 - ²⁶ Impedimentos absolutos.
 - ²⁷ Impedimentos especiales.
 - ²⁸ Invalidez del matrimonio.
 - ²⁹ Acción negatoria.
 - ³⁰ Reconocimiento por abuelos.
 - ³¹ Negación de reconocimiento.
 - ³² Titular de la acción.
 - ³³ Procedencia de la curatela.
 - ³⁴ Formas de curatela.
 - ³⁵ Interdicción para curatela de incapaz.
 - ³⁶ Curatela provisional.
 - ³⁷ Reglas para la curatela.
 - ³⁸ Facultad para nombrar su propio curador.
 - ³⁹ Prelación de curatela legítima.
 - ⁴⁰ Curadores interinos.
 - ⁴¹ Apreciación de la incapacidad.
 - ⁴² Facultad para nombrar curador.
 - ⁴³ Nombramiento de curador por el consejo de familia.
 - ⁴⁴ Exoneración de inventario.
 - ⁴⁵ Curatela de los padres.
 - ⁴⁶ Atribuciones del curador.
 - ⁴⁷ Frutos y bienes del incapaz.
 - ⁴⁸ Internamiento.
 - ⁴⁹ Exoneración de presentar garantía.
 - ⁵⁰ Tutela de los hijos del incapaz.
 - ⁵¹ Límites a la curatela.
 - ⁵² Anulabilidad de actos.
 - ⁵³ Petición de interdicción.
 - ⁵⁴ Fin de la curatela por rehabilitación.
 - ⁵⁵ Rehabilitación del incapaz.
 - ⁵⁶ Suplencia del curador.
 - ⁵⁷ Incapacidad.
 - ⁵⁸ Formalidades del testamento por escritura pública.
 - ⁵⁹ Testigo testamentario a ruego.
 - ⁶⁰ Transacción de ausentes o incapaces.
 - ⁶¹ Contrato por incapaces.
 - ⁶² Mutuo celebrado por representantes.
 - ⁶³ Responsabilidad de incapaz.
 - ⁶⁴ Responsabilidad del apoderado del incapaz.
 - ⁶⁵ Suspensión de la prescripción.
 - ⁶⁶ Ley del domicilio.

Una falencia que ha estado presente en casi todos los países que están en proceso de adecuar su regulación legal sobre la capacidad jurídica de conformidad con el modelo social, y en los que incluso ya han llegado a modificar su normativa interna para tal fin, es que no se ha prestado la atención debida a las modificaciones procesales que necesariamente tienen que acompañarse. Lo mismo ocurre en nuestro país, pues, de las tres propuestas legislativas (solo dos de ellas en curso) tan solo la recaída en el Proyecto de Ley N° 872/2016-CR ha contemplado la posibilidad de adecuar el Código Procesal Civil. Empero solamente lo hace respecto de cuatro artículos del mismo, lo cual, ciertamente es insuficiente para hablar de una verdadera adecuación normativa.

Por ello resulta de capital importancia analizar el estado actual del proceso de interdicción para personas con discapacidad en nuestro país a fin de conseguir adecuar y construir un verdadero proceso que salvaguarde los derechos e intereses de estas personas.

Lo primero que hay que observar es que el artículo 564° del Código Civil (insertado en el Capítulo Segundo del Título II del Libro de Derecho de Familia) establece que las personas a las que se hace referencia en los artículos 43°, incisos 2 y 3 (éste último derogado) y 44°, incisos 2 a 8, están sujetas a la institución supletoria de amparo conocida como curatela. Por tanto, para el caso que nos concierne, es decir, para las personas que “por cualquier causa se encuentran privadas de discernimiento” (artículo 43.2°), “los retardados mentales” (artículo 44.2°) y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” (artículo 44.3°) que, en esencia son las personas con discapacidad mental y psicosocial, el Código Civil prevé la institución de la curatela.

La curatela como tal es instaurada a través del proceso de interdicción que regula el Código Procesal Civil. La interdicción, como tal, es un proceso en el que la pretensión está dirigida a cuestionar el estado de incapacidad del individuo y supone la afectación directa (respecto del interdicto) de sus derechos e intereses morales y económicos desde que, con la declaración de interdicción y posterior

nombramiento de curador, será éste quien asuma su representación (Ledesma, 2015, p. 787).

La curatela, junto con la patria potestad y la tutela, pese a ser instituciones de “Derecho de Familia Protectivo”, encuentran diferencias entre sí. Se dice, por tanto, que “la patria potestad es de ejercicio exclusivo de los progenitores; la tutela se refiere a los menores sin patria potestad y la curatela implica la protección de la persona mayor pero incapaz” (Varsi, 2012, p. 558).

En este panorama lo primero que corresponde afirmar es que, de conformidad con el artículo 546.3° del Código Procesal Civil, el proceso de interdicción se tramita en la vía del proceso sumarísimo. Se trata, por consiguiente, de un proceso cuya naturaleza es ser expeditivo y limitado en cuanto a los plazos. Por tanto, la actividad probatoria es reducida y solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata (como la prueba documental). Esta actuación probatoria se agota en una sola etapa en audiencia única, tal y como lo describe el artículo 555° del Código Procesal Civil (Ledesma, 2015, p. 711).

Ahora bien, una vez identificada la naturaleza procesal del proceso de interdicción, tenemos que el artículo 581° del Código Procesal Civil establece la procedencia de la demanda de interdicción y señala que la misma se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como contra aquellas personas que, teniendo derecho a solicitarla, no lo hayan hecho. En cuanto a los sujetos legitimados para demandar la interdicción, el artículo 583° del Código Civil señala que éstos son el o la cónyuge o los parientes del presunto incapaz, así como el Ministerio Público.

Finalmente, sobre la competencia, el artículo 547° del Código Procesal Civil establece que será el juez de familia en encargado de dirimir las controversias de esta naturaleza.

Una primera cuestión sobre la que hay que poner atención en este punto es que nuestro Código Procesal Civil se decanta por una visión sancionatoria en cuanto a la procedencia de la demanda de interdicción, esto porque debido a que obliga

que los demandados sean también las personas que, habiendo estado facultadas para ello, no hubieran solicitado la interdicción del sujeto. De manera tal que se crea un incentivo perverso para que los legitimados demanden la interdicción, aun cuando no lo consideren necesario, pues, de lo contrario, podrían verse envueltos en un proceso judicial.

Es importante también advertir como el artículo 583° del Código Procesal Civil diseña un supuesto denominado “caso especial” en virtud del cual prácticamente cualquier persona puede demandar la interdicción “cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública”. Lo que encierra tras de sí este supuesto normativo es que todavía se sigue considerando como peligrosas a las personas con discapacidad mental o psicosocial.

En cuanto a los medios probatorios, el artículo 582.2° del Código Procesal Civil establece que en la demanda de interdicción se debe acompañar la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, que se entenderá expedida bajo juramento o promesa de veracidad y que, además, luego debe ser ratificada por el facultativo en la audiencia única que para los fines convoque el juez.

Se dice que lo relevante que debe contener el informe médico al que alude este artículo es la determinación, con la mayor precisión posible, del diagnóstico de la enfermedad, del pronóstico de ésta y del régimen aconsejable para la protección y la asistencia del presunto interdicto (Ledesma, 2015, p. 795).

Al respecto, Ledesma (2015) sostiene que, al margen de la prueba documental que se requiere agregar conjuntamente con la demanda, el juez, en la etapa correspondiente del proceso, y al margen de la ratificación de los médicos, podrá designar de oficio a dos médicos psiquiatras para que informen dentro de un breve término, sobre el estado de las facultades mentales del presunto “insano”. Si los dos médicos no estuviesen de acuerdo, el juez deberá designar a un tercero para que dirima. En todo caso, la apreciación de la prueba pericial le compete exclusivamente al juez (p. 795).

Posteriormente, luego de interpuesta la demanda, el juez debe conceder, por mérito del artículo 554° del Código Procesal Civil, cinco días para que los emplazados contesten la misma (tanto el presunto interdicto como a quienes se hubiera demandado).

Aun cuando normativamente no se ha explicitado, existe la probabilidad de que el juez pueda nombrar, para el presunto interdicto, un “curador procesal” para que lo represente y defienda en el proceso hasta que se expida la sentencia definitiva. La elección de la persona para este cargo remite al juez a la prelación del artículo 569° del Código Civil y a los directores de los asilos si los incapaces estuviesen asilados (Ledesma, 2015, p. 792).

Luego de los rituales procesales propios del proceso sumarísimo, el juez convoca a una audiencia única en la que se resuelve, si las hubiere, las excepciones para proceder a declarar saneado el proceso. En esta misma audiencia se actúan las pruebas y en ese mismo acto, luego de escuchar a los abogados, el juez debe dictar sentencia o, de manera excepcional, puede aplazar la expedición de la misma por un plazo no mayor de diez días contados desde la celebración del referido acto tal y como lo prescribe el artículo 555° del Código Procesal Civil. Esta misma norma establece que no todos los medios probatorios serán admisibles por su sola presentación, sino que, reserva al juez un ámbito de decisión sobre la pertinencia de los mismos.

De manera frecuente el juez, para decidir si una persona debe ser o no interdictada, justifica la incapacidad de la misma en virtud de los siguientes criterios: la imposibilidad de dirigir sus negocios; no poder prescindir de cuidados y socorros permanentes, o amenazar la seguridad ajena o pública (Castillo y Sánchez, 2010, p. 550).

Aspectos todos que parecen enfocados en circunstancias extrínsecas antes que en los propios deseos y derechos de las personas presuntamente incapaces. Asimismo, por mandato del artículo 569° del Código Civil, el juez debe seguir una orden de prelación para la asignación del curador que es la siguiente: en primer lugar, el o la cónyuge no separado judicialmente; en segundo término los padres;

en tercer lugar, los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto, y en igualdad de grado, al más idóneo; en cuarto lugar los abuelos y, por último, los hermanos.

Ahora, si bien es cierto que el artículo 581° del Código Civil ordena que el juez fije la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de la persona, lo cierto es que ello no sucede en el terreno de la realidad (Abad, 2016, p. 90 y Espinoza, 1998, p. 106). Esta obligación jurisdiccional es dejada de lado incluso a pesar de que la Presidencia del Poder Judicial, mediante la Resolución Administrativa N° 272-2014-P-PJ del 4 de setiembre de 2014, exhortó a los jueces que conozcan éstos casos a señalar de manera clara, expresa y sencilla en sus sentencias la extensión y límites de la curatela que ordenen.

Basta con revisar las sentencias que emite regularmente el Poder Judicial sobre la materia para darse cuenta de lo poco minuciosos que son los jueces en este aspecto. Por lo general, dictan sentencias de interdicción muy reducidas de cuatro o cinco páginas en las que no se observa una relación detallada de los límites de la curatela a pesar de citar incluso la norma que los obliga a hacerlo (*Cfr.* Segundo Juzgado de Familia de Chimbote, Exp. N° 00343-2012-0-2501-JR-FC-02, fundamento 5; Exp. N° 00922-2009-0-2501-JR-FC-02, fundamento 6; Exp. N° 01111-2013-0-2501-JR-FC-02, fundamento 9; Tercer Juzgado de Familia de Chimbote, Exp. N° 00720-2011-0-2501-JR-FT-03, pág. 5; Primer Juzgado de Familia de Tacna, Exp. N° 02460-2012-0-2301-JR-FC-01, fundamento 7, entre muchas otras). Es una mala práctica que incluso ha sido avalada de manera implícita por la Corte Suprema de la República (Casación N° 2698-2013-Lima Norte, pág. 5).

Es importante también poner en evidencia el poco protagonismo que se le da a la persona cuya interdicción se pretende durante el desarrollo del proceso. Contrariamente a lo que sostiene, por ejemplo, Ledesma (2015) para quien el presunto interdicto tiene derecho a participar del proceso de interdicción directamente en tanto aún conserva su capacidad hasta que no se haya dictado sentencia firme (790), la práctica nos enrostra una realidad muy distinta pues basta con revisar los procesos judiciales de interdicción para verificar la poca o

nula participación real de las personas con discapacidad durante el desarrollo del proceso (Tercer Juzgado de Familia de Chimbote, Exp. N° 00720-2011-0-2501-JR-FT-03, página 4; Primer Juzgado de Familia de Tacna, Exp. N° 00697-2011-0-2301-JR-FC-01; Exp. N° 02673-2012-0-2301-JR-FC-01, entre muchos otros).

En ese sentido, visto el estado actual del tratamiento que se les dispensa a las personas con discapacidad mental y psicosocial en el diseño del proceso de interdicción peruano, se puede aseverar que estamos ante una flagrante vulneración del derecho de defensa de estas personas reconocido por el artículo 139.14° de nuestra Constitución y por el artículo 8.2° de la CADH, en tanto que de manera contraria a lo exigido por la Corte IDH se les trata como meros objetos del proceso y no como sujetos del mismo (*Cfr.* Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, párr. 121 y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, párr. 29).

Por otro lado, en cuanto a la sentencia que declara incapaz a la persona (ya sea absoluta o relativamente), ésta puede ser apelada desde el tercer día de notificada con efecto suspensivo de conformidad con el artículo 556° del Código Procesal Civil. Es decir, de apelarse, la sentencia no podrá ejecutarse y quedará en suspenso hasta que el recurso sea resuelto por el *ad quem*. En teoría, este precepto serviría para sostener una “presunción de capacidad” del sujeto. Sin embargo, hay un mecanismo procesal que rompe con esto.

Se trata del artículo 683° del código adjetivo que faculta al juez para que, de oficio o a petición de parte, dicte medida cautelar en el proceso de interdicción (según le exija la naturaleza y alcances de la situación presentada). En mérito a esta previsión, el juez puede nombrar a un denominado “curador provisional”, tal y como lo dispone el artículo 567° del Código Civil que a la letra dice:

“Artículo 567°

El Juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional”

Esta disposición rompe abiertamente con el principio de “presunción de la capacidad” de las personas con discapacidad que emerge de la propia CDPD y que proyecta una garantía que exige reconocer como presuntamente capaces a estas personas. En efecto, al permitir que el juez “prive” provisionalmente de la capacidad de ejercicio a estos sujetos de derecho, se les está atribuyendo una cualidad de incapaces sin haber merituado todos los medios probatorios.

Por lo expuesto, en ese punto se coincide totalmente con Cuenca (2012) cuando refiere que la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad se debe siempre presumir, lo que significa una relevante inversión de la carga de la prueba respecto de la regulación (pp. 73 y 74) y/o de la aplicación práctica de cuestiones procesales como la medida cautelar prevista en nuestro Código Procesal Civil.

Pero bien, volviendo al tema del supuesto en el que se apele una sentencia de primera instancia que declara interdicta a una persona con discapacidad mental o psicosocial, encontramos que, por el propio diseño del proceso sumarísimo, el derecho a la pluralidad de instancias se ve ciertamente recortado. Por ejemplo, el artículo 559.3° del Código Procesal Civil enuncia que resulta improcedente en este tipo de procesos el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia. Esto hace que, en la mayoría de los casos, una sentencia de primera instancia que declara incapaz a una persona sea prácticamente inmodificable en la instancia de revisión.

¿Y cómo puede entonces recuperar su capacidad de ejercicio el judicialmente declarado incapaz? Para esto tenemos que observar el supuesto de “rehabilitación” que diseña el propio Código Procesal Civil de la siguiente manera:

“Artículo 584°

La declaración de rehabilitación puede ser pedida por el interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar, siguiendo las reglas de este Subcapítulo. Se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, en su caso.”

Lo primero que hay que anotar es que las consecuencias de la rehabilitación (entendida esta como levantamiento de la interdicción) son, según la doctrina, esencialmente dos: a) la reintegración al incapacitado judicialmente del estado de pleno gobierno de su persona y de administración de sus bienes, y b) la cancelación de los asientos que, referentes a la declaración judicial de incapacidad, constasen en los Registros Públicos (Castillo y Sánchez, 2010, p. 554).

Luego, sobre este tema, hay al menos dos cuestiones que merecen ser revisadas. La primera tiene que ver con lo dispuesto en el mismo artículo 584° del código adjetivo respecto a los sujetos legitimados para solicitar la rehabilitación. Como se observa, éstos pueden ser la propia persona sobre la cual recae la declaratoria judicial de interdicción, el curador designado en dicha declaratoria o cualquier persona siempre que demuestre tener interés y legitimidad para obrar.

En el primer supuesto –el de la propia persona interdictada– resulta adecuado que se le permita cuestionar su estado de incapacidad legal aun cuando, en sentido estricto, no tendría forma de accionar puesto que sus derechos procesales han sido recortados por mérito de la primigenia declaratoria de interdicción. Se puede hablar, desde esta perspectiva, de una suerte de legitimidad procesal especial en razón del sujeto que interviene, pues es él el principal interesado en recuperar su capacidad de ejercicio que le ha sido recortada o anulada.

En el segundo caso (el del curador) también es positivo que dicho sujeto procesal pueda solicitar la rehabilitación de la capacidad de ejercicio del sujeto interdictado. No obstante, lo cierto es que en la práctica rara vez se puede apreciar que sea el curador quien accione este pedido. Por último, en el caso de cualquier persona que demuestre interés y legitimidad para obrar, podría perfectamente decirse que, incluso, cualquier entidad estatal encargada de velar por los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, como la Defensoría del Pueblo, podría legítimamente intervenir solicitando la rehabilitación de la persona sujeta a curatela. No obstante, en la práctica ello nunca ha sucedido.

La segunda cuestión que merece ser analizada con detenimiento tiene que ver con las condiciones que la ley exige que deben darse para que el juez determine que es procedente la rehabilitación y el consecuente levantamiento de la interdicción de la persona. Al respecto, el artículo 612° del Código Civil señala que, para el caso de los individuos referidos en los artículos 43.2°, 44.2° y 44.3°, solo será posible conceder la rehabilitación cuando el juez compruebe, de manera directa o por medio de un examen pericial, la desaparición de la situación que motivó la instauración de la curatela.

Lo contemplado en dicho artículo del Código Civil hace improbable que las persona con discapacidad mental y psicosocial recuperen su capacidad de ejercicio, debido a que condiciona la rehabilitación de la capacidad a un examen médico. Así se reduce, una vez más, la existencia de estas personas a una mera dimensión médica o rehabilitadora, lo cual suprime las diversas aristas que deberían ser apreciadas por el juzgador al momento de decidir sobre la rehabilitación de la capacidad de ejercicio de una persona con discapacidad.

Otro aspecto que preocupa es que la norma no permite al juez una rehabilitación gradual o escalonada de la capacidad de ejercicio del sujeto, sino que, únicamente le permite decidir si el sujeto se ha vuelto totalmente capaz y, en caso ello no ocurra, continuará el estado de incapacidad legal. Lamentablemente esta visión incluso es apoyada por la doctrina nacional (Ledesma, 2015) al referir que, en caso de duda, debe mantenerse la interdicción (p. 798).

Y preocupa, precisamente, porque modernamente se ha empezado a comprender que la idea de capacidad es un concepto “gradual” y “relativo” y no un concepto “binario”. De tal modo que la sociedad no se divide en sujetos capaces e incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidades diversas, que pueden encontrarse en diferentes situaciones, enfrentarse a más o menos dificultades para desarrollar su autonomía moral y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos (Cuenca, 2011b, p. 236).

En consecuencia, en vista de lo inadecuado que resulta el diseño actual del proceso sumarísimo de interdicción que culmina con la designación de un curador

para las personas con discapacidad mental y psicosocial, urge la modificación y/o derogación de los artículos 21^{o67}, 408.1^{o68}, 475^{o69}, 546.3^{o70}, 547^{o71}, 581^{o72}, 582.2^{o73}, 583^{o74} y 584^{o75} del Código Procesal Civil. Es decir, de 9 artículos que representan el 1.07% del código adjetivo. De igual forma, también es conveniente añadir algunas otras disposiciones. Todo esto será propuesto a detalle en el capítulo correspondiente.

5.3. Los intentos de reforma del Código Civil de 1984: ¿condenados a vivir con este código que data de hace más de tres décadas?

Hace poco más de treinta y tres años que se encuentra en vigencia el actual Código Civil peruano. Su existencia –es oportuno manifestarlo– no ha sido del todo pacífica debido a que desde un inicio se alzaron voces a favor de su modificación, ya sea parcial o total. Incluso, en esta discusión, hay quienes exigen volver al Código de 1936 pues lo juzgan más idóneo que el actual. En fin, hay tantas posiciones como autores que han escrito sobre el tema de la reforma del Código Civil de nuestro país.

Para una mejor comprensión de lo que se ha discutido, juzgo que resulta importante traer a colación tanto lo que se ha hecho desde el terreno de las propuestas legislativas, como lo que se ha planteado en el plano de la doctrina especializada.

5.3.1. Las propuestas legislativas de una reforma que parece imposible

El primero en promover una reforma del Código Civil de 1984 –de manera informal si se quiere– fue paradójicamente uno de sus principales promotores, el maestro *Carlos Fernández Sessarego* quien hacía el año 1991, cuando fungía

⁶⁷ Incapacidad.

⁶⁸ Consulta.

⁶⁹ Proceso de conocimiento.

⁷⁰ Procedencia de la interdicción.

⁷¹ Competencia.

⁷² Procedencia.

⁷³ Anexos específicos.

⁷⁴ Caso especial.

⁷⁵ Rehabilitación.

como Director del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, convocó a varios destacados profesores de diferentes universidades a efectos de revisar cada libro del Código de 1984 y proponer las enmiendas necesarias. Luego del trabajo desplegado por este grupo de juristas, las propuestas de enmiendas estudiadas y debatidas fueron presentadas en enero de 1995 a la Comisión de Constitución del entonces Congreso Constituyente Democrático.

Después de esto, con el propósito de discutir –ya en un plano formal– la reformas propuestas por el referido Centro de Investigaciones, se publicó la Ley N° 26394, de fecha 11 de noviembre de 1994, mediante la cual se creó una comisión destinada a elaborar una ley de enmiendas del Código Civil de 1984. Lo negativo de esta primera comisión (cuya labor inicio en el verano de 1995) es que tan solo pudo debatir y revisar el proyecto de reformas al libro primero debido a cuestiones de interrupciones políticas (Fernández, 2006, p. 16).

Esta primera comisión reformadora estuvo compuesta por siete personas y la presidió el Dr. Carlos Torres y Torres Lara. Debido a la poca actividad que tuvo esta primera comisión, no se presentó ninguna propuesta formal de anteproyecto ante el Congreso para ser debatida.

Luego, en el último trimestre de 1996, con la publicación de la Ley N° 26673 se instauró nuevamente la comisión reformadora del Código Civil de 1984, pero esta vez sus miembros pasarían de ser siete a trece. Presidió en esta oportunidad la referida comisión el Dr. Jorge Muñoz Ziches elegido por el Congreso.

Durante esta segunda etapa, fueron muchos los cuestionamientos en torno a la pertinencia o no reformar el Código Civil. Según Muñoz Ziches, las principales razones por las cuales era necesaria una reforma del Código de 1984 apuntaban a criticar el desfase del mismo debido a los avances de la ciencia y la tecnología desde la promulgación del mismo y, por otro lado, a la necesidad de adecuar las normas del Código Civil de 1984 a la Constitución de 1993 (Coaguila, 2011, pp. 25 y 26).

Este segundo periodo de trabajo fue más fructífero puesto que se pudo revisar todo el articulado del Código (Fernández, 2014, p. 27). Sin embargo, no obstante las diversas posturas sobre una reforma integral del Código Civil, la comisión en este segundo periodo de existencia decidió no proponer una reforma integral sino solo proponer las modificaciones que consideró necesarias (Coaguila, 2011, p. 26).

Finalmente, en agosto de 1999, el entonces presidente de la comisión reformadora presentó ante el Congreso el proyecto de ley con las propuestas de enmiendas trabajadas por dicha comisión. Sin embargo –muy a despecho de quienes trabajaron arduamente en el segundo periodo de esta comisión reformadora– el proyecto fue observado y archivado, quedando otra vez en ascuas las esperanzas de una reforma de nuestro Código.

Luego tendríamos un tercer intento durante el gobierno de Alejandro Toledo. Con la Resolución Ministerial N° 460-2002-JUS se conformó en el año 2002 una tercera comisión reformadora que sería presidida por el Dr. Jorge Avendaño Valdez.

La dinámica de esta tercera comisión sería ciertamente distinta a la de sus predecesoras. Esta vez, sin publicar ni debatir públicamente las propuestas (como se había hecho anteriormente) la nueva comisión envió directamente sus proyectos de enmiendas al Ministerio de Justicia (Fernández, 2006, p. 16). En esta oportunidad no participaron figuras importantes que si habían participado anteriormente como Manuel De La Puente y Lavalle, Max Arias Schreiber y el mismo Carlos Fernández Sessarego.

Esta vez la comisión reformadora solo ocupó su labor en proponer reformas parciales. Por ello, lo que se propuso desde un inicio dicha comisión fue elaborar una ley de enmiendas al Código de 1984 y no un nuevo texto civil. Durante su tarea, ésta produjo enmiendas escasas, no cubriendo todas las situaciones que requerían perfeccionarse o actualizarse (Fernández, 2014 p. 27).

Ya en el año 2006, esta comisión entregó un anteproyecto de ley de reformas urgentes (parciales), consistentes en 144 artículos, al Poder Ejecutivo y al Congreso. Dentro de estas propuestas se contemplaron ciertas reformas al libro de personas, aunque no eran propuestas muy alentadoras. El anteproyecto mencionado fue delegado a una comisión especial revisora del Congreso que se encargaría de estudiar los alcances de las propuestas.

La referida comisión revisora, luego de estudiar las propuestas, decidió aceptar enmendar tan solo 58 artículos del Código Civil. En marzo de 2011, luego de cinco años, presentó su informe final ante la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, la cual, una vez más por cuestiones políticas de la época, decidió no aprobar la propuesta (Coaguila, 2011, pp. 30 y 31). De esa manera se frustró nuevamente el intento de reformar –aunque sea parcialmente– nuestro Código Civil.

La empresa por reformar el Código Civil quedaría en el tintero por algunos años hasta que esta tarea fue puesta en marcha, “de nuevo”, por el actual gobierno con la Dra. María Soledad Pérez Tello a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Así, en octubre de 2016 mediante la Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS, quedó conformado un nuevo grupo de trabajo cuya misión es revisar y proponer mejoras al Código Civil de 1984.

Como queda expuesto, la labor de este “grupo de trabajo”, presidido por el Dr. Mario Fernández Cruz, se limitará a encontrar aquellas instituciones civiles que pueden y deben ser mejoradas. Por tanto, no se pretende una reforma total del código vigente, lo que se busca en todo caso es simplemente una reforma parcial.

La labor de este nuevo grupo de trabajo, en teoría, estaba prevista para culminarse en julio de 2017, sin embargo, el plazo establecido inicialmente de 180 días se ha ido prorrogando y, en honor a la verdad, con toda justicia pues no es lógico pretender una reforma del Código Civil –aunque sea parcial– con tan poco tiempo para preparar y repensar las enmiendas.

Valga poner en actas que esta vez también se ha optado por mirar hacia el Código Procesal Civil. De manera que mediante la Resolución Ministerial N° 0299-2016-JUS ha sido creado también un grupo de trabajo dedicado a estudiar y proponer reformas a nuestro texto adjetivo bajo la presidencia del Dr. Giovanni Priori Posada.

Sobre ello resta decir que ambos grupos de trabajo aún no han concluido sus labores y por lo tanto no han hecho públicas sus recomendaciones, por lo cual, habrá que esperar para ver el producto final de dichos grupos de trabajo y, de igual forma, habrá que esperar también que la falta de voluntad política esta vez no sea el factor que por enésima vez frene los intentos de reforma.

Hasta aquí se han puesto sobre la mesa todos los intentos infructuosos por reformar nuestro Código Civil de 1984 (y se ha dado cuenta del intento actualmente en curso). Lo cierto es que en todas estas oportunidades la reforma ha sido pensada insistiendo en temas contractuales, obligacionales, patrimoniales, etc. y no se ha prestado la atención debida al libro de personas en general, y al tema de la capacidad jurídica en particular.

Sin embargo, sobre el tema específico de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se han perfilado propuestas legislativas concretas que buscan adecuar, de alguna u otra manera, nuestro Derecho Civil a la CDPD. Como fue puesto en evidencia anteriormente, el primero de ellos, el Proyecto de Ley N° 4601/2014-CR, ha sido ya archivado, mientras que los dos que actualmente se encuentran en giro, el Proyecto de Ley N° 792/2016-CR y el Proyecto de Ley N° 872/2016-CR ni siquiera han obtenido dictamen favorable de las comisiones a las cuales han sido encargados para su estudio.

Dichos proyectos continúan en el letargo a pesar que el ex Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, Alberto De Belaunde, ha expresado que el Congreso debería darle prioridad a este tema por ser una causa justa (De Belaunde, 2017). Lo cierto es que es muy probable que el periodo legislativo actual culmine y las propuestas que hoy tenemos sean lamentablemente archivadas. Por ello es que es necesario poner en relevancia

este tema, pues no resulta compatible con la justicia que una cuestión tan prioritaria e importante esté siendo relegada a un último orden.

5.3.2. ¿Cuál es la posición de la doctrina nacional sobre la reforma del Derecho Civil peruano en lo tocante a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad?

Diversos autores nacionales han acompañado los intentos legislativos de reformar el Código Civil con sus opiniones y pareceres desde sus respectivos puntos de vista. De manera específica, hay quienes se han pronunciado a favor o en contra de modificar el Código Civil de 1984 en lo concerniente a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Así, como ya se había adelantado, el profesor Samuel Abad (2016) es partidario de modificar el Código Civil en el extremo anteriormente referido pues considera que estamos ante un verdadero estado de cosas inconstitucionales (p.105). En similar sentido se ha pronunciado también Juan Espinoza Espinoza (1998), para quien los institutos jurídicos como la interdicción deben ser vueltos a ver a la luz de los principios que gravitan en torno a la tutela de las necesidades existenciales de los sujetos de derecho, eliminando así, criterios anacrónicos que obstaculizan su pleno desarrollo (p. 37).

Por su parte, Jairo Cieza Mora (2015) ha señalado que tanto la interdicción como la curatela lo que hacen es generar la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, colocando en su lugar la voluntad del curador (p. 50). Desde su punto de vista, estas instituciones jurídicas han ocasionado un perjuicio para las personas con discapacidad (p. 49). Sostiene por ello que la declaratoria de interdicción no puede significar el enterramiento de la persona con discapacidad como sujeto de derecho ya que no corresponde señalar que una persona en tal situación es un incapaz de ejercicio, pues una cosa es tener alguna discapacidad por alguna circunstancia física o psíquica y otra es ser un incapaz por decisión de una norma jurídica (pp. 44 y 47).

En la misma línea, el aludido autor ha sido enfático en advertir que bajo ningún concepto se puede pretender aseverar que la interdicción, tal y como está diseñada en nuestro ordenamiento jurídico, es un sistema de apoyo a la luz de lo que exige la CDPD porque lo cierto es que no lo es (Cieza, 2015b, p. 179).

En dicha perspectiva también se ha pronunciado el Juez Edwin Bejar Rojas (2015) insistiendo en que no solamente hace falta cambiar la normativa civil sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial, sino que también, es necesario un replanteamiento de la teoría estándar de los derechos que ha sido construida sobre el modelo de un individuo caracterizado por sus “capacidades” (p. 59).

Sin embargo, también hay posiciones contrarias –ciertamente respetables– que sostienen una defensa férrea de la interdicción y la curatela para personas con discapacidad mental y psicosocial.

Por ejemplo, Enrique Varsi (2013) reconoce que la curatela suple la voluntad de la persona con discapacidad mental o psicosocial, sin embargo, sostiene que ello sucede con la única finalidad de “proteger” a estas personas (pp. 46 y 37). Esta posición es la más frecuente de parte de quienes intentan justificar la supervivencia de instituciones como la interdicción y la curatela para las personas con discapacidad. No obstante, lo cierto es que la vida cotidiana demuestra que esa falsa protección que se pretende dispensar se desvanece con el ejercicio abusivo y arbitrario de las funciones del curador.

También se asoma la posición de Mario Castillo Freyre (1998) quien, desde siempre, ha sido un escéptico en cuanto a la pertinencia de reformar el Código Civil de 1984. Ha señalado que si bien nuestro código puede tener ciertas falencias e imprecisiones, éstas no justifican su reforma parcial o total, pues aun con todo ello, a su juicio es uno de los mejores códigos de la región (pp. 41, 201 y 203).

Ahora bien, sobre el tema concreto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el referido autor ha escrito que la CDPD no sugiere la eliminación

de la curatela o la interdicción, sino más bien el establecimiento de órganos de apoyo que, a través de ajustes razonables, ayuden a que las personas con discapacidad expresen su voluntad. Asimismo, ha señalado que la CDPD no impone a los Estados la obligación de eliminar la interdicción o la curatela y que, desde su punto de vista, estas instituciones constituyen una de las mayores garantías jurídicas, no solo para estas personas, sino también para terceros y “para salvaguardar el tráfico mercantil” (Castillo y Chipana, 2015, pp. 26, 31, 36 y 37).

La posición de Castillo Freyre –suscrita con Chipana Catalán– es ciertamente alejada del verdadero espíritu de la CDPD y remarca, sin tapujos, que es mejor proteger el tráfico mercantil y los negocios jurídicos que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial en pie de igualdad. Desnuda a todas luces un enfoque patrimonialista alejado de la perspectiva constitucional y humanista que actualmente exige esta materia.

En virtud de lo expuesto por la doctrina, se puede concluir que lo único cierto es que urge una modificación del Código Civil peruano en torno a la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial. Esto porque, entre otras cosas, nuestro código vigente asume un paradigma de “normalidad” que desde siempre ha servido para justificar la limitación irrazonable de los derechos de estas personas, calificándolas como incapaces absolutas o relativas pues no son “normales” (Abad, 2016, pp. 88 y 93).

Es cierto que el libro de personas del Código Civil de 1984 es el que mayores cambios sufrió con respecto a su antecesor de 1936 (Fernández, 1990, p. 24). No obstante, esto no quiere decir que la reforma haya sido completa y acabada. Nos demuestra, más bien, que la regulación sobre los derechos de las personas es lo que avanza a un ritmo más vertiginoso pues, al ser la persona un ser en constante evolución, lo será también la regulación jurídica que se haga sobre sus derechos.

Una verdadera reforma en este ámbito nos obliga a analizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde el punto de vista de los Derechos

Humanos, desterrando la tendencia de estudiar esta cuestión exclusivamente desde la óptica del derecho privado (Barranco, Cuenca y Ramiro, 2012, p. 58).

Sin duda alguna ello implica –sobre todo en nuestro contexto– empezar por lo que el maestro Carlos Fernández Sessarego (1992) ha tenido a bien denominar “la despatrimonialización del derecho”. Sobre ello, ha manifestado lo siguiente:

“El patrimonialismo jurídico antepone, así, la tutela de los intereses económicos, centrados en la propiedad, frente a la protección de la persona. La tendencia que se observa en el derecho contemporáneo trata de subvertir esta tradicional jerarquía, al pretender que el sistema jurídico gire y se centre en torno a la persona humana. En síntesis, se trata de sustituir una concepción dentro de la cual el patrimonio es considerado como un fin, por aquella otra que lo aprecia tan sólo como un indispensable y valioso instrumento al servicio de la persona humana, la que es –como lo tenemos dicho- un fin en sí misma.

El patrimonialismo muestra, al menos, dos graves errores. En primer término, el no advertir la calidad existencial inherente a la persona humana, en cuanto ser libre, estimativo y creador, diferente a la entidad de las cosas u objetos que integran el patrimonio. En segundo lugar, los que adhieren a esta corriente del pensamiento jurídico no logran aprehender que, como consecuencia de su calidad ontológica, la persona humana constituye, per se, un valor carente de significación económica.” (pp. 30 y 31)

En consecuencia, cualquier intento de reforma que intente hacer compatible nuestro Código Civil con las obligaciones internacionales asumidas por el Perú, deberá nutrirse de una base sólida de humanismo. Ello, en tanto es impracticable seguir empleando para la tutela de la persona humana los mismos criterios y técnicas que se utilizan para la protección del patrimonio (Fernández, 1992, p. 79).

Es cierto también que el miedo a los cambios es tal vez el principal factor que ha permitido perpetuar una costumbre violatoria de Derechos Humanos de las

personas con discapacidad en nuestro país. Todo este temor se puede diluir si tenemos en cuenta que la exposición de motivos de nuestro actual código reconoce que éste texto exige, como el mejor homenaje que se le puede rendir, ser sometido a periódica revisión para adecuarlo y sintonizarlo con los acelerados desarrollos de la ciencia, a la luz de los valores jurídicos y de las instancias éticas que le sirven de seguro sustento (Fernández, 2014b, p. 47).

Así las cosas, es una realidad inobjetable que es menester repensar las instituciones de la interdicción y la curatela para las personas con discapacidad mental y psicosocial. La costumbre y el estatus *quo* no pueden ser sustentos suficientes para mantener un estado de cosas que lesiona derechos. Por ello, uno de los peruanos más brillantes de los últimos tiempos, el maestro De Trazegnies (2014), nos recuerda que “las cosas no son buenas porque siempre hayan sido de esa manera” (p. 28). No cabe, pues, mantener las cosas como están solo por el miedo a los cambios que exigen los tiempos actuales.

5.3.3. Dos casos emblemáticos en el Poder Judicial sobre capacidad jurídica y discapacidad

En los acápites anteriores, si bien se ha hecho referencia al común de los casos resueltos por el Poder Judicial de nuestro país en torno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad –evidenciando ciertas y tremendas falencias en cuestión de protección de derechos– es necesario también referir dos casos que resultan emblemáticos en esta temática pues representan, cada uno a su modo, una visión más cercana al modelo social y, en consecuencia, al paradigma del apoyo en la toma de decisiones dejando de lado el de la sustitución en las mismas. Cabe aclarar que ninguno de estos casos se encuentra finalizado con sentencia ejecutoriada y definitiva.

El primero de ellos, que es un proceso de amparo, es el “*Caso José Antonio Segovia Soto*” que, a la fecha, cuenta únicamente con sentencia de primera instancia dictada por el Segundo Juzgado Constitucional de Lima. Por otro lado, tenemos el “*Caso de los Hermanos Velásquez Ciprián*” que es un proceso de interdicción que ya ha tenido sentencias en primera y segunda instancia –en un

proceso muy particular por cierto—, siendo tramitado en el Cusco. De ambos casos se hará un análisis a continuación para extraer lo positivo de éstos y, asimismo, dejar en evidencia algunas falencias que contienen.

Solo a modo de anotación preliminar antes de ingresar al análisis de los mencionados casos, es necesario poner en conocimiento que el Tribunal Constitucional mediante la reciente sentencia recaída en el Expediente N° 03562-2016-PHC/TC, declaró improcedente una demanda de *hábeas corpus* cuya pretensión estaba dirigida a que se declare la nulidad de todas las resoluciones judiciales que declararon fundadas las demandas de interdicción civil contra diversas personas no identificadas.

Lógicamente, la demanda no soportaba un análisis de procedencia debido a que el fin de la misma no se condecía con objetivo de protección que dispensa el proceso constitucional del *hábeas corpus*.

5.3.3.1. El Caso José Antonio Segovia Soto

El “Caso José Antonio Segovia Soto” es un proceso de amparo recaído en el Expediente N° 25158-2013-0-1801-JR-CI-02 tramitado ante el Segundo Juzgado Constitucional de Lima. Se trata de una demanda interpuesta por José Antonio Segovia Soto en contra de los jueces integrantes de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema; de la Sala Civil de la Corte Superior de Cusco y del Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Cusco.

En síntesis, el demandante señala haber sido declarado interdicto por una supuesta incapacidad absoluta, lo cual atenta contra sus derechos fundamentales. De manera específica, refiere que se ha vulnerado su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debido a que en el proceso que concluyó con su interdicción no se tomaron en cuenta los estándares de la CDPD.

Segovia Soto, a la fecha de interposición de la demanda de amparo, era una persona de 52 años de edad con esquizofrenia (la cual le fue diagnosticada a los

24 años). En su demanda, sostiene que a pesar de la enfermedad con la que convive, es una persona totalmente lúcida y ubicada en la realidad, lo cual le ha permitido culminar la carrera de Ingeniería y ejercer la docencia.

Mediante la demanda de amparo solicitó que se declaren nulas las sentencias que lo declararon interdicto pues, a su juicio, dicho proceso fue iniciado por sus hermanos para despojarlo de su capacidad de tomar decisiones como producto de la complicada relación que mantiene con éstos desde la muerte de su madre. De esta manera, advierte que sus hermanos pretenden aprovecharse de su condición para disponer su internamiento y hacerse de sus bienes.

Pues bien, en mérito a esta demanda el Segundo Juzgado Constitucional de Lima dictó sentencia en primera instancia mediante Resolución N° 6 de fecha 26 de agosto de 2014. La conclusión del referido Juzgado fue declarar fundada la demanda nulificando las resoluciones de los órganos jurisdiccionales demandados debido a que en su razonamiento obviaron tener en cuenta la CDPD como parámetro normativo para este caso.

A esta conclusión arriba el Juzgado luego de señalar que la CDPD tiene carácter de norma nacional vigente por haber sido suscrita por el Estado peruano (Segundo Juzgado Constitucional de Lima, Exp. N° 25158-2013-0-1801-JR-CI-02, considerando primero). En consecuencia, a su juicio, todo juez y jueza de la República que se encuentre frente a un caso que involucre los derechos de una persona con discapacidad, debe observar los estándares esgrimidos en dicho tratado internacional.

Luego de ello, se realiza un análisis sobre los alegados defectos en la motivación de la sentencia de interdicción (que luego se reiteraron tanto en el pronunciamiento de la Sala como el de la Corte Suprema en casación), concluyendo que existe una motivación indebida dado que el juez de familia decidió de manera automática que el demandante, por el solo hecho de ser una persona con esquizofrenia, era un incapaz privado de discernimiento. A juicio del juez constitucional, de la premisa propuesta no se sigue necesariamente una conclusión como a la que ha llegado el juez de familia pues, en muchos casos, las

personas con esquizofrenia viven independientemente con un simple tratamiento médico ambulatorio (Segundo Juzgado Constitucional de Lima, Exp. N° 25158-2013-0-1801-JR-CI-02, considerando tercero).

Sin embargo –y sin ánimos de restarle importancia a lo positivo de esta sentencia– hay ciertos aspectos de este fallo que no logran conciliar totalmente con el espíritu de la CDPD. Al respecto, la sentencia no refiere de manera expresa que las instituciones jurídicas como la interdicción o la curatela son contrarias con el régimen de apoyo en la toma de decisiones; por el contrario, sostiene que aun cuando se apliquen las normas de interdicción del Código Civil, deberá hacerse bajo los principios de la CDPD (Segundo Juzgado Constitucional de Lima, Exp. N° 25158-2013-0-1801-JR-CI-02, considerando séptimo). El error, como se torna evidente, es pretender hacer encajar a toda costa un modelo obsoleto (representado por la interdicción) con los principios y valores que inspiran el derecho moderno de la discapacidad.

Sin perjuicio de lo anterior, tenemos que los aspectos positivos a rescatar son esencialmente tres: i) que se señale que es una obligación de todo juez y jueza aplicar la CDPD cuando se traten de casos relativos a personas con discapacidad; ii) que se recomiende instaurar una especie de curaduría pública para que el demandado en un proceso de interdicción pueda ser representado en caso de no apersonarse, pues, el diseño actual de la figura del curador procesal no garantiza una defensa real de los intereses del demandado al ser el demandante quien sufraga los gastos que demanda la labor de éste, y iii) que se exprese la preocupación por la poca atención que se presta en esta clase de procesos al momento de evaluar la calidad e idoneidad de la persona que ejercerá la labor de curador del interdicto.

Finalmente, es necesario precisar que actualmente este proceso se encuentra pendiente de ser resuelto en segunda instancia al haber sido interpuesta la apelación por parte de la procuraduría pública del Poder Judicial. Esto evidencia, ciertamente, que a pesar de algunos buenos pasos que se dan en materia de protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, existen

todavía ciertas resistencias de orden oficial que pretenden inmortalizar el estatus *quo* imperante sobre esta materia.

5.3.3.2. El Caso de los Hermanos Velásquez Ciprián

Este segundo caso emblemático en nuestro país es un proceso de interdicción recaído en el Expediente 01305-2012-0-1001-JR-FC-03 seguido en el Cusco. Tal vez sea el caso en el cual mejor se ha plasmado la teoría de apoyo en la toma de decisiones que pregona el modelo social.

Se trata de una demanda de interdicción interpuesta por Marta Ciprián De Velásquez en contra de sus hijos Wilbert (47 años de edad) y Rubén (45 años de edad) buscando que sean declarados incapaces por tener esquizofrenia paranoide; en consecuencia, solicita que se le nombre como curadora de ambos. El propósito real que motivó el inicio de este proceso es que la ONP exigía a los demandados, como requisito para acceder a la pensión de orfandad por incapacidad para el trabajo de parte de su padre fallecido, adjuntar la resolución judicial de interdicción en la que se les nombre un curador.

Quien resolvió este caso en primera instancia fue el Tercer Juzgado de Familia de Cusco a cargo del Juez Edwin Bejar Rojas (primer juez con discapacidad visual en el país) mediante sentencia recaída en la Resolución N° 32 de fecha 15 de junio de 2015. El aludido juez nombró para los hermanos demandados a una abogada en calidad de curadora procesal. Ésta únicamente se limitó a contestar la demanda haciendo suyos los argumentos expuestos en la misma. De manera que no se garantizó realmente el derecho de defensa de los demandados debido a que su curadora procesal jamás contradijo los argumentos que se esgrimían como razones para interdiccionarlos. Podríamos decir, entonces, que éste es un punto flaco del proceso (lo cual por desgracia ocurre en todos los procesos de interdicción).

Pero bueno, esta sentencia es importante porque aclara diversos conceptos y puntos de vista que desde la doctrina siempre se había criticado respecto del proceso de interdicción para las personas con discapacidad. Lo primero que nos

señala esta sentencia es que es un error generalizar el concepto de discapacidad para todas las personas en dicha condición cuando en realidad estamos ante un universo de diversidades, cada una de las cuales necesitará un tratamiento social y jurídico distinto (Tercer Juzgado de Familia de Cusco, Exp. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03, pág. 4).

Asimismo, en comparación con el proceso de amparo que se vio en el sub-acápite anterior, este caso representa un paso más importante pues la sentencia sostiene que la interpretación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que regula nuestro Código Civil debe hacerse desde el punto de vista del modelo social, y que las disposiciones del referido código que tratan este tema no pueden conciliarse, bajo ninguna circunstancia, con lo dispuesto por la CDPD. Sostiene a su vez que la idea según la cual las personas con discapacidad no son capaces de tomar sus propias decisiones tiene su origen en prejuicios y estereotipos sociales que deben ser erradicados (Tercer Juzgado de Familia de Cusco, Exp. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03, págs. 10 y 26).

Seguidamente la sentencia bajo comentario plantea críticas puntuales a ciertas disposiciones de nuestro Código que regulan lo concerniente a la interdicción y a la curatela. Por ejemplo, la sentencia reprocha que los criterios que señala el artículo 571° de nuestro Código Civil para apreciar la incapacidad de una persona sean sumamente amplios, dejando un margen importante para un comportamiento arbitrario por parte del juez. Luego señala, de manera categórica, que los artículos 43.2°, 44.2° y 44.3° del mismo código contradicen abiertamente el artículo 12° de la CDPD debido a que se configuran bajo la idea de la sustitución en la toma de decisiones (Tercer Juzgado de Familia de Cusco, Exp. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03, págs. 15 y 16).

En vista de todas estas apreciaciones (y otras mediante las cuales se pone en evidencia la vulneración manifiesta del derecho a la capacidad jurídica en la que incurren los artículos 43.2°, 44.2° y 44.3° de nuestro Código) en la sentencia se aplica el llamado “control difuso de convencionalidad” a fin de declarar inaplicables, para el caso concreto, las aludidas disposiciones por ser contrarias al texto expreso del artículo 12° de la CDPD. El control que se realiza en la

sentencia es de oficio y se hace teniendo en cuenta los parámetros estandarizados por la Corte IDH y las obligaciones internacionales que el Estado peruano asumió al momento de ingresar a su derecho interno la CDPD. (Tercer Juzgado de Familia de Cusco, Exp. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03, pág. 32).

Entonces, en lugar de declarar la interdicción, el Juez Edwin Bejar establece un sistema de apoyo en la toma de decisiones en favor de los hermanos Velásquez Ciprián, a pesar de no encontrarse regulado tal sistema en nuestro ordenamiento jurídico.

Para establecer tal régimen, el juez toma muy en cuenta la voluntad expresada por los demandados durante la audiencia de saneamiento, conciliación, admisión y actuación de pruebas. De esa manera, establece el sistema de apoyos conformado por un equipo multidisciplinario de profesionales así como por la madre y hermana de los demandados (Tercer Juzgado de Familia de Cusco, Exp. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03, págs. 40, 41). Dicho equipo, deja constancia el juez, no deberá sustituir bajo ninguna circunstancia la voluntad de los demandados sino que, por el contrario, solo deberá asistirlos y apoyarlos cuando éstos tengan que tomar alguna decisión.

En esa misma línea la sentencia también prevé salvaguardas siguiendo el artículo 12° de la CDPD y señala que, para la enajenación de los bienes de los demandados, se deberá contar con la autorización expresa de éstos bajo sanción de nulidad. Sin duda alguna, una disposición de esta naturaleza pone por sobre todas las cosas la voluntad de las personas con discapacidad que es, precisamente, lo que se debe buscar.

En consecuencia, la sentencia refiere que es innecesario que la ONP requiera a los demandados una sentencia que declare su interdicción, puesto que dicha exigencia no es un requisito que la ley sobre la materia establezca. Concluye que ello, desafortunadamente, ha sido una mala práctica que ha venido aplicando el organismo previsional estatal como producto de una mala interpretación del Código Civil.

Finalmente, la sentencia exhorta al Poder Legislativo de nuestro país a disponer, en el menor tiempo posible, las modificaciones que sean necesarias para adecuar nuestro ordenamiento jurídico con los mandatos de la CDPD en cuando al tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial.

Como puntos para añadir, tenemos como otras buenas practicas a rescatar que nos deja este fallo las siguientes: i) la realización de un informe social por parte de un grupo multidisciplinario de la Corte Superior del Cusco; ii) el peso determinante que se otorgó a las declaraciones de los demandados durante la audiencia única y, iii) la realización de una sentencia en formato de lectura fácil que se anexó a la sentencia original a fin de salvaguardar el derecho a la accesibilidad y acceso a la justicia de los hermanos demandados. Estas prácticas jurisdiccionales, qué duda cabe, merecen ser atendidas de manera muy especial en una propuesta de reforma sobre la materia.

No obstante lo plausible y satisfactorio que fue esta decisión, lo cierto es que no estuvo exenta de ser cuestionada. Incluso, la madre de los demandados apeló esta decisión, siendo la misma concedida con efectos suspensivos. Básicamente los motivos de la recurrente se sustentaron en que el juez habría omitido pronunciarse sobre la pretensión demandada –que se declare interdictos a los demandados– vulnerando, según su parecer, el principio de congruencia procesal.

Como producto de esto, la Sala Civil de la Corte Superior de Cusco, mediante sentencia de 30 de setiembre de 2015, declaró nula la sentencia de primera instancia, ordenando al juez emitir una nueva resolución.

El argumento principal que sustentó la nulidad de la sentencia fue que el juez de primera instancia no había respondido a las pretensiones demandadas, sino que lo que hizo fue variar el objeto de la pretensión al señalar en su sentencia que lo que correspondía dilucidarse era si los demandantes podían o no acceder a una pensión (Sala Civil de la Corte Superior de Cusco, Exp. N° 01305-2012-0-1001-

JR-FC-03, pág. 6). En consecuencia, se concluye que nunca se le pidió al juez la inaplicación de los artículos 43° o 44° del Código Civil.

Así, luego de declarar nula la sentencia, este fallo dispone que el juez de primera instancia emita una nueva resolución pero sin dejar de aplicar las disposiciones pertinentes de los artículos 43° y 44° del Código Civil (Sala Civil de la Corte Superior de Cusco, Exp. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03, pág. 12). En buena cuenta, se obliga al juez de primera instancia a aplicar normas que, en ejercicio del control difuso de convencionalidad, él consideró que eran contrarias con las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado peruano en materia de Derechos Humanos.

Ante esta nulidad, el Juez Edwin Bejar volvió a emitir sentencia en primera instancia el 29 de enero de 2016. En esta nueva oportunidad, el Tercer Juzgado de Familia de Cusco vuelve a sustentar su fallo en fundamentos similares a los esgrimidos en la sentencia primigenia que fue anulada, pero hace algunas salvedades sobre los motivos por los cuales ésta fue declarada nula.

En primer lugar, establece que el derecho al debido proceso y el acceso a la justicia no solamente le corresponde a la parte demandante, sino, a todas las partes en el proceso. Luego refiere que sí se dio respuesta al petitorio de la demandante y que al resolverse que no cabía la aplicación de los artículos 43° o 44° del Código Civil se había declarado infundada la pretensión. Finalmente, respecto a la aplicación del control difuso de convencionalidad, se señala que fue una aplicación hecha de oficio, por lo que era irrelevante si alguna de las partes pidió la inaplicación de alguna disposición legal en concreto.

Lo último que restaría ahora señalar es que el caso en cuestión se encuentra actualmente en curso en tanto que, con fecha 2 de noviembre de 2016, el expediente fue elevado en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República por la aplicación del control difuso de convencionalidad. Ésta última, hasta la fecha, no se ha pronunciado al respecto.

5.4. Breves apuntes sobre la muy urgente constitucionalización y convencionalización del Derecho Civil peruano

Tanto el Código Civil peruano como el Código Procesal Civil establecen –porque así lo demanda su especialidad– los pormenores sobre el tratamiento jurídico que se le debe brindar a la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental y psicosocial. Sin embargo, pretender agotar dicho tema con las normas allí dispuestas sería vaciar de contenido y eficacia a otros instrumentos que se encuentran incluso por encima, hablando desde el punto de vista de la jerarquía normativa.

En tal sentido, cualquier reforma que se emprenda respecto a la interdicción y la curatela para las personas con discapacidad en nuestro país debe hacerse observando, primero, nuestra Constitución y, segundo, los compromisos internacionales asumidos por el Perú en materia de Derechos Humanos.

Esto debe ser así porque el Derecho Civil –al igual que las demás ramas del Derecho– no puede ser concebido como una isla en nuestro océano normativo. Existen principios, derechos y valores constitucionales que permean toda la producción normativa inferior a modo de paraguas y, por esto mismo, es que se debe observar primero lo prescrito a dicho nivel para llegar a tener una verdadera reforma que respete y garantice derechos.

Puestas así las cosas, podría decirse con total acierto que el Derecho Civil se tiene que ver nutrido por el Derecho Constitucional en todas sus facetas. A este fenómeno se le ha venido a denominar “constitucionalización del derecho”, que no es otra cosa que dotar de contenido normativo a todas las disposiciones recogidas en la Carta Fundamental (Carbonell y Sánchez, 2011, p. 34).

Este proceso –el de la constitucionalización del derecho– pasa primero por entender que nuestra Constitución no es una norma abstracta carente de efectos en la vida real o que solo sirve para delimitar el ejercicio del poder estatal. En efecto, “transitar del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, nos obliga a abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más

que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto” (Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 3).

Entonces, al reconocer a nuestra Constitución como norma jurídica, todo el ordenamiento legal e infralegal incluso deberá construirse partiendo de ésta, llámese Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho de la Competencia, Derecho Civil, etc. En buena cuenta, la Constitución va a desplegar sus efectos tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado (Derecho Civil).

Ciertamente el proceso de constitucionalización del Derecho ha encontrado algunas resistencias en el campo, sobre todo, del Derecho Privado cuya principal fuente es el Derecho Civil. Sin embargo, en este punto se comparte, con Landa (2014), la idea de la existencia de una fructífera relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil, sobre todo en el campo de los derechos fundamentales de la persona, entendiendo que no resulta posible comprender al Derecho Civil sin el Derecho Constitucional (p. 310).

Por estas razones, una reforma en los términos que aquí se propone solo será realmente válida si se observan los derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en nuestra Constitución tales como el de la igualdad y no discriminación o el de la dignidad de la persona humana como fin supremo de la protección estatal, entre otros. Cualquier reforma al Código Civil tendrá mayor arraigo en la medida que se edifique como un Derecho Civil Constitucional; para lo cual se debe tener en consideración, en un sentido fuerte, la mejor jurisprudencia constitucional y, sobre todo, el sometimiento constitucional de la sociedad peruana (Landa, 2013, p. 23).

Sin perjuicio de lo anterior, es importante anotar que en los tiempos actuales se ha ido también forjando una idea según la cual existe un orden normativo extraconstitucional que viene dado por las obligaciones internacionales asumidas

por el Estado en materia de Derechos Humanos. Se habla también, entonces, de un proceso de “convencionalización del derecho”. Dicho proceso, en palabras de Espinosa-Saldaña (2017) es una apuesta por la configuración de un derecho común que, sin descuidar lo propio, busca potenciarlo en un escenario más tuitivo y generalizado abogando por una comprensión del Derecho y de los derechos de conformidad con los diferentes tratados suscritos por el Estado (166).

En síntesis, lo que supone la llamada convencionalización del Derecho es la observancia, por parte del Estado, de todas aquellas disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las cuales se ha adherido a partir de los tratados que ha suscrito. De ahí que, como producto de una lectura conjunta del artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, los tratados en materia de Derechos Humanos suscritos por el Perú forman parte del derecho nacional y, como consecuencia, la Constitución debe ser leída teniendo como parámetro interpretativo las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Pero no solo bastan las disposiciones convencionales entendidas estáticamente, sino que, según el artículo V del Código Procesal Constitucional también se deben observar las interpretaciones que de dichas disposiciones hayan llevado a cabo los organismos encargados de interpretarlos y aplicarlos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (para el caso de nuestro sistema regional) o el Comité de Derechos Humanos (para el caso del sistema universal), por ejemplo.

En ese sentido, cualquier juez –e incluso cualquier autoridad estatal– está en la obligación de conducir su labor teniendo en cuenta tanto la Constitución como los tratados en materia de Derechos Humanos que haya ratificado el Estado. Sin ánimos de entrar a la clásica discusión sobre la alegada prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el Derecho Interno o viceversa, considero que lo que sí se debe tener presente es cómo a raíz del surgimiento de este orden supranacional, el concepto clásico de soberanía estatal ha sido trastocado o erosionado sensiblemente (de manera positiva). Al respecto, Martín Risso (2012) nos dice que:

“(…) [N]o puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol constituyente. Por el contrario la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados sino en la persona, en tanto titular por su condición de tal de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.” (p. 319)

Entonces, partiendo de dicha perspectiva, corresponde tanto al legislador como al juez, en primer orden, tener una apertura hacia los mandatos supranacionales que se derivan de los tratados en materia de Derechos Humanos, pues así la situación actual del Derecho Internacional en general lo demanda.

Lo anterior no supone en lo absoluto asumir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prime siempre y en todos los casos sobre el derecho interno, sino que, siempre será necesario partir de un análisis del principio *pro personae* a fin de buscar en que ordenamiento jurídico (supranacional o nacional) se encuentra la protección más favorable para el sujeto. Esto es así porque si bien los tratados en materia de Derechos Humanos se encuentran formalmente fuera del texto constitucional, la Constitución y dichos tratados conforman una unidad desde el punto de vista material (Hakansson, 2009, p. 235).

En conclusión, entonces, la reforma tanto del Código Civil y como del Código Procesal Civil en lo que concierne a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial, deberá emprenderse teniendo como parámetros tanto a la Constitución como a la CADH, la CDPD y la CEDPD.

Si bien este último tratado –de carácter regional– señala en su artículo I, numeral 2, literal b) que la interdicción no constituye una forma de discriminación, es necesario recalcar que el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante “CEDDIS”) ha sido enfático en señalar que dicha disposición resulta obsoleta a la luz de la

CDPD, por lo que ésta debe ser interpretada de conformidad con el artículo 12° del tratado de Naciones Unidas (CEDDIS. Observación General, 2011, pág. 8).

CAPÍTULO VI: PROPUESTA PARA EL ESTABLACIMIENTO DE UN PROCESO DE APOYOS DIFERENCIADOS EN FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y PSICOSOCIAL EN EL PERÚ

6.1. Naturaleza del proceso de apoyos diferenciados basado en un régimen de apoyos en la toma de decisiones

La personalidad jurídica, como derecho, tiene un reconocimiento amplio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, tenemos el artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁶; el artículo 16° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁷; el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷⁸; el artículo 3° de la CADH⁷⁹; el artículo 5° de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos⁸⁰; el artículo 8° del Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre Personas con Discapacidad⁸¹, entre otros.

No obstante, de manera más especializada, el artículo 12° de la CDPD establece la manera correcta de garantizar y respetar tanto la personalidad como la capacidad jurídica para el caso de las personas con discapacidad a través del siguiente texto:

“Artículo 12°

Igual reconocimiento como persona ante la ley

⁷⁶ Artículo 6°: “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

⁷⁷ Artículo 16°: “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

⁷⁸ Artículo XVII: “toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.”

⁷⁹ Artículo 3°: “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

⁸⁰ Artículo 5°: “todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos.”

⁸¹ Artículo 8°: “states parties shall recognise that persons with disabilities are equal before and under the law and are entitled without any discrimination to the equal protection and equal benefit of the law. States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure that: a. Persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life, and that State, non-State actors and other individuals do not violate the right of persons with disabilities to realise their right to legal capacity (....).”

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

De una revisión preliminar de lo anterior se puede observar lo siguiente: mientras que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos hablan de “personalidad jurídica”, la CDPD disgrega en su articulado tanto a la personalidad (inciso 1) como a la capacidad jurídica (inciso 2). Esta primera observación no es baladí porque nos evidencia que, a diferencia del derecho a la personalidad

jurídica, el concepto de capacidad jurídica ha sido escasamente recogido en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Ello, según nos dice Francisco Bariffi (2014) puede explicarse en el hecho de que la institución de la capacidad jurídica ha sido tradicionalmente abordada desde la perspectiva del derecho privado sobre la base de los antecedentes históricos del derecho romano y, como consecuencia de ello, como un asunto reservado a la jurisdicción interna de los Estados (p. 318).

Pues bien, al respecto hay que señalar que en los ordenamientos jurídicos de base latina se establece una distinción entre personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar (De Asís y otros, 2012, p. 6). Para efectos de una correcta delimitación conceptual de estos términos es necesario sostener lo siguiente, acudiendo a la calificada doctrina sobre la materia:

- a) La personalidad se identifica con la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley y constituye una condición imprescindible para la adquisición de derechos y de deberes. La personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte de la persona (De Asís y otros, 2012, p. 5).
- b) La capacidad jurídica es un concepto más amplio que lógicamente presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático, capacidad de goce), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico, capacidad de ejercicio o de obrar) (Palacios, 2008b, p. 6)

Por consiguiente, se puede concluir que la personalidad jurídica es una atribución innata del ser humano; es lo que le permite ser reconocido por sus congéneres y por el Estado como persona. Es, desde mi punto de vista, la “juridiciación” de la existencia biológica del ser.

Es por esto que, en puridad, el inciso 1 del artículo 12° de la CDPD no está reconociendo un derecho específico para las personas con discapacidad. Esto se

evidencia aún más al leer que los Estados “reafirman” (...) el derecho a la personalidad jurídica. Lo reafirman, precisamente, porque es un derecho ya reconocido con anterioridad.

En resumidas cuentas, mientras que la personalidad jurídica se erige como un derecho absoluto y no sujeto a ningún tipo de restricción por parte de los Estados (*ius cogens*), no pasa lo mismo con la capacidad jurídica. Aquí los Estados tienen una cierta deferencia en cuanto a la regulación pero, de todas maneras, están limitados por el principio general de no discriminación reconocido universalmente por todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Más aún, algunos instrumentos internacionales específicos comienzan a incluir cláusulas concretas de no discriminación en relación con ciertos grupos o colectivos de personas, tales como mujeres, niños y niñas, y las personas con discapacidad (Bariffi, 2014, p. 322).

La Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Catalina Devandas, ha explicado sobre el particular que:

“14. El reconocimiento de la personalidad jurídica y la capacidad jurídica son conceptos que están estrechamente interrelacionados. El igual reconocimiento como persona ante la ley garantiza el derecho de todo ser humano a que se reconozca su existencia en el ordenamiento jurídico, es decir, a que se reconozca su personalidad jurídica y a quedar comprendido en el ámbito de la ley y a ser protegido por esta. La capacidad jurídica implica ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). (...) negar a una persona su legitimación para actuar también afectará a su condición como persona ante la ley” (ONU, A/HRC/37/56, párr. 14).

Ahora, al reconocer el inciso 2 del artículo 12° el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se observa que dicho reconocimiento debe hacerse en condiciones de igualdad con las demás personas. Asimismo, al hacer referencia al término “capacidad jurídica” en general, debe comprenderse que el

mandato está dirigido a conseguir que se garantice tanto la capacidad de goce como la de ejercicio (CRPD, Observación General N° 1, párr. 14).

La pregunta inmediata que surge es ¿y cómo puede reconocerse la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad? Al respecto, es necesario analizar primero el inciso 3 y luego el inciso 4 del referido artículo pues ambos constituyen directivas específicas hacia los Estados para que logren el cometido de garantizar este derecho en condiciones reales de igualdad.

En primer lugar tenemos el inciso 3 previamente transcrito que, a través de una redacción muy escueta, establece la obligación hacia los Estados de proporcionar a las personas con discapacidad los apoyos necesarios para que puedan ejercer su capacidad jurídica. Sobre el concepto que encierra el término “apoyo” en la CDPD, el CRPD ha entendido que éste es un término amplio que puede abarcar tanto los medios oficiales como los oficiosos en distintos tipos e intensidades (CRPD, Observación General N° 1, párr. 17).

La obligación general que se desprende del inciso 3 del artículo 12° es que el Estado debe reemplazar el régimen de sustitución en la adopción de decisiones (la interdicción y la curatela) por un régimen de apoyo para la adopción de las mismas que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. En este nuevo sistema se pueden encontrar los convenios de apoyo, los grupos de apoyo entre iguales, el apoyo para la autogestión y las instrucciones o directivas previas, los medios de comunicación alternativos o aumentativos, entre muchos otros (ONU. A/HRC/34/58, párr. 76 y *Cfr.* ONU. A/64/272, párr. 12).

Partiendo de este enfoque, el sistema de apoyo hace referencia a todas aquellas medidas que son necesarias emplearlas para ayudar a la persona con discapacidad en general (y con discapacidad psicosocial y mental en particular) a plasmar en el terreno de los hechos las decisiones que tienen que ver con cualquier aspecto de sus vidas. El sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica supone así un vuelco total desde el tradicional e inoperante enfoque de la sustitución en la toma de decisiones (que como vimos está

sembrado en nuestro ordenamiento jurídico actualmente) hacía uno basado en el apoyo y la ayuda a la hora de tomarlas. En buena cuenta se trata, a decir de Dhanda (2007), de un mecanismo integral diseñado por la CDPD para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (p. 429).

Como bien explica Dinerstein (2012), el sistema de apoyos en la toma de decisiones tiene como objetivo retener a la persona con discapacidad como el principal tomador de las decisiones reconociendo, al mismo tiempo, que la autonomía de un individuo puede expresarse de múltiples maneras (p. 10). Ahondando en las proyecciones de esta propuesta, Bach y Kerzner (2010) nos remarcen también que bajo este nuevo régimen la pregunta ya no se plantea en términos de si una persona tiene la capacidad mental suficiente para ejercer su capacidad jurídica, sino, qué tipos de apoyos son necesarios para que dicha persona pueda ejercerla (p. 30).

Así las cosas, y partiendo de lo esgrimido por el CRPD –al no darle un concepto específico al término “apoyo”–, se puede considerar que la CDPD no está imponiendo un sistema específico y único de apoyos, lo cual, antes de ser una deficiencia, es más bien una ventaja (desde mi punto de vista) porque permite adaptar las obligaciones del artículo 12° de la CDPD a dos realidades: a) la del Estado peruano en general y b) la de las personas con discapacidad mental y psicosocial, entendidas como un colectivo heterogéneo y con necesidades muy diversas y particulares. Pero hay que recalcar que el que no se establezca un concepto unívoco de “apoyo” en el contexto de la CDPD, no es óbice para que se tergiverse el análisis y se pretenda equiparar este concepto con el de “atención”. Un sistema de apoyos no debe ser diseñado desde esa lógica que es propia del modelo médico o rehabilitador (ONU. A/HRC/34/58, párr. 23).

Sin perjuicio de dejar a salvo esta necesaria amplitud en el concepto de apoyo, comparto con Barranco, Cuenca y Ramiro (2012) que el sistema de apoyo debe tener como mínimo estas características: 1) ser gradual; 2) ser complejo; 3) ser diverso; 4) ser respetuoso de los derechos, preferencias y voluntad de las personas con discapacidad; 5) ser abierto; 6) ser amplio, y 7) estar presidido por el enfoque de derechos (p. 68).

Además de estas características puntuales, se debe también tomar en consideración que el sistema de apoyos 8) no deberá regular en exceso la vida de las personas con discapacidad; 9) deberá tener un costo menor o ser gratuito; 10) deberá poder modificarse cuando la persona con discapacidad así lo indique y requiera, y 11) el análisis sobre la necesidad del apoyo no deberá reducirse al campo estrictamente médico (CRPD, Observación General N° 1, párr. párr. 29).

Por otra parte, se debe considerar que el apoyo puede adoptar diversas formas: lo puede prestar una sola persona (de confianza) o una red compuesta por varios sujetos. En cualquiera de los casos, nos dice el “Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (2007), la presunción será siempre en favor de la persona con discapacidad. Es ella quien tomará las decisiones, mientras que la persona o personas de apoyo solo explicarán las cuestiones, de ser el caso, e interpretarán las señales y preferencias de la persona con discapacidad, cuando haga falta (pág. 97).

Dicho esto, considero importante subrayar que se debe prestar especial interés a la tercera característica anteriormente descrita, es decir, la de ser un sistema diverso. Creo que ello es relevante debido a que si se intenta establecer una visión unidimensional del sistema de apoyo se estaría de nuevo cayendo en la incorrección de creer que todas las personas con discapacidad tienen las mismas necesidades y, por ende, requieren el mismo nivel y tipo de apoyos. Esta perspectiva, como ya se ha señalado al criticar el régimen de la interdicción y la curatela, no es adecuada desde el punto de vista que propone el modelo social.

Por lo tanto, se debe partir más bien asumiendo que las “necesidades individuales varían en función de factores personales, como el grado de discapacidad, edad, condición económica, origen étnico, etc.” (ONU. A/HRC/34/58, parr. 16). Es por ello que el sistema que se propone en la presente tesis, cómo se advierte del título de este acápite, se denomina “proceso de apoyos diferenciados”. Esta propuesta tiene como finalidad poner énfasis en lo diverso que debe ser el sistema de apoyos en cuanto a sus formas, modos e intensidades.

En consonancia con lo anterior, es relevante subrayar también que el sistema de apoyos (que en esta propuesta se materializa en el proceso de apoyos diferenciados) no supone desconocer la importante labor que los profesionales de la Medicina desempeñan en relación con las personas con discapacidad. Aunque claro, ciertamente el rol que cumplirá la Medicina será ahora distinto; ya no será el factor concluyente y de mayor importancia en la determinación de la capacidad del sujeto sino que, será un instrumento más que coadyuve en dicha tarea.

Por tanto, resulta crucial comprender que favorecer y construir el sistema de apoyos requiere intervenciones totalmente diferentes a las actuales. Ahora los profesionales de la salud serán facilitadores más que diagnosticadores (Kehoe, 2017, p. 157). Este “cambio de chip” supone nuevas formas de evaluación – incluso desde la Medicina– y requiere un redimensionamiento en el entendimiento de aspectos claves que siempre se han dado por resueltos desde el modelo médico o rehabilitador.

Por ejemplo, en el modelo actual instaurado a partir de la interdicción y la curatela, todavía está muy marcada la relación vertical entre el doctor y su paciente, acompañada de una visión sesgada de lo que es el autogobierno de las personas. En efecto, ocurre que se mide la capacidad de una persona para autogobernarse partiendo no de sus necesidades, sino de lo que se cree que necesita o necesitará decidir en el futuro.

Al respecto, una propuesta muy interesante para cambiar la naturaleza del abordaje del autogobierno personal es la que propone el reconocido psicólogo y médico forense Enrique Esbec (2012) quien, partiendo de la idea de la “capacidad de obrar suficiente”, diseña una manera de evaluar la capacidad de autogobierno de un individuo compuesta por tres pasos que implican analizar: a) qué es lo que la persona necesita ordinariamente hacer; b) qué es lo que puede hacer/procurarse por sí misma, y c) qué es lo que no puede hacer/procurarse por sí misma (p. 155).

Con la propuesta de Esbec se puede derrotar, al menos *prima facie*, la imposición médica de un modelo único de autogobierno delimitada por lo que comúnmente

se entiende como necesario. Los profesionales de la salud que participen en el proceso deberán romper con el esquema clásico de la relación médico-paciente y pasar a tener una relación más horizontal con la persona en cuestión. De igual modo, en el análisis que se haga se deberá considerar que la competencia mental de una persona no es necesaria que sea perfecta, sino suficiente para las necesidades de la vida cotidiana y las labores que realiza en su entorno habitual. No puede interpretarse la capacidad como un paradigma de sí o no, sino que debe entenderse como una cuestión situacional y que puede variar en grado de persona a persona (Esbec, 2012, pp. 155 y 156).

En cuanto a los aspectos temporales de la información médica, también será prudente y necesario desterrar la anacrónica práctica de que los jueces decidan sobre la capacidad de una persona teniendo como único sustento un informe médico que además es de larga data. Como se ha comprobado en páginas anteriores, en los procesos de interdicción suele ocurrir que existe un largo espacio temporal (hasta de años) entre la fecha de la evaluación médica de la persona y la sentencia que adopta finalmente el juez. Esto, a mi juicio, no puede ser salvado con la audiencia única de la que habla el artículo 582.2º del Código Procesal Civil, pues en esta el facultativo solo se limita a corroborar el contenido de su análisis científico previo, sin haber realizado otro nuevo.

Precisamente, sobre la cuestión aquí comentada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH")⁸² ha considerado –sugiriendo un criterio de "inmediatez"– que un dictamen médico que cuestiona la capacidad de una persona con discapacidad debe ser reciente en relación a la fecha de la emisión de la decisión judicial al respecto y no con relación a la presentación de la demanda en contra del sujeto en cuestión (*Cfr.* TEDH, Caso H.F. Vs. Eslovaquia, párrs. 41 y 42). Además, ha indicado que la persona con discapacidad debe estar informada de manera previa y detallada sobre los fines concretos y específicos del análisis médico que se va a llevar a cabo (*Cfr.* TEDH, Caso Červenka Vs. República Checa, párr. 108).

⁸² El TEDH, aun cuando no ha volcado totalmente su jurisprudencia hacia el modelo de apoyo en la toma de decisiones, ha ido perforando los dogmas del modelo de sustitución también imperante en Europa, intentando compatibilizarlo con ciertos aspectos claves del modelo que propone la CDPD.

Abundando en lo anterior, y sin perjuicio de hacer énfasis también en que el informe o informes médicos que se practiquen no pueden constituirse en prueba única a la hora de decidir sobre la capacidad jurídica de una persona (*Cfr.* TEDH. Caso D.D. Vs. Lituania, párr. 120), el TEDH ha considerado también que, como mínimo, la determinación médica debe estar cubierta por las siguientes garantías: a) las conclusiones deben poder ser sometidas a un escrutinio judicial; b) no debe haber lugar a dudas sobre la neutralidad de los médicos participantes, y c) los informes que se practiquen deben ser sumamente específicos y despejar cualquier ambigüedad en sus consideraciones (*Cfr.* TEDH. Caso Lashin Vs. Rusia, párr. 119). Considero además que como cuarta garantía se debe añadir d) la vinculatoriedad relativa del dictamen médico, por cuya virtud el juez debe ser libre para formar su propio criterio respecto de la situación real de la persona.

En suma, ante la necesidad de que la evaluación en este caso no sea llevada solamente por un profesional de la Medicina (quien además deberá regirse por los criterios anteriormente establecidos), se tendrá que componer un equipo multidisciplinario en donde participen, como mínimo, un médico, un sociólogo, un asistente social y una persona de confianza designada por la persona con discapacidad. Este equipo podrá convocar a otros integrantes de distintas disciplinas de *motu proprio* dando cuenta de manera previa al juez, quien deberá designar un coordinador del equipo multidisciplinario.

La necesidad de contar con un equipo multidisciplinario responde a que los apoyos y su intensidad en el marco de la filosofía de la CDPD, como bien lo detalla Cuenca (2015), deben evaluarse atendiendo no sólo a las habilidades funcionales, sino también a factores sociales y lo mismo cabe afirmar en relación con la modalidad, el nivel y la figura de apoyo considerada pertinente (p. 58).

Ahora, volviendo al sistema de apoyos diferenciados ya una vez zanjado el tema de la determinación de la intensidad de los apoyos, se debe precisar que a diferencia de lo que ocurre con la curatela (en donde la participación del curador es solamente en el momento de la adopción de la decisión en sí), aquí el apoyo debe cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación

de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias, etc. (Cuenca, 2015, p. 60).

Hay que precisar también, en este contexto, que el sistema de apoyos diferenciados al ser entendido como un contenido del derecho a la capacidad jurídica que reconoce el inciso 3 del artículo 12° de la CDPD, no puede ser nunca una obligación que se imponga a las personas con discapacidad. Es decir, no se le puede obligar a contar con el sistema de apoyos diferenciados; es un derecho no un deber u obligación.

Así, como bien advierte el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (2012), la expresión “acceso al apoyo” que se inscribe en el artículo 12° de la CDPD significa que el apoyo debe proporcionarse de manera voluntaria, y que, además, el Estado no tiene que ser necesariamente el proveedor de dicho apoyo. La obligación del Estado es velar por que exista tal apoyo, independientemente de que sea prestado por las entidades públicas, la sociedad civil, los familiares y los amigos o una combinación de partes públicas y privadas (p. 23).

Al respecto se ha pronunciado ya la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, Catalina Devandas, quien ha señalado de manera detallada las obligaciones estatales específicas en la materia, que son esencialmente cuatro:

- a) La disponibilidad: en virtud de la cual los servicios de apoyos deben estar presentes en calidad y cantidad suficientes para todas las personas con discapacidad que los requieran. Los Estados deben garantizar la disponibilidad de apoyo para las personas con discapacidad, independientemente de quien lo preste, ya sean proveedores de servicios públicos, la sociedad civil, las familias, las comunidades o una combinación de agentes públicos y privados (ONU. A/HRC/34/58, párr. 49).
- b) La accesibilidad: esta segunda obligación significa que el Estado debe garantizar que los apoyos sean accesibles para todas las personas con

discapacidad, en especial para las más desfavorecidas, sin discriminación de ningún tipo. Aquí también se reitera el criterio de la gratuidad o del costo mínimo en relación con los apoyos (ONU. A/HRC/34/58, párrs. 51 y 52). Si bien uno de los cuestionamientos más frecuentes de los escépticos del sistema de apoyos es atacar su “alto costo económico”, es necesario resaltar que dicho cuestionamiento no tiene sustento fáctico real y, además, resulta interesante ver cómo en los países que han ido poco a poco implementando este sistema, el costo se ha visto de alguna manera trasladado desde el anterior sistema de sustitución.

- c) La aceptabilidad: esta tercera obligación supone adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los programas o sistemas de apoyo incorporen un enfoque basado en los derechos, se proporcionen a título voluntario y respeten los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (ONU. A/HRC/34/58, párr. 53).
- d) La elección y el control: esta última obligación hace referencia que las personas con discapacidad deben tener preeminencia tanto en la elección del o los apoyos que requieren como en el control sobre los mismos. En consecuencia, el Estado debe asegurar que la persona con discapacidad planifique y dirija su propio sistema de apoyos diferenciados (ONU. A/HRC/34/58, párr. 55).

Este último aspecto es muy importante en el nuevo sistema que se propone. En virtud de lo descrito, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos considera que las personas con discapacidad deben tener control sobre el apoyo que se les presta y ellas deben ser quienes contraten, empleen, supervisen, evalúen y despidan a sus asistentes o personas de apoyo. La posibilidad de elegir entre diferentes proveedores es una forma de asegurar una mayor rendición de cuentas por los servicios, darle mayor control al usuario y ofrecer protección contra el riesgo de maltrato. (ONU. A/HRC/28/37, párr. 38).

Estas cuatro obligaciones específicas en relación con la prestación de un sistema de apoyos, tal y como lo ha reconocido la propia Relatora, se derivan de las obligaciones que ha desarrollado el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas respecto de dichos derechos. En consecuencia, no es para nada descabellado asumir que las obligaciones que tiene el Estado en relación con la prestación del sistema de apoyos diferenciados representan en alguna medida el contenido económico, social y cultural de un derecho entendido tradicionalmente como civil: la capacidad jurídica.

A pesar de ello, esto no debe llevarnos a confusión y asumirse como una licencia para que el Estado incumpla con la obligación que tiene de instaurar el sistema de apoyos en virtud del artículo 12.3° de la CDPD. Se debe entender más bien como la evidencia más palpable de que actualmente tanto los derechos económicos, sociales y culturales como los civiles y políticos confluyen en un mismo objetivo: la protección de la persona humana; lo cual hace que las fronteras de sus otrora diferencias se vayan diluyendo cada vez más.

Pasando ahora al análisis del inciso 4 del artículo 12° de la CDPD, observamos que éste nos lleva a un tema que también es medular. Se trata de la obligación que tiene el Estado de establecer salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos que pudieran cometerse a la hora de la implementación y efectivización del sistema de apoyos diferenciados. De una primera visión literal de lo dispuesto por el referido inciso podemos encontrar que las salvaguardias tienen, como mínimo, cinco objetivos:

- a) Conseguir que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.
- b) Asegurar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida en la relación entre la persona con discapacidad y la(s) persona(s) que presta(n) el apoyo.
- c) Que los apoyos sean proporcionales y adaptados a las circunstancias particulares de la persona con discapacidad.

- d) Que los apoyos se apliquen por el plazo más corto posible.
- e) Que las medidas de apoyos estén sujetas a exámenes periódicos por la autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Estas así llamadas salvaguardias buscan evitar que se deforme el sistema de apoyos y se deben aplicar siempre en pro de la persona con discapacidad. A decir del CRPD, si bien buscan la protección de la persona con discapacidad, dicha protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho de asumir riesgos y a cometer errores (CRPD, Observación General N° 1, párr. 22).

La idea de las salvaguardias no es ajena en el lenguaje del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se suele entender como aquellas medidas dirigidas ya no a reconocer derechos, sino a garantizar el correcto ejercicio de los mismos. Por tanto se dice que éstas tienen como objetivo asegurar que las medidas de apoyo no restrinjan el derecho a la capacidad jurídica (Bariffi, 2014, pp. 503 y 504), evitando que, de facto, se vuelva a un modelo de sustitución en la adopción de las decisiones. Se debe considerar también que, dado que pueden existir diferentes niveles y tipos de apoyos, paralelamente la intensidad de las salvaguardias de las que habla el artículo 12.4° de la CDPD variará según cada caso concreto (De Asís y otros, 2012, p. 20).

La necesidad de disponer de salvaguardias no debe entenderse como un rezago del viejo régimen de sustitución en la toma de decisiones. No deben interpretarse como límites a los sistemas de apoyos, sino, como garantías para su correcto desempeño. Cuenca (2012) refiere al respecto que las salvaguardias no deben contemplarse como elementos orientados a regularizar y a racionalizar el modelo de sustitución, sino que su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución de la voluntad (p. 76).

A parte de eso, es necesario precisar que los cinco objetivos hacia los cuales se deben dirigir las salvaguardias, suponen exigencias mínimas que el Estado está obligado a implementar a la hora de diseñar su sistema de apoyos. De ahí que si

en un determinado escenario, un Estado decide implementar salvaguardias adicionales, ello no sería contrario a las obligaciones desprendidas de la CDPD, siempre y cuando no se desnaturalice el objeto y propósito del artículo 12° del aludido tratado internacional.

Entonces, dicho esto, considero que para fines prácticos puede ser positiva una propuesta orientada a identificar los tipos de salvaguardias que pueden implementarse en el sistema de apoyos diferenciados que se propone. Sobre esta cuestión considero, luego de una lectura atenta y un análisis detallado del artículo 12.4° de la CDPD, que las salvaguardias se pueden clasificar en dos tipos: a) las salvaguardias en sentido estricto (directas) y b) las salvaguardias procesales (indirectas).

Las salvaguardias en sentido estricto (directas) serán aquellas destinadas a garantizar de manera más inmediata que el sistema de apoyos diferenciados no sea desviado de sus legítimos objetivos. De manera particular, atendiendo al catálogo propuesto por el inciso 4 del artículo 12°, podemos ubicar dentro de esta categoría a las que buscan (i) que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; (ii) asegurar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida en la relación entre la persona con discapacidad y la(s) persona(s) que presta(n) el apoyo, y (iii) la proporcionalidad de los apoyos y su adaptabilidad a las circunstancias particulares concretas. Además, claro está, de aquellas que legislativamente se puedan ir añadiendo o las que el juez vaya incluyendo jurisprudencialmente en el caso a caso.

Por otro lado, las salvaguardias procesales (indirectas) estarán constituidas por aquellas cuyo objetivo es propiciar un correcto desempeño el sistema de apoyos diferenciados, pero desde los ajustes al procedimiento que sea necesario hacerse. Es decir, aquellas que a través de mecanismos procesales diseñados para el fin tienen como objetivo evitar cualquier asomo de abuso. Siguiendo la tónica de la anterior, en esta clasificación se ubican aquellas salvaguardias que se dirigen a garantizar (i) que los apoyos se apliquen por el plazo más corto posible y (ii) que las medidas de apoyos estén sujetas exámenes periódicos ya sean

administrativos o judiciales. Salvando aquí también las que se puedan añadir legislativa y jurisprudencialmente.

En primer lugar hay que hacer referencia –hablando de las salvaguardias en sentido estricto (directas) a aquellas que tienen como propósito garantizar que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Esta primera directiva está orientada a satisfacer los principales objetivos del sistema de apoyo en la toma de decisiones: poner a la persona con discapacidad como el centro de las decisiones judiciales que le conciernen.

El elemento definitorio de este nuevo paradigma propuesto es la “*estelaridad*” de la voluntad decisoria del sujeto que, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de sustitución de la voluntad, seguirá a cargo de la propia persona con discapacidad (Cfr. Bariffi, 2014, p. 477). El respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias no únicamente se hace propicio cuando ya está instaurado el sistema de apoyos, sino que también, para el nombramiento de las personas o persona de apoyo se deberá tener siempre como válida la opinión expresada por la persona con discapacidad (Cuenca, 2015, p. 63).

Puede ser que en algunas situaciones para una persona con discapacidad mental o psicosocial sea dificultoso exteriorizar su voluntad. Para estos casos, serán de gran utilidad los ajustes razonables, los cuales sirven como medios que coadyuvan en el mejor ejercicio de sus derechos a las personas con discapacidad. Tanto la naturaleza, los alcances y límites de estos así llamados ajustes razonables serán objeto de estudio a detalle en el siguiente acápite.

En cuanto al segundo grupo de esta primera clasificación, es decir, las salvaguardias que se dirigen a asegurar que no haya un conflicto de intereses ni influencia indebida en la relación entre la persona con discapacidad y la(s) persona(s) que presta(n) el apoyo, es interesante la conceptualización que hace el Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más alto nivel posible de Salud Física y Mental de Naciones Unidas, Anand Grover. Nos dice, primero, que la coerción incluye condiciones que facilitan la intimidación, como la fatiga o el estrés y, segundo, que la influencia indebida incluye

situaciones en las que la persona con discapacidad percibe la posibilidad de que su negativa a otorgar el consentimiento para alguna decisión tenga consecuencias desagradables en su contra (ONU. A/64/272, párr. 14).

Así, para asegurar esa salvaguardia, el juez deberá evaluar detenidamente la idoneidad de la persona o personas sobre quien recaerá la obligación de prestar los apoyos. Para tal fin deberá evaluar, entre otros aspectos, la trayectoria personal de quien o quienes son propuestos para el apoyo; la relación de vida entre la persona con discapacidad y la persona o personas que se propone designar y las posibles relaciones familiares, económicas o sociales que pudieran interferir en la relación y/o significar una influencia indebida u ocasionar un conflicto de intereses.

Por último, dentro de las salvaguardias en sentido estricto (directas) tenemos aquella que busca que los apoyos sean medidas aplicadas de manera proporcional y que sean adaptadas a las circunstancias concretas. Sobre este aspecto en particular, el TEDH ha considerado, por ejemplo, que una medida que tenga como propósito interferir de alguna manera en la forma en la cual una persona ejerce su capacidad jurídica debe ser proporcional al grado de sus necesidades específicas. Para cumplir este cometido, entonces, las respuestas judiciales deben ser personalizadas y orientadas al caso individual (*Cfr.* TEDH, Caso A.N. Vs. Lituania, párr. 124; Caso Sýkora Vs. República Checa, párr. 113, y Caso Salontaji-Drobnjak Vs. Serbia, párr. 144).

En una línea muy similar se ha desarrollado el sexto principio de la Recomendación N° R(99)4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que, si bien no deja de ser un estándar que no logra desapegarse totalmente del modelo sustitutivo de las decisiones, indica también que las medidas restrictivas o limitativas de la capacidad jurídica deben ser adaptadas a las necesidades de la persona (Recomendación N° R(99)4, 1990).

A mi juicio, una herramienta muy útil que puede ser empleada por el juez como opción para cumplir con esta salvaguardia sería el test de proporcionalidad, que es una técnica de interpretación jurídica que permite resolver aquellos supuestos

donde se encuentran en aparente conflicto derechos fundamentales o demás valores constitucionales que exijan la realización de fines legítimos (Bernal, 2007, p. 599).

Pasando ahora al segundo grupo de salvaguardias, es decir, a las procesales (indirectas), tenemos en primer término a aquellas cuyo objetivo es conseguir que los apoyos sean empleados en el lapso temporal más breve posible. Estas tienen una intrínseca relación con la idea de la proporcionalidad y con el objetivo de lograr una mayor autonomía en favor de las personas con discapacidad. Por lo tanto, cuando se logre el objetivo de dotar de mayores elementos para decidir por sí mismas a las personas con discapacidad mental o psicosocial, deberán ir desapareciendo de manera gradual también los apoyos.

Para fines ilustrativos, aun cuando no se trata de un pronunciamiento sobre este tema en concreto, es interesante ver como por ejemplo el TEDH en el *Caso Stanev Vs. Bulgaria* calificó de manera negativa la detención de una persona con discapacidad en un centro de rehabilitación que se estableció de manera indefinida. Esto demuestra, ciertamente, que la lógica de aquellas medidas que de alguna manera restringen o interfieren los derechos de las personas con discapacidad es que deben ser más bien temporales (párr. 129).

Para conseguir este primer objetivo resulta crucial atender el segundo subtipo de salvaguardias dentro de este esquema. Se trata de aquellas salvaguardias cuyo propósito es permitir que las medidas de apoyos se encuentren sujetas a revisión periódica. Para el caso del sistema de apoyos diferenciados que aquí se propone, dicha revisión deberá ser de carácter judicial.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Humanos (en adelante, "CDH") ha reprobado que un Estado, en su normativa interna, no prevea la posibilidad de que una medida que interfiera de alguna manera en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, esté sujeta a una revisión judicial periódica (CDH, CCPR/C/BGR/CO/3, párr. 17).

En muchos ordenamientos jurídicos que reposan en el enfoque de sustitución de las decisiones, las resoluciones judiciales que afectan de alguna manera u otra el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se establecen sin la posibilidad de que puedan ser revisadas cada cierto tiempo por una autoridad jurisdiccional competente e imparcial. Garantizar que una medida que instaure apoyos diferenciados sea revisada periódicamente por el juez es importante para los cometidos que busca el artículo 12.3° de la CDPD.

Si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no dispone como obligación un plazo o intervalos de tiempo específicos en los que deba revisarse una decisión de tal naturaleza, es preciso considerar que la referida revisión judicial no debería llevarse a cabo en espacios temporales demasiado largos. Ciertamente sería contraproducente establecer legislativamente un único plazo de revisión para todos los casos (ello entraría en contradicción con la naturaleza diversa de los sistemas de apoyos diferenciados). Sería dar por sentado que todas las personas con discapacidad mental o psicosocial se encuentran en las mismas condiciones.

Por lo tanto, la tarea de establecer los periodos temporales de revisión de la medida judicial que dispone los apoyos recaerá en el juez que conoce la causa. Éste deberá establecer dichos plazos atendiendo a los principios que inspiran el modelo social y al enfoque del sistema de apoyos en la toma de decisiones. El establecimiento de estos periodos no deberá hacerse únicamente desde una visión médica, sino inter y multidisciplinaria.

En este punto también es importante mencionar lo que podríamos considerar como otra forma de entender la salvaguardia de la revisión periódica de la decisión que dispone los apoyos. Se trata de aquella garantía que establece la posibilidad de que sea la propia persona con discapacidad usuaria de los apoyos dispuestos la que pueda cuestionar cualquier aspecto de dicho sistema ante una instancia judicial.

Esta salvaguardia tiene mucho que ver con el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad y, ciertamente, es necesaria demarcarla con respecto a la anterior.

Sucede en muchas partes que las personas con discapacidad cuando se ven sometidas a un régimen que anula su capacidad jurídica, pierden también su derecho de acción, con lo cual, no pueden activar los mecanismos procesales por sí mismas para cuestionar la decisión judicial que las coloca en dicha situación. Esa posibilidad, en la mayoría de los casos, solo se prevé para quienes actúan en calidad de “tutores” o “curadores”, lo que en la práctica hace imposible el acceso a la justicia si es que no existe anuencia por parte de quien sustituye la voluntad de la persona con discapacidad.

Al respecto, el CRPD ha sostenido que se debe garantizar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de impugnar las medidas que conciernen a su derecho a la capacidad jurídica en nombre propio (*Cfr.* CRPD, Observación General N° 1, párr. 38). Por consecuencia, mientras que la primera vertiente de esta salvaguardia encaja en lo que podría entenderse como una revisión oficiosa del sistema de apoyos diferenciados, la segunda vertiente tiene que ver más bien con la revisión del referido sistema a instancia de parte.

Es oportuno recordar también que, sobre la revisión judicial a instancia de parte (entiéndase aquí a instancia de la propia persona con discapacidad), algunos escépticos del modelo social cuestionan que dicha posibilidad pondría en grave riesgo el normal funcionamiento del sistema de justicia por los numerosos recursos judiciales que se presentarían en busca de anular o modificar el sistema de apoyos diferenciados.

El TEDH ha analizado ya este frecuente cuestionamiento en su jurisprudencia. Sobre el particular, ha reconocido que los Estados tienen cierta deferencia a la hora de regular los mecanismos procesales de revisión (*Cfr.* TEDH, Caso Nataliya Mikhaylenko Vs. Ucrania, párr. 36) pero, ha dicho también, que dentro de todas las garantías procesales que se pueden establecer en favor de las personas con discapacidad, la más importante es aquella que le permite solicitar a un tribunal la

revisión de la decisión judicial sobre su capacidad jurídica (TEDH, Caso Nataliya Mikhaylenko Vs. Ucrania, párr. 37; Caso Sýkora Vs. República Checa, párr. 67). Por ello, ha afirmado que el negarle a una persona con discapacidad el acceso a la revisión judicial de una decisión tan trascendental para su vida, constituye una violación del derecho al acceso a la justicia (*Cfr.* TEDH, Caso Nataliya Mikhaylenko Vs. Ucrania, párr. 40 y Caso Shtukaturv Vs. Rusia, párr. 91).

Se puede afirmar que en una línea similar ha ido la Corte IDH al plantear –en el marco del derecho a recurrir un fallo judicial– que los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de dicho derecho. Sin embargo, ha recalcado que dicho margen encuentra su límite convencional en el hecho que los Estados no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo (acceso a la justicia) (*Cfr.* Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, párr. 53 y Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párr. 161).

En conclusión, al regular la segunda sub-salvaguardia que versa sobre la revisión judicial a instancia de parte en el marco del proceso de apoyos diferenciados, se podrán establecer legislativamente aquí sí (a diferencia de la revisión judicial oficiosa) plazos o intervalos temporales en los cuales la persona con discapacidad podrá acudir al órgano jurisdiccional correspondiente para buscar la revisión, modificación o extinción de los apoyos. El establecimiento de plazos o intervalos temporales para accionar la revisión compatibiliza, por un lado, la protección del correcto funcionamiento del sistema de justicia y, por el otro, el acceso a la justicia de este grupo de personas.

Lo importante al final de cuentas es tener claro que, en cualquiera de los dos supuestos –revisión oficiosa o a instancia de parte–, el examen de lo solicitado por la persona con discapacidad (ya sea la modificación, revisión o extinción de los apoyos) debe seguir un enfoque de real verificación y análisis de la situación y no uno formalista y superficial (*Cfr.* TEDH, Caso N. Vs. Rumania, párr. 156).

Como nota adicional además, es menester apuntar que se deberá garantizar la participación activa de la persona con discapacidad sobre la cual recae el proceso

de apoyos diferenciados, lo cual incluye evidentemente que el juez escuche y observe de manera directa a la persona en cuestión. Esto es importante porque en procesos de esta naturaleza la persona con discapacidad desempeña un doble papel: por una parte es parte interesada en la resolución del proceso y, por otro, es el “objeto” principal de éste (TEDH. Caso A.N. Vs. Lituania, párr. 96).

Estas serían las salvaguardias que, como mínimo, servirán para un funcionamiento adecuado del sistema de apoyos diferenciados que se propone. Evidentemente, y como ya se remarcó, el juez siempre deberá evaluar el caso concreto para establecer las salvaguardias adicionales que considere necesarias atendiendo a la situación particular, respetando siempre la igualdad, autonomía y el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial.

A modo de apunte de cierre, considero importante esgrimir ciertas consideraciones sobre la vía por la cual debe transitar el proceso de apoyos diferenciados que se propone aquí.

Como se sabe, en la situación actual de las cosas, tenemos un proceso de interdicción que se tramita por la vía del sumarísimo de conformidad con el artículo 546.3° del Código Procesal Civil.

Al respecto, considero que pudiera resultar contraproducente dejar que el proceso de apoyos diferenciados se tramite en la vía del sumarísimo (lo cual ciertamente se ha puesto en entredicho en páginas anteriores cuando se hizo referencia al proceso de interdicción). Una solución así no permitiría que el juez evalúe a detalle el contexto y la situación de la persona con discapacidad mental o psicosocial, dada la naturaleza del proceso sumarísimo en el Derecho Civil peruano. Sin embargo, una solución radicalmente opuesta –tramitar el proceso de apoyos diferenciados en la vía de conocimiento– podría resultar igualmente insatisfactorio para los fines de las necesidades de la persona con discapacidad y la urgencia en la necesidad de los apoyos.

Ante esta disyuntiva considero que lo más acertado es aterrizar en el ordenamiento procesal civil peruano la ingeniosa propuesta de Cuenca (2015) quien, a grandes rasgos, refiere que, cuando no exista oposición ante la solicitud de apoyos diferenciados, el proceso para su determinación podrá ser tramitado por una vía ligera y rápida, como puede ser, para nuestro caso, la vía del sumarísimo. Mientras que, en caso la solicitud de apoyos diferenciados sea cuestionada por la propia persona con discapacidad u otro sujeto legitimado, el proceso podrá ser llevado en la vía procesal más dilatada que, para el caso peruano, sería el proceso de conocimiento (*Cfr.* p. 74).

La reflexión final sobre el sistema de apoyos que es necesario instaurar, es que éste debe ser tratado con la seriedad del caso. Los miedos naturales ante un cambio tan revolucionario deben ser apaciguados anteponiendo la noble y justa consigna de la igualdad de todos y todas, lo cual incluye sin duda alguna a las personas con discapacidad.

Resta decir que nos encontramos ante un cambio de paradigma que ya en nuestro país recogen como obligación el artículo 9° de la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973, 2012)⁸³, los artículos 3.31⁸⁴ y 8⁸⁵ de su Reglamento (Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP), el artículo 2.1° de la Ley N° 29889⁸⁶ y el artículo 3.4° del Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad (Resolución Administrativa N° 010-2018-CE-PJ) que establece, entre otras cosas, que se debe garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, evitar la sustitución en la toma de decisiones y disponer apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁸³ “Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley

9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones. (...)”

⁸⁴ “Artículo 3.31 Sistemas de Apoyo:

Mecanismos proporcionales y adaptados a los requerimientos de la persona con discapacidad, cuyo objeto es garantizar el pleno ejercicio de su capacidad jurídica.”

⁸⁵ “Artículo 8.- Capacidad jurídica de la persona con discapacidad

La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica y la ejerce accediendo a sistemas de apoyo y ajustes razonables que requiera en la toma de decisiones, conforme a lo establecido en los numerales 9.1 y 9.2 del artículo 9 de la Ley y las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre la materia.”

⁸⁶ “Artículo 2.1:

El Estado garantiza a las personas con discapacidad mental el apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad para obrar y la defensa de sus derechos”.

Por lo tanto, el Código Civil y el Código Procesal Civil de nuestro país, al persistir en hacer prevalecer instituciones como la curatela y la interdicción para las personas con discapacidad mental y psicosocial, no solamente están provocando que el Perú contravenga sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos, sino también, ocasionan serias contradicciones entre las mismas normas internas.

Además, se debe recordar que ya el CRPD ha emplazado de manera específica al Estado peruano para que derogue la interdicción y la curatela y las reemplace por un régimen de apoyos (CRPD, CRPD/C/PER/CO/1, párr. 25). Esto ocurrió en el 2012 y hasta hoy no se ha llevado a cabo tal reforma.

6.2. Experiencias en el derecho comparado a nivel legal y jurisprudencial respecto a algunas aproximaciones al sistema de apoyos en la toma de decisiones

El derecho comparado (tanto legal como jurisprudencial) es una muy buena herramienta para orientar cualquier reforma debido a que nos nutre de ideas y experiencias para las propuestas. En ese sentido, en el presente análisis se tendrán como marcos referenciales diez experiencias comparadas de reformas legislativas así como cambios jurisprudenciales importantes que –en mayor o menor grado– buscan mover sus respectivos ordenamientos jurídicos de un modelo de sustitución en la toma de decisiones hacia uno de apoyo en la toma de las mismas.

Las diez experiencias comparadas elegidas para ese fin son las que se han presentado en países de América, Europa y Asia constituyéndose como las más importantes o resaltantes a la hora de abordar el tema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde la perspectiva del modelo social.

Dentro de las reformas por la vía legislativa se estudiarán los ejemplos de Paraguay; Costa Rica; Argentina; Colombia (en nuestro continente) y de la República Checa e India (en Europa y Asia respectivamente). En cuanto a los cambios dados a partir de pronunciamientos judiciales importantes, se tendrá en

cuenta a Eslovaquia; Moldavia; Polonia (en Europa) y México (en América), completándose así los diez países objetos de estudio.

De manera preliminar hay que advertir que si bien el primer país en el mundo en ratificar la CDPD fue Hungría y, como producto de ello, se convirtió en el primero en emprender una reforma legislativa para adecuar su normativa civil con lo que dispone el artículo 12° de dicho tratado, su estudio no será considerado debido al fracaso que significó el revés dado por la Corte Constitucional húngara a la reforma. En efecto, el 26 de abril de 2010 (antes de entrar en vigencia las reformas ya aprobadas por el Parlamento) el Corte Constitucional de Hungría – por una mayoría de ocho contra uno– dejó sin efecto las reformas declarando inconstitucional la ley que las aprobó.

Los principales argumentos del máximo tribunal húngaro fueron dos: primero, el poco tiempo (cinco meses) que tenían los jueces y funcionarios para comprender totalmente las nuevas reformas hasta su entrada en vigencia y, segundo, las posibles afectaciones a la seguridad jurídica (tráfico jurídico) que supondría reformar aspectos sensibles de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental (*Cfr.* Corte Constitucional de Hungría, Decisión 51/2010. (IV.28.) AB).

Por esta razón, al haberse interrumpido de manera abrupta la primera reforma en el planeta que buscaba compatibilizar el derecho interno con las obligaciones que se desprenden del principal tratado en materia de derechos de las personas con discapacidad, solo serán tomadas en cuenta las diez experiencias a la que se hizo alusión anteriormente por estar algunas vigentes y otras en proceso de materializarse.

6.2.1. Paraguay

El anteproyecto del actual Código Civil paraguayo fue concluido a inicios de la década de los sesenta y empezó a regir en dicho país recién en el año 1987. Si bien lleva tan solo una diferencia de tres años con el código civil peruano, se

puede observar que en ciertos aspectos parece ser más garantista respecto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

No está demás señalar también que en el 2008, mediante Ley N° 3540, el Estado paraguayo aprobó la CDPD, con lo cual, dicho tratado forma parte de sus obligaciones internacionales en la materia. A pesar de ello –al igual que en nuestro caso– aún no existe una reforma verdadera que compatibilice su derecho interno con las obligaciones que emanan del tratado anteriormente referido.

No obstante, pese a que dicha tarea se encuentra pendiente, resulta necesario rescatar ciertos aspectos importantes del cuerpo legislativo civil de dicho país a fin de tenerlos en cuenta en la propuesta de reforma peruana.

Lo primero que resalta en este código es el artículo 37° que fue modificado en el 2004. Dicho precepto establece que se reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido la mayoría de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente. Al señalar de manera categórica que todos serán considerados como capaces, el código está avanzando hacia la configuración del principio de presunción de la capacidad, a la vez que enfatiza que solo mediante una sentencia judicial puede derrotarse dicha presunción (adviértase que no establece una lista cerrada de incapaces como si lo hace nuestro código).

Otro punto importante es el artículo 76° cuyo texto dispone que el juez, en caso de no poder examinar personalmente a quien se le juzgue como incapaz legal por no poder comparecer ante él, deberá trasladarse hacia el lugar en el cual el supuesto incapaz se encuentre a fin de poder tener un contacto real y directo con la persona.

De esta forma, aunque todavía el código paraguayo guarda dentro de sí una institución que se sustenta en la sustitución en la toma de decisiones – incompatible con la CDPD– son rescatables estas buenas prácticas en el tratamiento legal de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Estos aspectos positivos –una vez revisados y mejorados– deben implementarse, como

no, en la reforma peruana que implante el sistema de apoyos en la toma de las decisiones.

6.2.2. Costa Rica

En Centroamérica el país que se ha puesto a la vanguardia en el tema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha sido Costa Rica. Dicho Estado ha ratificado la CDPD y, el 30 de agosto de 2016, publicó la Ley N° 9379, Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad que regula lo concerniente al derecho a la capacidad jurídica de dichas personas teniendo como parámetro el modelo social y el artículo 12° de la CDPD.

Lo primero que hay que elogiar de esta ley costarricense es que a través de su artículo 5° impregna el principio de presunción de la capacidad al señalar que toda persona con discapacidad gozará plenamente de igualdad jurídica, lo cual implica: a) el reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar, y b) la titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses.

Partiendo de dicho postulado, la ley diseña un sistema de apoyos al que denomina “salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad” cuyo proceso es gratuito. En lugar de la figura del curador –propio del modelo de sustitución en la toma de decisiones– aquí se establece un “garante para la igualdad jurídica” que, el artículo 2°, literal i), de la norma define como “aquella persona mayor de dieciocho años que, para asegurar el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones (...)”. Como se observa, en ningún momento se le otorga al referido garante la facultad para decidir por la persona con discapacidad.

Otro aspecto que resalta son las amplias posibilidades que ofrece la ley en cuanto a la revisión de las salvaguardas adoptadas. El artículo 9° permite a la propia persona con discapacidad presentar una solicitud de revisión en cualquier

momento y establece una obligación hacia el juez para que las revise cada cinco años.

Por su parte, el artículo 10° establece un alto nivel para valorar la idoneidad del o los garantes para la igualdad jurídica. Entre otros requisitos, exige que quien o quienes ejerzan dicha labor demuestren su idoneidad moral y ética. Dentro de sus obligaciones, están el de no actuar sin considerar los derechos y la voluntad de la persona con discapacidad, así como apoyarla para la protección y promoción de todos sus derechos. Sin embargo, un aspecto que es sumamente criticable es que el artículo 11°, literal d) de esta norma permita la posibilidad de esterilizar a las personas con discapacidad bajo el pretexto de la preservación de su propia vida o integridad. Una previsión que, por supuesto, el autor de la presente tesis no comparte y si rechaza.

Por último, hay dos cosas más que merecen resaltarse. La primera tiene que ver con el hecho que la ley prevea la creación de un programa estatal encargado de prestar ayuda económica a efectos de sostener el sistema de apoyo cuando sea requerido (algo digno de imitar). Lo segundo es que la norma regula la transición al nuevo sistema de “salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad” respecto de aquellos casos en los cuales las personas se encuentran bajo el antiguo régimen de incapacitación legal.

De esta manera, la ley prescribe que todo curador pasará, con la entrada en vigencia de esta norma, a ser un garante para la igualdad jurídica de manera inmediata (con las facultades y obligaciones que se derivan de dicho cargo).

6.2.3. Argentina

El 1 de agosto de 2015 entró en vigencia en Argentina el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación promulgado mediante la Ley N°26994. Este texto unificó el derecho civil argentino (regulado hasta entonces por el mítico Código Civil de 1869 de Velez Sarsfield) con el derecho comercial (codificado en el texto legal de 1862). Se trata del Código Civil de más reciente data en Latinoamérica.

De un análisis detallado de la regulación de la capacidad jurídica que hace este código tenemos que, de una lectura conjunta de los artículos 24° y 31°, literal a), se orienta indudablemente a fomentar la presunción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Asimismo, el literal c) del artículo 31° establece que cualquier intervención estatal sobre la capacidad jurídica de una persona debe hacerse bajo un enfoque multidisciplinario. Con ello, el código argentino se aparta totalmente del modelo médico y aboga más bien por una perspectiva holística de la discapacidad.

Ahora bien, sobre el sistema de apoyo en la toma de decisiones, el artículo 43° los inserta en la vida jurídica argentina y los comprende como “cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona (...)”. Estos apoyos deben ser propuestos por la propia persona con discapacidad que los usará, siendo obligación del órgano jurisdiccional evaluar minuciosamente los alcances de la designación de la o las personas encargadas de prestar los apoyos evitando en todo escenario conflictos de intereses o influencia indebida.

Como excepción, es menester señalar que el artículo 32° de este cuerpo legal prevé que cuando una persona se encuentre totalmente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad (pese a haberse empleado todos los medios posibles para ello), el sistema de apoyo será ineficaz por lo cual el juez podrá declarar la incapacidad de la persona y designarle un curador. De esto, se puede colegir que si bien el código argentino basa su regulación en el sistema de apoyos, contempla solo como excepción un sistema de sustitución en la toma de decisiones para aquellos “casos difíciles”, es decir, para los casos considerados más severos de discapacidad mental o psicosocial.

De otro lado tenemos que también se prevé la posibilidad para que el juez adopte medidas cautelares a fin de garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona con discapacidad. Empero, lejos de lo que podría pensarse, las medidas cautelares que establece este código no se basan en una presunción de incapacidad, sino, que se han construido también sobre la base del sistema de

apoyos, permitiendo que la persona en cuestión participe de la adopción de dichas medidas.

Entre otras de las cuestiones resaltantes tenemos, por ejemplo, que el artículo 36° sostiene que la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso de adopción del sistema de apoyos siempre será considerada como parte y no como objeto del proceso, pudiendo incluso presentar todas las pruebas que considere necesarias para su defensa.

Por último, en cuanto a la revisión, tenemos que el artículo 40° permite la revisión de la sentencia declarativa de apoyos en cualquier momento a solicitud de la persona con discapacidad y, respecto al cese de la medida adoptada, el artículo 47° sostiene que solo el juez la puede declarar, previo examen de un equipo interdisciplinario. Dicho cese puede ser parcial o total dependiendo de las circunstancias concretas. Sobre el particular, es importantísimo que una propuesta de reforma contemple diferencialmente los supuestos de revisión y cese de las medidas de apoyo, pues, se tratan claramente de dos supuestos distintos que merecen una regulación específica.

6.2.4. Colombia

La situación en Colombia podríamos calificarla como un proceso en curso para adecuar la normativa interna con el artículo 12° de la CDPD. En efecto, en abril del 2017 fue radicado el Proyecto de Ley N° 027/2017 mediante el cual se propone establecer un régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Dicho proyecto, al día de hoy, viene siendo debatido por el Poder Legislativo colombiano.

No obstante que se trata de un proyecto aún en marcha, resultan por demás interesantes los planteamientos que la reforma colombiano propone y, que ciertamente, coadyuvan para una mejor reforma en nuestro país a efectos de considerar los múltiples aspectos positivos de este proyecto ley, como veremos a continuación.

Lo primero que hay que rescatar es que este proyecto –siguiendo la línea de la mayoría de las reformas que se han dado y vienen dando– regula expresamente el principio de presunción de la capacidad en su artículo 5°. A la letra, dicho artículo establece que “todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos”. Seguidamente, de manera enfática sostiene que la existencia de una discapacidad no podrá ser motivo en ninguna circunstancia para restringir la capacidad de ejercicio de la persona.

Luego este proyecto propone instaurar un sistema de apoyos en lugar del clásico modelo de sustitución en la toma de decisiones que actualmente impera en Colombia. Para dicho efecto, el artículo 3°, numeral 4, del mismo señala que los apoyos son tipos de asistencia que se prestarán a la persona con discapacidad a fin de facilitar el ejercicio de su capacidad legal. De igual forma, establece, sin ánimo limitativo o excluyente, que estos apoyos pueden incluir desde la asistencia en la comunicación hasta la asistencia para la comprensión y consecuencias de los actos jurídicos a realizar.

Partiendo de la definición anterior, el proyecto de ley colombiano propone una división dual de los apoyos calificándolos en: a) apoyos formales y b) apoyos informales. Los primeros de ellos, según el numeral 5 del artículo 4° son los que reconoce la ley y que han sido formalizados por alguno de los procesos contemplados en la legislación colombiana, mientras que los segundos, según el numeral 6 del mismo artículo, son los mecanismos de asistencia que no se encuentran formalizados por alguno de los procesos que la ley prevé, pero que facilitan y garantizan el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada por parte de la persona con discapacidad.

Esta clasificación que hace la propuesta legislativa colombiana es interesante porque reconoce, implícitamente, que las necesidades de los apoyos que puede requerir una persona con discapacidad para ejercer su derecho a la capacidad

jurídica son infinitas y, por ello, la ley es insuficiente para contemplar todas las modalidades que pudiesen existir.

Llama poderosamente la atención también que se haya propuesto la posibilidad de que la persona con discapacidad adopte “directivas anticipadas” que no son otra cosa que un apoyo de carácter formal mediante el cual la persona puede tomar decisiones de manera previa respecto de un hecho posterior.

Otro aspecto que se desprende del proyecto colombiano es que se ha centrado en regular principalmente la labor de la persona o personas que prestan los apoyos, antes que regular las actuaciones de la propia persona con discapacidad. Esto, sin duda alguna, es una muestra de lo enraizado que está el modelo social en el proceso de reforma de dicho país. Como ejemplo de ello, tenemos el artículo 12° que se encarga de regular las acciones que pueden realizar las personas que prestan apoyo para la celebración de actos jurídicos, entre las que se encuentran a) la facilitación de la manifestación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico (la persona con discapacidad); b) la facilitación de la comprensión de un determinado acto jurídico a la persona con discapacidad; c) la interpretación de la mejor manera la voluntad y las preferencias de la persona (...), etc.

En cuanto a la revisión de la adjudicación de los apoyos, el artículo 25° del proyecto prevé que el juez del proceso podrá revisar los apoyos a petición de la persona con discapacidad, de la persona o personas que prestan los apoyos o de oficio. Sin embargo, cuando el proceso de adjudicación de apoyos no haya sido promovido por la propia persona con discapacidad en cuestión, el juez solo podrá revisar dicha adjudicación de oficio una vez al año. Sobre la modificación o terminación de la adjudicación de los apoyos, el artículo 26° propone que la persona con discapacidad pueda solicitar, en cualquier momento, la modificación o culminación de los apoyos adjudicados mediante sentencia.

Como se aprecia, en todos los escenarios –el de la revisión, modificación o la culminación– se da prioridad, con buen criterio, al *locus standi* de la persona con discapacidad. Además, sin perjuicio de todo lo anterior, el proyecto propone que

la persona encargada de brindar los apoyos presente de manera anual un informe en donde de cuenta del balance en relación con los apoyos brindados a la persona con discapacidad. Qué duda cabe que una propuesta así es una verdadera salvaguarda adicional para que, en caso de irregularidades o abusos, éstos puedan ser frenados por el juez.

Finalmente, al igual que en el caso costarricense, la propuesta colombiana dispone la creación de un régimen de transición desde el modelo de sustitución en la toma de decisiones hacía el modelo de apoyo en la toma de las mismas.

En primer lugar, respecto a los procesos de interdicción en curso, el artículo 50° dispone que éstos sean suspendidos para consultar a la persona con discapacidad si desea realizar un acuerdo de apoyos o directivas anticipadas. Si es que la persona en cuestión está absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad por cualquier medio posible, el juez que llevaba a cabo el proceso de interdicción deberá dar inicio al proceso de adjudicación de apoyos de conformidad con lo establecido en el proyecto.

En segundo lugar, para los casos en los cuales ya existiese una sentencia de interdicción dictada de manera anterior a la promulgación de dicho proyecto de ley, el artículo 51° señala tajantemente que las personas sujetas a interdicción pasaran a ser comprendidas como personas con capacidad legal plena. Luego, el proyecto señala que, en un plazo no mayor a treinta y seis meses (3 años), el juez que llevó a cabo el proceso de interdicción deberá convocar a la persona que estaba bajo dicha medida y a su curador a fin de determinar si es que es necesaria una adjudicación judicial de apoyos o no. Ello, sin perjuicio de que la persona con discapacidad que ha recuperado su capacidad legal plena, acuda ante el juez antes de dicho plazo establecido a fin de determinar su situación.

Vistas todas estas previsiones, se puede concluir que el proceso de transición al sistema actual que propone el proyecto de ley colombiano es el más detallado y el que más seguridad jurídica otorga para implementar el sistema de apoyos en la toma de decisiones. Por tanto, resulta ser un modelo de reforma digno de observar para la adecuación del derecho civil peruano con la CDPD.

6.2.5. República Checa

El 20 de febrero de 2012, después de más de siete años de debates, marchas y contramarchas, se promulgaron las modificaciones al Código Civil de la República Checa respecto a la institución de la tutela para las personas con discapacidad.

Estas reformas –que recién entraron en vigencia en enero de 2014⁸⁷– convirtieron a este país en el primero en el mundo en promulgar una reforma legal sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad inspirada en la CDPD (si descartamos el intento frustrado del caso de Hungría). En efecto, con la reforma a su Código Civil, el derecho civil checo pasó de una perspectiva de sustitución en la toma de decisiones a un régimen de apoyos denominado “sistema de adopción de decisiones respaldadas”.

Al respecto, el artículo 45° del Código Civil checo modificado establece un proceso de adopción de decisiones respaldadas mediante el cual una persona con discapacidad mental puede acordar la provisión de apoyos (de una o varias personas) para el ejercicio de su capacidad jurídica, lo cual, no restringe ni suprime su capacidad legal.

Un aspecto interesante que no se observa en otras reformas sobre la materia a nivel comparado es que el modelo checo establece que la persona o personas designadas para brindar el apoyo están obligadas a celebrar un contrato para poder ejercer sus labores. Dicho contrato, según el artículo 46°, entra en vigencia desde el día en que el juez del proceso lo aprueba si es que no encuentra ningún conflicto de intereses entre la persona que requiere los apoyos y quien o quienes se lo prestarán.

Ahora bien, para los “casos más severos” de discapacidad en los que no se ha podido obtener la exteriorización de la voluntad por ningún medio, el artículo 49° prevé que la persona con discapacidad será representada en los actos jurídicos por su descendiente, ascendiente, hermano, cónyuge, pareja o, en su defecto, por

⁸⁷ Es importante señalar que se estableció un periodo de casi dos años de *vacatio legis* a efectos de poder sensibilizar e instruir a los operadores de justicia sobre las implicancias de la reforma.

la persona con la que haya compartido una convivencia de hogar de al menos unos tres años. Con esto, lo que nos dice la regulación checa es que no se puede dejar de observar que existen ciertos casos en donde el sistema de apoyos será insuficiente y, por ello, será necesario establecer para esos casos salvaguardas mucho más estrictas.

Otro importante aspecto a tomar en consideración es que se le otorga una facultad de monitoreo constante al juez encargado del proceso al permitírsele cambiar o anular su decisión si las circunstancias que lo llevaron a establecer el sistema de adopción de decisiones respaldadas cambian, incluso sin que medie ninguna solicitud para ello. Además, como una salvaguarda adicional, la norma obliga que la persona o personas designadas para prestar los apoyos, presenten un inventario de propiedad y cuenta de gestión luego de dos meses de haber sido nombrados.

Finalmente, siguiendo la lógica de la transición de un modelo a otro, el artículo 3003° del Código Civil checo (luego de la reforma) establece que las personas que hayan sido privadas total o parcialmente de su capacidad legal (en mérito al modelo anterior) antes de la entrada en vigencia de las modificaciones aprobadas, serán restauradas completamente en su capacidad legal en un periodo no mayor de tres años. Como se puede comprobar, es un modelo de transición muy parecido al colombiano o –ubicando adecuadamente las reformas en el tiempo– el modelo de transición de la reforma colombiana es muy parecido al checo.

6.2.6. India

Como la última reforma emprendida por la vía netamente legal que se estudiará tenemos la de la India conseguida a partir de la Ley de los Derechos de las Personas con Discapacidad promulgada el 27 de diciembre de 2016. Esa ley, aparte de establecer un marco de protección para todos los derechos en general de las personas con discapacidad, dedica su séptimo capítulo a regular lo concerniente a la capacidad jurídica de dichas personas desde la óptica del modelo social.

De esa forma, el artículo 38°, inciso 1, de la referida ley establece un sistema de apoyos para “cualquier” persona con discapacidad (no solo mental o psicosocial) que podrá ser establecido a solicitud de la misma persona o de cualquier otra persona natural o jurídica en su nombre.

Lo más resaltante del modelo indio es que no permite una discrecionalidad absoluta para que el juez tome una decisión sobre el sistema de apoyos basándose tan solo en informes médicos. Muy por el contrario, prevé la creación de una “Junta de Evaluación” compuesta por miembros de distintas disciplinas del conocimiento humano cuya labor es evaluar la situación de la persona en concreto y remitir un informe a la autoridad judicial al respecto para que adopte una decisión.

El desapego del modelo médico es evidente en este caso debido a que la norma destierra cualquier posibilidad de que la evaluación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad pueda hacerse única y exclusivamente desde el punto de vista de la Medicina. Resulta importante, a la luz de los principios que inspiran la CDPD, que dicha evaluación se realice de manera multidisciplinaria e interdisciplinaria.

6.2.7. Eslovaquia

Luego de haber analizado las principales reformas emprendidas por la vía legislativa, es momento abordar aquellos cambios en el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad surgidos, en algunos países, a partir de algún pronunciamiento judicial relevante por parte de los más altos tribunales de justicia.

En ese sentido, el primer caso a analizar es el eslovaco y, de manera más específica, el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Eslovaquia recaído en el caso I.ÚS 313/2012-52 sentenciado con fecha 28 de noviembre de 2012. En este caso se pusieron en serios cuestionamientos diversas disposiciones del Código Civil de Eslovaquia que regulaban lo concerniente a la capacidad jurídica

de las personas con discapacidad desde el punto de vista de la sustitución en la toma de decisiones.

Lo primero que merece rescatarse del fallo del máximo tribunal eslovaco es que, luego de verificar la manifiesta incompatibilidad de la regulación sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que hace el Código Civil de dicho país respecto de los estándares en materia de Derechos Humanos, sostiene que la interpretación de los derechos de este grupo en situación de vulnerabilidad no se agota con lo que la ley (en este caso el código) dispone, sino que, deberían tenerse en cuenta tanto la Constitución como los tratados internacionales sobre la materia.

Luego de esto, la sentencia se aparta del modelo médico de la discapacidad, hasta entonces imperante en Eslovaquia, y refiere textualmente que “hoy en día la discapacidad ya no se entiende solo en un marco médico (individual), sino que se otorga mayor importancia a los marcos sociales y jurídicos que integran cada vez más los valores de los Derechos Humanos” (Corte Constitucional de Eslovaquia, I. ÚS 313/2012-52, párr. 34).

En ese sentido, buscando la máxima preservación de la capacidad (desde la lógica del modelo social), el fallo sostiene que cualquier privación de la capacidad jurídica de una persona solo deberá aplicarse como último recurso. Es decir, solo podrá ser aplicada una medida restrictiva si todas las demás medidas menos restrictivas no pueden ser empleadas o son menos eficaces (*Cfr.* Corte Constitucional de Eslovaquia, I. ÚS 313/2012-52, párr. 35). Ciertamente, aunque no lo diga de forma expresa, la Corte Constitucional eslovaca, con la anterior afirmación, está instaurando el principio de presunción de la capacidad.

Después de estos planteamientos el máximo tribunal eslovaco se centra en esgrimir algunas consideraciones en torno a la relevancia del informe médico que sustenta una eventual medida limitativa de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Al respecto, concretamente rechaza que la judicatura ordinaria acepte de manera mecánica como verdad incontrovertible lo resuelto en un informe médico, pues sostiene, que dicho elemento no es suficiente para evaluar

todos los componentes de la capacidad jurídica de una persona; recomienda, por tanto, que hasta que no se implemente una reforma real en Eslovaquia, los jueces deberían observar la regulación legal de República Checa al respecto dado que comparten una historia jurídica muy similar con dicho país (*Cfr.* Corte Constitucional de Eslovaquia, I. ÚS 313/2012-52, párr. 35).

Por último, ahondando más en este extremo, la corte eslovaca señala que amarrar la decisión del juez a lo que diga o deje de decir un dictamen médico contraviene además la facultad del juzgador para evaluar libremente la prueba:

"(...) to blindly trust the findings of the expert would mean in its result a denial of the principle of free evaluation of evidence by the court under its inner conviction, to privilege the expert evidence and transfer the responsibility for factual accuracy of judicial decision-making to the expert; such approach cannot be accepted from a constitutional point of view" (Corte Constitucional de Eslovaquia, I. ÚS 313/2012-52, párr. 36).

6.2.8. Moldavia

El caso de Moldavia es de alguna forma distinto a los que se han estudiado hasta ahora porque no se trata de un cambio de paradigma total ni tan definido. Se trata, más bien, de un primer paso hacia el sistema de apoyos para el ejercicio del derecho a la capacidad jurídica dado por la Corte Constitucional de Moldavia mediante la Decisión No. 33 de fecha 17 de noviembre de 2016.

El punto crítico de este fallo viene dado por el hecho que la corte moldava, luego de un ejercicio interpretativo arduo, sostiene que la institución de la tutela para personas con discapacidad no resultará inconstitucional siempre y cuando se le interprete de la manera más restrictiva posible. Es decir, como *ultima ratio* respecto otras medidas menos lesivas que demuestren ser más eficaces que la tutela.

El aspecto negativo de esta apreciación es que se fuerza una interpretación que amolda el modelo de sustitución en la toma de decisiones con el modelo social lo

cual, de suyo, resulta imposible. Sin embargo, el aspecto “positivo”, podría decirse, lo representa el extremo que refiere que una medida restrictiva como tal solo puede emplearse en casos considerados extremos.

Como punto final, es necesario rescatar que para la Corte Constitucional moldava el hecho de impedir que una persona bajo tutela recurra la sentencia judicial que la coloca en dicha situación, resulta violatorio del derecho al acceso a la justicia. En consecuencia, sostiene en su fallo, la disposición del Código de Procedimientos Civiles de Moldavia que establece dicha prohibición para las personas con discapacidad que se encuentran bajo tutela resulta inconstitucional.

6.2.9. Polonia

En Polonia la situación actual del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es muy similar a la de Moldavia. De hecho, el enfoque presente sigue siendo el de la sustitución en la voluntad, no habiéndose logrado a la fecha una reforma de dicho régimen de cara al vigente modelo social de la discapacidad.

No obstante, el Tribunal Constitucional de Polonia ha ido poco a poco marcando distancias con el régimen que permite la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad en dicho país. Así lo ha hecho especialmente en el Caso No. K28/05 cuya sentencia data del 7 de marzo de 2007.⁸⁸

El debate central en este caso giró en torno a la problemática del impedimento, establecido legalmente en Polonia, para que las personas con discapacidad sometidas al régimen de incapacidad legal puedan cuestionar judicialmente la sentencia que las colocaba en dicha situación.

Al respecto, la sentencia refiere que está fuera de toda duda que la posibilidad de presentar recursos para revocar la declaración de incapacidad legal o modificar

⁸⁸ Nótese que este fallo es anterior a la entrada en vigencia de la CDPD, sin embargo, ello no ha impedido que desde el 2005, al menos, se vengán discutiendo los trascendidos del modelo social de la discapacidad en la doctrina europea.

sus alcances, constituye uno de los elementos centrales del derecho de acceso a la justicia (*Cfr.* Tribunal Constitucional de Polonia, Caso No. K28/05, pág. 10). En ese sentido, concluyó que los tribunales y operadores de justicia en general debían adecuar los mecanismos procesales pertinentes a las necesidades específicas de las personas con discapacidad (declaradas judicialmente incapaces) para que puedan recurrir y cuestionar por la vía judicial las sentencias que los declara en tal condición.

Finalmente, luego de establecer este mandato, el Tribunal Constitucional de Polonia exhorta al Poder Legislativo de dicho país a modificar la normativa civil pertinente a fin de adecuarla con los estándares expuestos en la sentencia.

Pese a no expulsar de su ordenamiento jurídico la figura jurídica mediante la cual se incapacita legalmente a las personas con discapacidad (sometiéndolas a un régimen de sustitución de su voluntad), el máximo tribunal polaco advierte una consecuencia nefasta respecto de la vulneración del derecho a recurrir el fallo en perjuicio de este grupo de personas y la corrige con buen criterio.

6.2.10. México

Como último ejemplo jurisprudencial comparado tenemos el caso mexicano que, sin llegar a constituirse como una reforma totalmente apegada a los estándares de la CDPD, ilustra sobre algunos puntos concretos que se deben tomar en consideración al momento de regular el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Se trata del pronunciamiento emitido el 16 de octubre de 2013 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “SCJN”) recaído en el Amparo en Revisión 159/2013, también conocido como “*Caso Ricardo Adair*”. Es un caso paradigmático en el derecho civil-constitucional mexicano pero que no ha estado exento de ser criticado desde la óptica de los Derechos Humanos por algunas serias inconsistencias con el modelo social⁸⁹

⁸⁹ Véase: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3297>

(pese a ello, como se dijo antes, resultan ilustrativos algunos puntos de la sentencia que se señalarán a continuación).

Pues bueno, los hechos del caso se relacionan con una persona con síndrome de asperger (discapacidad psicosocial), Ricardo Adair, que a los diecinueve años de edad fue declarado incapaz legalmente para ejercer sus derechos luego que su madre iniciara un proceso de interdicción bajo las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad) de México. En consecuencia se nombró como su tutora a su madre y como curador a su padre.

Recién a los 22 años de edad Ricardo Adair fue informado de su situación legal. Como producto de ello, inició un juicio de amparo indirecto contra la sentencia que lo declaró en estado de interdicción, por considerar que las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal que sirvieron de sustento para declarar su incapacidad legal eran abiertamente contrarias a las obligaciones contraídas por el Estado mexicano al ratificar la CDPD. Luego de transitar las vías correspondientes, el caso llegó mediante recurso de revisión ante la SCJN.

Al resolver definitivamente el caso se puede apreciar en el razonamiento de la SCJN un ánimo dubitativo en torno al tránsito mexicano del paradigma de sustitución en la toma de decisiones al sistema de apoyos. De manera que, si bien en esta sentencia se establece que el parámetro para comprender los alcances de los derechos de las personas con discapacidad está determinado por el modelo social, presenta una seria contradicción que resulta irreconciliable.

Dicha contradicción se presenta al sostener, la SCJN, que es posible realizar una interpretación conforme a la CDPD de la institución jurídica de la interdicción, interpretándola en el marco del modelo social. Incluso, en la sentencia se llega a sostener que la interdicción como tal puede ser entendida como un ajuste razonable (*Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Caso Ricardo Adair, págs. 42 y 46).

Como ya se ha dicho, no resulta jurídicamente posible forzar figuras como la interdicción o la curatela –propias del sistema de sustitución en la toma de

decisiones— para hacerlas compatibles con el artículo 12° de la CDPD —que parte más bien del sistema de apoyos en la toma de decisiones—. Un planteamiento de tal magnitud no presenta un avance total y real hacia el modelo social en los términos que éste exige.

A pesar de esto, hay ciertos aspectos que llevan a concluir que esta sentencia se trata, en esencia, de una reforma parcial del sistema mexicano sobre la incapacitación legal de las personas con discapacidad.

El primer punto que se debe considerar como plausible lo representa el hecho de que para la SCJN es indispensable la participación de la propia persona con discapacidad a lo largo de todo el proceso en el que se discute su capacidad jurídica. Es más, sostiene que la persona con discapacidad debe ser escuchada por el juez, independientemente de si cuenta con un representante legal o un curador provisorio (*Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Caso Ricardo Adair, pág. 44).

Como segundo aspecto vital de esta sentencia se establece la necesidad de reconocer que la diversidad es un supuesto más del modelo social. Así, en virtud de tal diversidad no solo se debe aceptar que existen personas con diversidades funcionales, sino que también se hace necesario reconocer la gran cantidad de posibles diversidades. Partiendo de tal premisa, la SCJN sostiene lo siguiente:

“(...) [A]quellas instituciones jurídicas que tengan como finalidad limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, deberán tomar como punto de partida el tipo de diversidad funcional del caso en concreto, pues de lo contrario, pretender el establecimiento del mismo tipo de limitación a personas con discapacidades sumamente diversas, se traduciría en un incumplimiento del principio del modelo social de discapacidad” (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Caso Ricardo Adair, págs. 51 y 52).

Luego de este planteamiento la sentencia reconoce principios como el de proporcionalidad y presunción de la capacidad jurídica que, como se ha

remarcado anteriormente, resultan importantes al momento de diseñar un sistema de apoyos (*Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Caso Ricardo Adair, págs. 55 y 56).

Finalmente, no está de más poner atención al tratamiento dado por la SCJN a los llamados “casos graves de discapacidad” en esta sentencia. Sobre el particular, establece que reconocer esquemas que permitan en mayor grado la toma de decisiones y autonomía de las personas con discapacidad, no implica desconocer la existencia de ciertos escenarios en los cuales, debido a las circunstancias de discapacidad muy severa, se determine que la asistencia en la toma de decisiones es insuficiente (*Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Caso Ricardo Adair, pág. 64).

En estos casos, nos dice la SCJN, deberá nombrarse a alguien que tome las decisiones en lugar de la persona misma, lo cual, desde su punto de vista, no implicaría retornar de forma generalizada el sistema de sustitución, sino, convertirlo en un supuesto de excepción en dónde el escrutinio por parte del juzgador deberá ser más severo y estricto (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Caso Ricardo Adair, pág. 64).

En conclusión, la “reforma” que parte de esta sentencia no es una totalmente compatible con los estándares exigidos por la CDPD. No obstante ello, igualmente resulta interesante la manera en la que la SCJN aborda los temas relativos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, arrojando ciertas luces – aunque tenues y casi opacas– sobre algunos puntos focales que deberían ser seriamente regulados en una propuesta de reforma acorde, pero en serio, con el modelo social.

6.3. El sistema de apoyos y su relación con los conceptos de medidas afirmativas, ajustes razonables, discriminación inversa, accesibilidad y el diseño universal

Es muy frecuente que en la doctrina –y de hecho también en ciertos espacios legislativos y jurisdiccionales– se crea que el sistema de apoyos para el ejercicio

del derecho a la capacidad jurídica es equiparable al concepto de ajuste razonable. También se le suele confundir con una medida de discriminación inversa y hasta con la obligación de accesibilidad y diseño universal.

Sin embargo, aun cuando todos estos conceptos buscan un mismo objetivo, es decir, la igualdad y la no discriminación, es menester entender su naturaleza propia y sus subsecuentes diferencias a fin de poder llevar a cabo una mejor regulación sobre el sistema de apoyos. En efecto, existen implicancias que, por ejemplo, tendrán en el derecho los ajustes razonables pero que no necesariamente serán compartidas por el sistema de apoyos y ello precisamente es necesario aclarar en este acápite.

Para estos efectos es necesario empezar con delimitar el significado de las obligaciones de diseño universal y de accesibilidad que recogen el párrafo 5 del artículo 2° y el artículo 9° de la CDPD respectivamente.

Sobre el diseño universal, el párrafo quinto del artículo 2° de la CDPD establece:

“Por diseño universal se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.”

De no anotado se aprecia que la obligación de implementar un diseño universal se visualiza más como una estrategia cuyo objetivo es conseguir que la instauración y la estructura de los diversos entornos, productos, tecnologías y servicios de información o comunicación en general, sean comprensibles y fáciles de utilizar para todas las personas (*Cfr.* Consejo de Europa, Resolución ResAP (2001) 1). Se trata, en buena cuenta, de construir un mundo genérico al alcance de todas las personas sin importar su condición particular.

Esta primera obligación tiene arraigado el fundamento de “normalizar” la idea según la cual la discapacidad es parte de la diversidad humana. En consecuencia,

el entorno debe construirse desde el inicio, también, considerando la existencia de personas con discapacidad.

En segundo lugar se encuentra la obligación de la accesibilidad, dispuesta por el artículo 9° de la CDPD y que en la parte pertinente establece lo siguiente:

“Artículo 9°

Accesibilidad

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso a la personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. (...)”

Sobre la obligación de garantizar la accesibilidad, se debe decir que se trata de una obligación un tanto más específica en relación con aquella que supone la previsión de un diseño universal (Bolaños, 2015, p. 46). Esta supone, ciertamente, un rol un poco más activo por parte del Estado; debe remover barreras y quitar obstáculos que puedan ocasionar que un determinado entorno, servicio o instalación se vuelvan inaccesibles para las personas con discapacidad.

El CRPD le ha dedicado la Observación General N° 2 a este tema y, al respecto, ha indicado que “la accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. Sin acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, las personas con discapacidad no tendrían iguales oportunidades de participar en sus respectivas sociedades” (párr. 1).

Por consecuencia, la creación de entornos y espacios accesibles constituye una tarea que está dirigida específicamente a garantizar derechos de las personas con discapacidad. A diferencia del diseño universal que se construye bajo una visión “neutra” (por decirlo de alguna forma) la accesibilidad obliga a centrar la atención en las personas con discapacidad y, como consecuencia, en la eliminación de barreras de toda índole para la participación plena de dichas personas en la sociedad.

Ahora, luego de haber planteado los alcances tanto del concepto de diseño universal como del de accesibilidad, es necesario explorar la idea que encierra el concepto de “acciones afirmativas”.

Este tipo de acciones encuentran su fundamento en la obligación que tienen los Estados de generar escenarios propicios para conseguir la igualdad –ya no solamente formal– sino material de las personas. Sobre esta vertiente material del principio-derecho de igualdad, el Tribunal Constitucional peruano ha dicho que en dicha dimensión la igualdad supone no solamente una exigencia negativa de no proferir tratos discriminatorios, sino que también obliga a reconocer la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la correspondiente necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales (Exp. N° 0606-2004-PA/TC, fundamento 11).

Por lo tanto, se puede asumir que la igualdad material supone una exigencia de trato diferenciado en situaciones que no sean sustancialmente iguales. Esto es así debido a que la igualdad no supone una obligación de tratos idénticos en todas las realidades, pues claramente habrá supuestos en los que será necesario un trato distinto para alcanzar, precisamente, el fin deseado de la igualdad.

De esta manera, surgen precisamente como herramientas para conseguir esta igualdad las acciones afirmativas (cuyas raíces se pueden encontrar en el derecho indio y estadounidense). El Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas las conceptualiza perfectamente al señalar que “son un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de

los miembros del grupo al que están destinadas en uno o varios aspectos de su vida para alcanzar la igualdad efectiva” (ONU, E/CN.4/Sub.2/2002/21, párr. 6).

Las acciones afirmativas pueden distinguirse claramente a partir de sus elementos que, partiendo de la jurisprudencia de las cortes constitucionales de Bélgica y Sudáfrica, son cuatro: a) la existencia de una desigualdad manifiesta; b) el objetivo de eliminar las desigualdades basadas en motivos prohibidos; c) la temporalidad de la medida, y d) la no restricción indebida de los derechos de aquellos grupos no favorecidos con la medida adoptada (*Cfr.* Bolaños, 2016, p. 326).

Los dos primeros elementos guardan una relación muy íntima entre sí. En efecto, para que se encuentre justificada la adopción de una acción afirmativa, es menester que su propósito no sea otro que el de eliminar una desigualdad manifiesta. Si no es latente la desigualdad, entonces, no corresponderá que se adopten.

Los dos últimos elementos de las acciones afirmativas son las más saltantes. Por un lado tenemos el aspecto temporal, el cual parte de la premisa de que las acciones afirmativas generarán un resultado (la igualdad) y, cuando ello ocurra, deberán levantarse. Así las cosas, esta clase de medidas no deben mantenerse en vigor luego de alcanzado el objetivo para el cual se tomaron, sino solo mientras persistan las desigualdades identificadas (*Cfr.* CERD, Observación General N° 32, párr. 27).

Por otro lado, tenemos como último elemento de las acciones afirmativas aquel que indica que éstas no deben generar una restricción indebida de los derechos de los grupos no beneficiados con las medidas adoptadas.

Siempre que se adopten acciones afirmativas va a ocurrir que el grupo o los grupos que no se ven beneficiados por dichas medidas verán de alguna manera restringido su acceso al beneficio contemplado. El ejemplo más clásico al respecto es el de las cuotas de admisión en las universidades. Al establecerse, por ejemplo, cuotas de admisión para personas con discapacidad, aquellas

personas que no tengan alguna discapacidad verán reducidas sus posibilidades de alcanzar más vacantes en el centro de estudios.⁹⁰

Esta, a mi juicio, es una consecuencia natural y que debe ser soportada en pro de la igualdad. Sin embargo, es saludable coincidir con el profesor Macario Alemany (1999) en el sentido que las acciones afirmativas pueden obstaculizar o dificultar el acceso a determinados derechos para los individuos no pertenecientes a los grupos beneficiados con la medida, pero lo que no puede ocurrir es que dichas medidas impidan acceder al disfrute de los mismos (p. 122).

Asimismo, para efectos de entendimiento práctico, las acciones afirmativas pueden clasificarse en tipos de acciones. Así, tenemos: 1) acciones de concientización; 2) acciones de promoción y 3) acciones de discriminación inversa (Cfr. Corte Constitucional de Colombia, T-275/11, párr. 32). A estos tres tipos de acciones afirmativas, es conveniente añadir también a 4) los ajustes razonables (Bolaños, 2016, p. 331).

Pues bien, los dos primeros tipos de acciones afirmativas que se han señalado no representan –al menos en un nivel general– mayores problemas de delimitación conceptual. En cambio, las acciones de discriminación inversa y los ajustes razonables son los que con mayor frecuencia conllevan a ciertas imprecisiones que desvirtúan las obligaciones específicas del Estado de cara a cada una de ellas. Por esta razón, considero necesario hacer énfasis en que, aun cuando las acciones de discriminación inversa y los ajustes razonables son subtipos de acciones afirmativas, entre estos conceptos existen diferencias sustanciales que repercuten de alguna u otra manera en las decisiones que deberá adoptar el Estado para conseguir la igualdad material.

⁹⁰ Un escenario muy similar al presentado en el *Caso University of California Vs. Blake* resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1978. Este caso versó sobre el rechazo a la solicitud de admisión a la Facultad de Medicina de California de un hombre blanco, Allan Bakke, mientras que estudiantes de minorías raciales cuyos expedientes no eran tan buenos como el de él lograron ingresar.

En esa línea, primero corresponde hacer referencia a los llamados ajustes razonables. El cuarto párrafo del artículo 2º de la CDPD los conceptualiza del siguiente modo:

“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.”

De la lectura preliminar del concepto anteriormente referido se pueden concluir, por lo menos, dos cosas: primero, que los ajustes razonables deben adoptarse atendiendo a un caso particular, es decir, a una necesidad en concreto y, segundo, que los ajustes razonables no deben nunca suponer una carga indebida o desproporcionada para el obligado a implementarlos.

El primer apunte –referido a que se deben adoptar en un caso particular– es tal vez el más importante para diferenciar a los ajustes razonables de las acciones afirmativas en sí (aun cuando tengan una relación de género-especie). De esta manera, mientras que por un lado existen medidas a favor de las personas con discapacidad, a las que se denominarán acciones afirmativas y cuyo fin último es la igualdad fáctica de la categoría “discapacidad” (entiéndase del colectivo); por otro lado tenemos que hay otras medidas que, partiendo de una desigualdad material objetivada de manera “personalizada” de las personas con discapacidad, benefician a éstas para que puedan alcanzar la igualdad material de manera individual (*Cfr.* Bolaños, 2015, p. 51).

Entonces, podemos concluir en este punto que existen acciones a favor de las personas con discapacidad que son acciones positivas (acciones afirmativas) y otras que son medidas de igualación positiva (ajustes razonables), y que las acciones afirmativas tienen por objeto conseguir la igualdad material de las personas con discapacidad como colectivo social, mientras que los ajustes razonables buscan la igualdad material individualizada/personalizada de las

personas con discapacidad, es decir, para cada sujeto con discapacidad en particular (Bolaños 2015, p. 52).

Luego de esto, podemos acercarnos ahora al segundo punto referido a la imposibilidad de que los ajustes razonables se conviertan en una carga indebida o desproporcionada para el sujeto obligado de llevarlos a la práctica (ya sea el Estado o un particular). Lo que hay que decir al respecto es que los términos “desproporcionada” e “indebida” deben entenderse como un concepto único que establece límites al deber de implementar ajustes razonables. En ese sentido, ambos conceptos guardan entre sí una relación de sinonimia (ONU. A/HRC/34/58, párr. 31). En todo caso, el análisis de cuando un ajuste razonable se vuelve desproporcionado o indebido –y en consecuencia no obligatorio– se debe hacer caso por caso, puesto que, como se dejó dicho antes, los referidos ajustes suponen una obligación individualizada, a diferencia de las acciones afirmativas.

Los ajustes razonables, como obligación internacional, suelen también ser confundidos con frecuencia con la idea de accesibilidad de la que se habló anteriormente. Ante la situación de confusión recurrente, el CRPD ha plasmado en su reciente proyecto de Observación General sobre la igualdad y la no discriminación lo siguiente:

“25. La obligación de proporcionar accesibilidad es una obligación *ex ante*, lo que significa que debe proporcionarse antes de que una persona con a discapacidad quiera ejercer su derecho, por ejemplo a disfrutar del acceso a un edificio, servicio o producto, en igualdad de condiciones con las demás. En cambio, la obligación de realizar ajustes razonables es una obligación *ex nunc*. Se aplica a una situación concreta y en un contexto específico, a menudo, aunque no siempre, previa solicitud de la persona con discapacidad.”

Ahora bien, luego de establecidas las relaciones y diferencias entre los conceptos de acciones afirmativas, ajustes razonables y accesibilidad, corresponde señalar ciertos puntos sobre el otro subtipo de acción afirmativa que suele ser confundido: la acción de discriminación inversa.

El término en sí de “discriminación inversa” o “positiva” es frecuentemente cuestionado bajo la creencia de que supone una contradicción axiológica en tanto dicho término pretende hacer pasar por positivo algo que por principio es negativo, la discriminación. No obstante, considero necesario precisar que más allá del impacto a nivel de la conciencia que genera el término “discriminación”, no se puede perder de vista que, en estricto rigor, se trata de tal, solo que en este caso –el de la inversa– se usan los criterios prohibidos de discriminación (o las categorías sospechosas) en pro de las personas pertenecientes a dichos grupos y no para redundar en un perjuicio para ellas (*Cfr.* Bolaños, 2016, p. 333).

Desde dicha perspectiva, bien se puede aseverar que las acciones de discriminación inversa son aquellas que establecen prerrogativas a favor de ciertos grupos históricamente discriminados y donde por lo mismo, se utilizan criterios de diferenciación considerados como “sospechosos” o “potencialmente discriminatorios” (Corte Constitucional de Colombia, T-275/11, párr. 32).

Para entender mejor el concepto de “discriminación inversa” y sus alcances, resulta ilustrativa la propuesta de Macario Alemany (1999) sobre la forma de manifestación de las acciones afirmativas. El referido autor sostiene que éstas se presentan por medio de: a) la persuasión; b) los servicios de personal; c) los recursos materiales, y d) las normas jurídicas. En ésta última manifestación –las normas jurídicas– es en la que se ubican las medidas de discriminación inversa (p. 125).

En consecuencia, las acciones afirmativas, manifestadas en medidas de discriminación inversa o positiva, son todas aquellas que, usando los criterios sospechosos de discriminación, se presentan en el plano legislativo, constitucional o convencional en favor de la igualdad de las personas pertenecientes a dichos grupos, implementando para ello medidas concretas.

Hasta aquí se han dilucidado y demarcado conceptualmente, al menos *prima facie*, los términos de acción afirmativa, ajustes razonables, accesibilidad, diseño universal y discriminación inversa. Hecho esto, lógicamente la pregunta que surge de inmediato es: ¿Y en qué categoría encaja el sistema de apoyos diferenciados?

Pues bien, la postura en la presente tesis es que los sistemas de apoyos, en general, y el sistema de apoyos diferenciados, en particular, no forman parte de ninguna de las categorías conceptuales anteriormente referidas. Por lo tanto, se expondrán a continuación las razones de esta posición, partiendo de una categorización escalonada de las obligaciones estatales señaladas que va de la siguiente manera: 1) diseño universal; 2) accesibilidad; 3) acciones afirmativas; 4) ajustes razonables, y 5) discriminación inversa:

Los sistemas de apoyos no pueden ser entendidos como un diseño universal debido a que forzosamente el sistema de apoyos tiene que construirse observando las necesidades de las personas con discapacidad en cada situación concreta, algo que por su propia naturaleza, como se vio anteriormente, no permite el diseño universal.

Tampoco los sistemas de apoyos no pueden ser comprendidos como medios de accesibilidad ya que por esencia la accesibilidad representa una obligación difusa, algo que no se condice con los propósitos del sistema de apoyos.

Asimismo, los sistemas de apoyos no son acciones afirmativas debido a que carecen del cuarto elemento de éstas: “la no restricción indebida de los derechos de los grupos no beneficiados con la medida”. En efecto, el sistema de apoyos de ninguna manera puede entenderse como algo que va a restringir o limitar en alguna medida los derechos de terceros o de las personas sin discapacidad.

De igual forma, los sistemas de apoyos no pueden equipararse a los ajustes razonables puesto que ello significaría asumir que dichos sistemas se encuentran limitados por el elemento de “no ser desproporcionados”.

Por último, los sistemas de apoyos no pueden ser acciones de discriminación inversa debido a que si bien se trata de un sistema construido sustancialmente partiendo de una norma jurídica, lo cierto es que los apoyos pueden también construirse a partir del caso a caso dependiendo del criterio jurisdiccional.

Consecuentemente, el sistema de apoyos se vislumbra más bien como el contenido específico y autónomo del derecho a la capacidad jurídica para que las personas con discapacidad puedan ejercer dicho derecho en pie de igualdad. Por ello, debe ser tratado como tal, como un derecho. Así lo exige la CDPD y en ese sentido se va perfilando la doctrina sobre la materia. Empero, ello no supone que en ciertas ocasiones será necesaria la presencia de un diseño universal, una medida de accesibilidad, una acción afirmativa, un ajuste razonable o una medida de discriminación inversa a fin de poder coadyuvar en el mejor ejercicio de la capacidad jurídica a este grupo de personas.

6.4. Principios rectores de observancia obligatoria en el proceso de apoyos diferenciados

En el Derecho los principios constituyen verdaderas herramientas que, a modo de anclajes, orientan y determinan la forma de actuar y decidir. Suponen en esencia el núcleo de una cuestión determinada, puntos cardinales que deben en todo momento ser observados y, cómo no, aplicados.

En ese sentido, el sistema de apoyos diferenciados –que en la presente propuesta se materializa a través del diseño del proceso de apoyos diferenciados– deberá también contar con principios rectores que servirán para que tanto el juzgador, como los demás involucrados y la propia persona con discapacidad mental o psicosocial, tomen decisiones coherentes con el modelo social y orienten hacia ese rumbo el curso del proceso y su resultado.

Evidentemente, al tratarse de una cuestión que esencialmente estará regulada por el Derecho Civil, deberán ser aplicados los principios que recoge el Título Preliminar del Código Procesal Civil vigente en lo que sea pertinente. Empero, los seis principios que a continuación se proponen serán los más relevantes a la hora de poner en marcha un proceso de apoyos diferenciados y, por tanto, deberán ser tomados en primer orden por el órgano jurisdiccional ante quien se lleva la causa.

6.4.1. Principio de igualdad

La igualdad como principio (además de cómo derecho) se encuentra presente en todos los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ya sean regionales o universales, así como en nuestra Constitución vigente. Supone el punto de partida de cualquier ordenamiento jurídico contemporáneo pero que, a pesar de ello, su verdadera conquista en todos los ámbitos y por todas las personas (grupos en situación de vulnerabilidad especialmente) todavía resulta ser una tarea pendiente.

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, parr. 55). Es en ese sentido que la Corte IDH ha sido enfática en sostener que el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado ya en el dominio del *ius cogens* (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, parr. 101 y Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 61).

A parte de eso, además, es necesario recalcar que el principio de igualdad no supone una igualdad de trato siempre y en todos los escenarios. Habrá situaciones en las que será necesario un trato distinto, lo cual no necesariamente va a contravenir los postulados de dicho principio. En el caso, por ejemplo, de las personas con discapacidad, será fundamental en ciertas ocasiones esta visión del principio de igualdad –como obligación de trato diferenciado– porque, precisamente para conseguir su igualdad real, hará falta tratarlas de modo diferente. Claro está que dicho trato diferente no debe esconder tras de sí un motivo discriminatorio perjudicial.

En ese sentido, por virtud de este primer principio, el juzgador y en general toda persona que se vea involucrada de alguna u otra manera en el proceso de apoyos diferenciados debe tratar en igualdad de condiciones a las personas con discapacidad mental o psicosocial y, solo cuando las circunstancias concretas así

lo requieran, deberán dispensar un trato diferenciado en pro de la igualdad material. Este principio obliga a desterrar los estereotipos que comúnmente atribuyen una incapacidad *prima facie* a este grupo de personas.

6.4.2. Principio de presunción de la capacidad (*indubio pro capacitate*)

Tal y como se pudo comprobar en páginas anteriores, aun cuando cierto sector de la doctrina nacional asevera que en nuestro sistema civil se encuentra instaurada la idea de la presunción de la capacidad en los casos que se llevan adelante con fines de interdicción, lo cierto es que la práctica jurisdiccional demuestra lo contrario y, de hecho, dicha aparente presunción parece haber sido anulada por la Corte Suprema de la República como se pudo apreciar de las resoluciones casatorias citadas.

En consecuencia, urge plasmar de manera contundente el principio de presunción de la capacidad en virtud del cual se deberá presumir la capacidad de toda persona con discapacidad mental o psicosocial antes, durante e incluso después del proceso de apoyos diferenciados.

La presunción de capacidad no se encuentra limitada exclusivamente al hecho de afirmar que una persona es capaz hasta que se demuestre lo contrario, sino más bien, a que una persona con discapacidad tiene como presupuesto capacidad jurídica y solo podrá ser modificada respecto de actos específicos siempre y cuando dicha limitación no esté basada en un criterio discriminatorio como la existencia de una discapacidad mental o psicosocial. Consecuentemente, en todo aquello no expresamente indicado en la sentencia luego del proceso de apoyos diferenciados, la persona conservará su plena capacidad de obrar (*Cfr.* Bariffi, 2014, pp. 404 y 405).

La consecuencia de asumir este principio, nos dice Cuenca (2012), provoca una relevante inversión de la carga de la prueba respecto de la regulación y/o de la aplicación práctica de muchas legislaciones nacionales (pp. 73 y 74). Por tanto, ya no es la persona con discapacidad la que debe probar su capacidad, sino que

ahora en el proceso de apoyos diferenciados se deberá demostrar que es necesaria la implementación de apoyos y en qué ámbitos.

Como correlato de este principio, Esbec (2012) nos dice que se debe aplicar el “*indubio pro capacitate*” (156). Esto quiere decir que cuando existan dudas razonables en el juez respecto a si una persona con discapacidad mental o psicosocial es capaz de realizar o no determinado acto sin necesidad de apoyos, deberá optar por no instaurar medidas de apoyos. De lo contrario, se estaría erosionando el principio de presunción de la capacidad.

6.4.3. Principio de diversidad

En reiterados pasajes de esta tesis se ha hecho hincapié en que las personas con discapacidad no son, como se piensa, un grupo homogéneo. La diversidad de situaciones que se presentan en cada persona hace más bien comprender que el grupo de personas con discapacidad está compuesto, a su vez, por diversas formas en las cuales se presenta una situación de discapacidad.

Esta realidad obliga a buscar respuestas que no sean generalizadoras o excluyentes, sino más bien, a tener en cuenta la heterogeneidad de la situación conforme a la diversidad y buscar respuestas individualizadas e integradoras (Jiménez, 2008, p. 15). Así, como consecuencia directa de este principio, los apoyos deben ser diversos dado que las personas con discapacidad son un grupo heterogéneo con una amplia variedad de realidades (*Cfr.* ONU. A/HRC/34/58, párrs. 42, 43 y 47).

De ahí que la propuesta aquí planteada lleve el término de sistema de apoyos “diferenciados” debido, precisamente, a que es necesario poner de relieve que no existe un modelo único de apoyos. Se debe considerar que la diversidad de la comunidad de personas con discapacidad hace necesario atender a una amplia variedad de necesidades de apoyo y puede que los grupos específicos sean quienes estén mejor situados para definir dichas necesidades. Adoptar un enfoque único respecto del apoyo para la adopción de decisiones es ineficaz y hasta discriminatorio (ONU. A/HRC/37/56, párr. 55).

6.4.4. Principio de interdependencia

Amita Dhanda (2008) refiere que el sistema de apoyos no está basado del todo en el paradigma de la independencia absoluta sino, más bien, en el concepto de la interdependencia; concepto bajo el cual la capacidad y el apoyo para su ejercicio pueden coexistir sin contradicción (pp. 47 y 48). Esto en absoluto supone una relativización de la independencia de las personas con discapacidad social o psicosocial, sino que se trata de una exigencia según la cual se debe comprender que todas las personas (con o sin discapacidad) tomamos decisiones de manera interdependiente siempre.

En efecto, toda persona en algún momento de su vida al tomar una decisión ha solicitado los consejos de un amigo, de la familia o de alguien cercano, y ello nunca ha sido motivo para considerar a las personas que toman decisiones de esta manera como incapaces.

La gran mayoría de personas mal consideradas “normales” adoptan sus elecciones de forma interdependiente, muchas veces condicionadas por el contexto social o económico inclusive. Además, no siempre toman sus decisiones de manera racional, ni escogen aquellas opciones más adecuadas para su “mejor interés” (Cuenca, 2015, p. 53). Entonces, ocurre lo que tengo a bien denominar “la injusticia paradójica” en virtud de la cual se espera que las decisiones que tome una persona con discapacidad mental o psicosocial sean siempre impecables y “correctas”, cuando ello ni siquiera ocurre en el caso de las personas sin discapacidad.

Por tanto, en virtud del principio de interdependencia, el juzgador deberá entender que el que una persona con discapacidad mental o psicosocial requiera de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica no la convierte en incapaz y, mucho menos, en una persona dependiente. Se debe, pues, desterrar aquella concepción equivocada de la independencia como autosuficiencia absoluta. En su lugar, se debe dar paso a la idea de independencia como interdependencia, por cuyo intermedio se busca incluir a las personas con discapacidad como verdaderos sujetos activos dentro de la comunidad.

6.4.5. Principio de máxima participación

Este principio está íntimamente relacionado con la obligación que tiene el Estado de garantizar a las personas con discapacidad mental o psicosocial el derecho de acceso a la justicia, en general, y el derecho a ser oído, en particular. En virtud de este principio se debe siempre resguardar al máximo la participación directa de la propia persona con discapacidad cuya necesidad de apoyos se está evaluando. Ello no supone desconocer el derecho que tienen estas personas de contar con una defensa técnica adecuada.

El Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha dicho que se debe garantizar la participación plena de la persona con discapacidad durante este tipo de procesos no solo para que pueda presentar o defender su propio caso, sino también para que el juez de la causa pueda forjarse una opinión personal e inmediata sobre la capacidad del sujeto (CommDH/IssuePaper (2012)2, p. 26).

También se debe considerar que a lo mejor en ciertos escenarios serán necesarios los ajustes razonables u otro tipo de medidas para garantizar una participación real de la persona con discapacidad. En cualquier caso, esta exigencia no solo quedará cumplida con la sola constatación de la participación de la persona en cuestión, sino que además se deberá dar un peso preponderante a lo que la persona diga o deje de decir en el decurso de su participación.

Desde esta perspectiva, en el proceso de apoyos diferenciados no se podrá llevar adelante ninguna diligencia sin que la persona con discapacidad esté enterada al respecto y, mucho menos, se podrá restringir su participación en alguna actuación procesal con el falso pretexto de salvaguardar su integridad psíquica o de creer qué es lo mejor para aquella. Así, el órgano jurisdiccional que conoce la causa deberá velar por la participación máxima de la persona con discapacidad mental o psicosocial bajo sanción de nulidad de lo que se hubiere actuado inclusive.

6.4.6. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no es otra cosa que la concreción de lo desarrollado anteriormente respecto a la naturaleza del sistema de apoyos diferenciados en el sentido que los apoyos deben ser más o menos intensos dependiendo de cada circunstancia concreta. Esto exige por parte del juez una actuación sumamente objetiva para dar cuenta de aquellos supuestos en los que en realidad se hace necesario un apoyo.

De manera que este principio se constituye a su vez en una salvaguardia para evitar que las intervenciones en el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no respondan a la realidad y que los apoyos se conviertan así al final de cuentas en instrumentos mecánicos que se aplican sin considerar las necesidades específicas del individuo.

La máxima de este principio se puede esgrimir de la manera siguiente: sólo será necesario resguardar la capacidad jurídica de una persona a través de los apoyos en la medida de sus necesidades particulares. Como consecuencia, el órgano jurisdiccional no puede fallar teniendo una especie de tabla cuantitativa sobre los apoyos requeridos, pues la determinación de la necesidad, tipo e intensidad del apoyo será siempre un ejercicio casuístico.

6.5. ¿Cómo proceder en los denominados “casos difíciles”? : una propuesta

La crítica más frecuente que vierten los opositores al sistema de apoyos en la toma de decisiones tiene que ver con la creencia de que dicho sistema olvida aquellos casos en los que por una “discapacidad muy severa” resulta materialmente imposible saber la verdadera voluntad de algunas personas, incluso si se le brinda apoyos.

Ciertamente no se puede negar la existencia de casos límites en los que los apoyos simples para conocer la voluntad del sujeto serán insuficientes. En efecto, puede que existan personas con discapacidad mental o psicosocial cuyas decisiones no se pueden exteriorizar a pesar de los esfuerzos desplegados para apoyar a la persona de que se trate. En tales circunstancias, nos dice el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, tal vez se deba

recurrir a la lógica del “interés superior” y poner todo el empeño en averiguar aquello que la persona en cuestión no habría transmitido si hubiera podido exteriorizar su voluntad (CommDH/IssuePaper(2012)2, p. 24).

Esta parece también ser la posición asumida incluso por quien tal vez sea la estudiosa que más ha profundizado en la materia, Patricia Cuenca (2015), quien refiere que en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona, la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una “acción de sustitución”. Es más, hasta cierto punto nos presenta una contradicción fundamental al sostener que esta acción de sustitución que propone deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo (pp. 57 y 58).

Sin embargo, considero que tanto la propuesta del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa –la del interés superior– como la propuesta de Patricia Cuenca –la de la acción de sustitución en la práctica– lo que hacen a fin de cuentas es perpetuar el sistema de sustitución en la toma de decisiones. Estas propuestas suponen, por tanto, una frontal contradicción con los postulados elementales del modelo social.

Por ello, ante la incorrección de las referidas propuestas, considero que para los así llamados “casos difíciles” en los que sea sumamente complicado o aparentemente imposible saber la verdadera voluntad de la persona con discapacidad mental o psicosocial, se deberá atender la propuesta de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Catalina Devandas, quien nos dice que, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable (incluso mediante la prestación de apoyos y ajustes) no es posible determinar la voluntad de la persona con discapacidad, se deberá aplicar la lógica de “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” siempre como medida de *ultima ratio*. Ello obliga a determinar lo que la persona habría deseado (a través de la evaluación de su trayectoria de vida, decisiones pasadas e historia personal) en vez de tomar una decisión en función de lo que se cree es su “interés superior” (A/HRC/37/56, párr. 31). Esta postura se concilia

mejor con los fundamentos del modelo social y, otra vez recalcando, debe ser empleada como *ultima ratio*.

Existen ejemplos concretos que nos demuestran que hoy en día las nuevas tecnologías son un aliado importante a la hora de buscar maneras en la que una persona con discapacidad –incluso una considerada como “muy severa”– pueda exteriorizar su voluntad y preferencias. Por ejemplo, tenemos la historia del granadino de 46 años de edad, Santiago Recio Cobo, quien es una persona que vive con una parálisis cerebral considerada “muy severa” desde su nacimiento que le causa considerables dificultades a la hora de poder expresarse. Sin embargo, gracias a una herramienta llamada #TuitAOjo puede expresarse a través de Twitter escribiendo con su mirada (una de las pocas partes de su cuerpo que puede mover son sus ojos).⁹¹ Es decir, puede expresarse gracias al desarrollo de una tecnología que si bien ha sido diseñada para una plataforma específica, bien puede replicarse para otros espacios de su vida.

Sería pues importante que para estos casos se profundice en el reconocimiento del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico del que habló someramente la Corte IDH en el Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) Vs. Costa Rica. Ello, sin lugar a dudas, sería poner realmente la tecnología al servicio de la humanidad.

6.6. La creación de la Dirección Nacional de Defensa Judicial de las Personas con Discapacidad

Actualmente en el Perú contamos con el servicio de Defensa Pública gratuita que dirige el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de su Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia. Su función esencialmente es brindar la asistencia legal a personas en condición de vulnerabilidad (ya sea por falta de recursos económicos o porque sean parte de un grupo en situación de vulnerabilidad). Esta ayuda o asesoría legal se brinda en materias civiles, penales, laborales y hasta en temas de familia.

⁹¹ Véase: <http://www.diariosur.es/sociedad/santiago-puede-enviar-20170628002642-ntvo.html>

Con la existencia de este servicio se podría asumir que la presente propuesta, la de crear una Dirección Nacional de Defensa Judicial de las Personas con Discapacidad, resulta redundante debido a que el referido ministerio puede brindarles a las personas con discapacidad la ayuda legal que necesiten en el marco, por ejemplo, de un proceso de apoyos diferenciados.

Sin embargo, la propuesta que ahora se presenta se hace tomando en cuenta que, debido a la revolución de pensamiento que supone el cambio de paradigma del régimen de sustitución de la voluntad al sistema de apoyos en la toma de decisiones, urge crear un organismo estatal especializado encargado exclusivamente de brindar ayuda legal gratuita a las personas con discapacidad, que cuente con especialistas instruidos bajo la filosofía y los parámetros del vigente modelo social.

Con esto se garantizará eficazmente el derecho de acceso a la justicia de este grupo de personas que muchas veces se ven obligadas a ser representadas por abogados (que si bien pudieran tener buenas intenciones) no cuentan con las herramientas conceptuales adecuadas para defenderlas y ayudarlas legalmente desde la perspectiva de este nuevo modelo. De hecho, como se ha visto en la reseña de algunos casos llevados a cabo ante el Poder Judicial que se hizo anteriormente, muchas veces la defensa técnica de las personas con discapacidad en el marco de un proceso de interdicción no defiende realmente el derecho a la capacidad jurídica de estas personas, sino que incluso dicha defensa técnica está de acuerdo con la imposición de la curatela.

Por esta razón, la propuesta concreta es crear la Dirección Nacional de Defensa Judicial de las Personas con Discapacidad (DNDEJPC) de naturaleza multisectorial y descentralizada adscrita en primer lugar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pero en donde también tendrán participación el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y la Defensoría del Pueblo.

La referida Dirección también deberá contar –siguiendo el modelo de la Escuela de Capacitación de Procuradores Públicos– con una “Escuela de Capacitación de

Defensores de Personas con Discapacidad” en donde se impartan cursos y seminarios dirigidos a instruir a los defensores judiciales de las personas con discapacidad en las materias más saltantes y modernas sobre la cuestión.

6.7. Propuestas para modificar y/o derogar artículos del Código Civil peruano en adecuación con el sistema de apoyos diferenciados propuesto

Después de haber esbozado los alcances de lo que supone instaurar el régimen de apoyos diferenciados en sustitución de la interdicción y la curatela para personas con discapacidad mental o psicosocial, en el presente acápite se señalarán aquellas reformas y modificaciones concretas que deben hacerse al Código Civil vigente a fin de hacer realidad el nuevo sistema/proceso de apoyos que se propone. Para ello, se tomará en cuenta que, tal y como se expuso en el acápite dedicado a analizar las instituciones de la interdicción y la curatela, es necesaria la reforma, modificación o supresión de un total de 56 artículos de dicho cuerpo legal.

Artículo 3°.- Versión original y vigente

Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo excepciones expresamente establecidas por ley.

Artículo 3°.- Propuesta de modificación

Toda persona tiene capacidad de goce de los derechos. La capacidad de ejercicio se presume y solo por ley se pueden establecer las limitaciones a ésta.

Artículo 37°.- Versión original y vigente

Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales.

Artículo 37°.- Propuesta de modificación

Los menores de edad tienen por domicilio el de sus tutores o representantes legales. En el caso de las personas con discapacidad, éstas podrán elegir libremente el lugar de su domicilio aun cuando se encuentren bajo el sistema de apoyos diferenciados.

Artículo 42°.- Versión original y vigente

Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.

Artículo 42°.- Propuesta de modificación

Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad.

Artículo 43°.- Versión original y vigente

Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- 2.- Los que por cualquier causa de encuentren privados de discernimiento.

Artículo 43°.- Propuesta de modificación

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

- 1.- Los menores de dieciséis años para la celebración de aquellos actos legalmente establecidos.
- 2.- Los pródigos.
- 3.- Los que incurren en mala gestión.
- 4.- Los toxicómanos.
- 5.- Los ebrios habituales.
- 6.- La discapacidad no supone en ningún caso un motivo para restringir la capacidad de ejercicio.

Artículo 44°.- Versión original y vigente

Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años de edad.
- 2.- Los retardados mentales.
- 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- 4.- Los pródigos.
- 5.- Los que incurren en mala gestión.

- 6.- Los ebrios habituales.
- 7.- Los toxicómanos.
- 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Artículo 44°.- Propuesta de modificación

- 1.- Las personas con discapacidad, en general, y las personas con discapacidad mental y psicosocial, en particular, tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos. Toda persona que requiera apoyo para el ejercicio de su capacidad de ejercicio, podrá contar con un sistema de apoyos diferenciados de su libre y voluntaria elección de conformidad con las disposiciones de este Código, la Ley N° 29973 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- 2.- Los apoyos podrán ser brindados por una persona o grupo de personas de libre elección de la persona con discapacidad de que se trate.
- 3.- En aquellos casos en los que no sea posible, luego de realizado todos los esfuerzos, hacer que la persona con discapacidad exteriorice su voluntad, se deberá buscar la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias con el empleo de ajustes razonables, medios tecnológicos o la herramienta del testamento de vida inclusive.
- 4.- En todos los casos, la persona o personas que sirvan de apoyos, estarán sujetas a fiscalización periódica por parte del juez.

Artículo 45°.- Versión original y vigente

Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

Artículo 45°.- Propuesta de modificación

Toda persona mayor de edad que requiera asistencia para ejercer su capacidad de ejercicio, puede designar uno o más representantes o contar con apoyos de su elección.

Artículo 140.1°.- Versión original y vigente

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz (...).

Artículo 140.1°.- Propuesta de modificación

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las excepciones legalmente previstas (...).

Artículo 141°.- Versión original y vigente

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Artículo 141°.- Propuesta de modificación

1.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita.

2.- Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico, mediante lengua de señas u otro medio de comunicación alternativo que se deriven del uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por las personas con discapacidad u otro análogo.

3.-Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

4.- En todo caso, los medios para expresar la voluntad deben ser accesibles para personas con discapacidad. Asimismo, la mejor interpretación de la voluntad y las preferencias que se dé, de conformidad con el artículo 44.3 de este Código, constituye manifestación expresa de voluntad.

5.- No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Artículo 241.3°.- Versión original y vigente

No pueden contraer matrimonio:

3.- Los que padecieran crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.

Artículo 241.3°.- Propuesta de derogación

Derogar el inciso 3 del artículo 241°.

Artículo 243.1°.- Versión original y vigente

No se permite el matrimonio:

1.- Del tutor o del curador con el menor o el incapaz, durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o curatela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública. El tutor o el curador que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo (...).

Artículo 243.1°.- Propuesta de modificación

No se permite el matrimonio:

1.- Del tutor con el menor, durante el ejercicio del cargo, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública. El tutor que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo (...).

Artículo 274.1°.- Versión original y vigente

Es nulo el matrimonio:

1.- Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.

Artículo 274.1°.- Propuesta de derogación

Derogar el inciso 1 del artículo 274°.

Artículo 274.2°.- Versión original y vigente

Es nulo el matrimonio:

2.- Del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable.

Empero, si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.

Artículo 274.2°.- Propuesta de derogación

Derogar el inciso 2 del artículo 274°.

Artículo 368°.- Versión original y vigente

La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad.

Artículo 368°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 368°.

Artículo 389°.- Versión original y vigente

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, o en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocerá su hijo.

Artículo 389°.- Propuesta de modificación

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocerá su hijo.

Artículo 401°.- Versión original y vigente

El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.

Artículo 401°.- Propuesta de modificación

El hijo menor puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría de edad.

Artículo 407°.- Versión original y vigente

La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia.

La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.

Artículo 407°.- Propuesta de modificación

La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor requiere autorización del consejo de familia.

La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.

Artículo 564°.- Versión original y vigente

Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 8.

Artículo 564°.- Propuesta de modificación

La persona con discapacidad puede acceder de manera voluntaria y completamente libre a los apoyos que considere necesarios para ayudar el ejercicio de su capacidad jurídica.

Artículo 565°.- Versión original y vigente

La curatela se instituye para:

- 1.- Los incapaces mayores de edad.
- 2.- La administración de bienes.
- 3.- Asuntos determinados.

Artículo 565°.- Propuesta de modificación

1.- El sistema de apoyos diferenciados ayudan a las personas con discapacidad, en general, y a las personas con discapacidad mental y psicosocial, en particular, a ejercer su capacidad jurídica. Los apoyos incluirán, cuando sea necesario, facilidades para la comunicación y para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias.

2.- El sistema de apoyo no puede en ningún sentido servir para sustituir la voluntad de la persona con discapacidad.

3.- Las directivas anticipadas constituyen medidas que cualquier persona puede manifestar para casos futuros en los que requiera un sistema de apoyos.

Artículo 566°.- Versión original y vigente

No se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44.

Artículo 566°.- Propuesta de modificación

1.- Los apoyos pueden ser solicitados por la persona con discapacidad, quien deberá decidir sobre su forma, duración, tipo y alcances.

2.- Los apoyos pueden solicitarse gratuitamente ante el juez competente siguiendo las reglas establecidas en el Código Procesal Civil.

3.- El sistema de apoyos puede comprender la ayuda de una o más de una persona natural, de instituciones públicas o personas jurídicas registradas ante la Dirección Nacional de Defensa Judicial de la Persona con Discapacidad.

4.- Los apoyos no pueden nunca ser comprendidos como representación legal, salvo disposición diferente por parte de la propia persona usuaria de las redes de apoyo.

Artículo 567°.- Versión original y vigente

El Juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional.

Artículo 567°.- Propuesta de modificación

La persona con discapacidad podrá contar con apoyos provisionales mientras dure el proceso de apoyos diferenciados. Los apoyos provisionales son

determinados conjuntamente con la persona con discapacidad y no suponen un adelanto de opinión sobre la capacidad de la persona.

Artículo 568°.- Versión original y vigente

Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

Artículo 568°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 568°.

Artículo 568-A°.- Versión original y vigente

Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP).

El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez.

Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador.

Artículo 568-A°.- Propuesta de modificación

1.- Toda persona puede nombrar o designar a su futuro apoyo o apoyos mediante escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP).

2.- El juez a cargo del proceso recaba la certificación del registro, a efectos de verificar y comprobar la existencia del nombramiento. La designación que realice la propia persona vincula al juez.

3.- La persona puede asimismo señalar y disponer en qué personas no debe recaer tal designación y establecer el alcance de las facultades que podrá tener

quien sea nombrado como su apoyo o quienes sean nombrados como sus apoyos.

4.- El registro debe ser accesible y, cuando sea necesario, deberán emplearse ajustes razonables. Ello no deberá suponer nunca una condición para ejercer la capacidad jurídica.

Artículo 569°.- Versión original y vigente

A falta de curador nombrado conforme al artículo 568-A, la curatela de las personas mencionadas en los artículos 43°, numerales 2 y 3, y 44, numerales 2 y 3, corresponde:

1.- Al cónyuge no separado judicialmente o notarialmente, y que cumpla lo establecido en el artículo 289°.

2.- A los padres.

3.- A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto, y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decide el Juez, oyendo al consejo de familia necesariamente.

4.- A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación, conforme al inciso anterior.

5.- A los hermanos.

Artículo 569°.- Propuesta de modificación

A falta de un apoyo o apoyos nombrados conforme al artículo 568-A:

1.- Corresponderá al Juez determinar conjuntamente con la opinión de la propia persona con discapacidad los apoyos necesarios.

2.- Siempre se deberá determinar el o los apoyos considerando sus alcances, directrices, intensidades y respetando la preferencia y voluntad de la persona con discapacidad.

3.- La persona con discapacidad puede negarse al apoyo o los apoyos en cualquier momento del proceso sin necesidad de justificar exhaustivamente su decisión al respecto.

4.- El proceso de apoyos diferenciados se inicia a petición de la propia persona con discapacidad, por un representante que hubiera designado o por cualquier persona que demuestre tener legítimo interés siempre y cuando cuente con la

anuencia de la persona con discapacidad y no medien impedimentos de conflictos de intereses.

5.- En todas las etapas del proceso y en todas las diligencias el juez debe realizar las labores pertinentes para lograr la mejor interpretación posible de la voluntad de la persona y sus preferencias.

Artículo 570°.- Versión original y vigente

Los directores de los asilos son curadores legítimos interinos de los incapaces asilados.

Artículo 570°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 570°.

Artículo 571°.- Versión original y vigente

Para que estén sujetos a curatela los incapaces a que se refiere el artículo 569, se requiere que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena.

Artículo 571°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 571°.

Artículo 572°.- Versión original y vigente

Los padres pueden nombrar curador, por testamento o escritura pública, para sus hijos incapaces comprendidos en el Artículo 569°, en todos los casos en que puedan darles tutor si fueren menores, salvo que existan las personas llamadas en el artículo mencionado.

Artículo 572°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 572°.

Artículo 573°.- Versión original y vigente

A falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia.

Artículo 573°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 573°.

Artículo 574°.- Versión original y vigente

Si el curador es el cónyuge, está exento de las obligaciones que imponen los Artículos 520º, inciso 1, y 540º, inciso 1.

Artículo 574°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 574°.

Artículo 575°.- Versión original y vigente

Cuando la curatela corresponde a los padres se rige por las disposiciones referentes a la patria potestad.

Artículo 575°.- Propuesta de modificación

Cuando los padres son designados como prestadores del o los apoyos, la relación no podrá ser equiparada a la de la tutela de menores de edad.

Artículo 576°.- Versión original y vigente

El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios.

Artículo 576°.- Propuesta de modificación

La persona, personas o institución que presten los apoyos no podrán, sin el consentimiento de la persona con discapacidad, colocar a ésta en un establecimiento de salud o similar.

Artículo 577°.- Versión original y vigente

Los frutos de los bienes del incapaz se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario se emplearán también los capitales, con autorización judicial.

Artículo 577°.- Propuesta de modificación

Los frutos de los bienes de las personas con discapacidad que cuente con un sistema de apoyo o apoyos, serán destinados a los fines que éstas dispongan. Se deberá en todos los casos respetar su voluntad y decisión y en ningún caso el o las personas e instituciones que presten los apoyos podrán disponer de los mismos de manera unilateral bajo sanción de nulidad del acto.

Artículo 578°.- Versión original y vigente

Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia.

Artículo 578°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 578°.

Artículo 579°.- Versión original y vigente

Los curadores legítimos están exentos de la obligación de garantizar su gestión, salvo lo dispuesto en el Artículo 426°.

Artículo 579°.- Propuesta de modificación

La persona o personas, así como instituciones que presten los apoyos están obligadas a garantizar su gestión y a informar de manera periódica, según lo disponga el juez, sobre aquellas decisiones tomadas por la persona con discapacidad en las que hubieran participado en modo de apoyo.

Artículo 580°.- Versión original y vigente

El curador de un incapaz que tiene hijos menores será tutor de éstos.

Artículo 580°.- Propuesta de modificación

La persona con discapacidad con apoyo o apoyos instaurados, conserva la tutoría y la patria potestad de sus hijos menores.

Artículo 581°.- Versión original y vigente

El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél.

En caso de duda sobre los límites de la curatela, o si a juicio del curador fuere necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción.

Artículo 581°.- Propuesta de modificación

1.- El juez, establecer el sistema de apoyo o apoyos, fijará la extensión y los límites de acuerdo con las preferencias y voluntad de la persona con discapacidad.

2.- En caso de duda sobre los límites y la extensión del sistema de apoyos diferenciados, el juez resolverá siempre en favor del principio de presunción de la capacidad.

Artículo 582°.- Versión original y vigente

Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se realizaron.

Artículo 582°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 582°.

Artículo 583°.- Versión original y vigente

Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público.

Artículo 583°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 583°.

Artículo 610°.- Versión original y vigente

La curatela instituida conforme a los Artículos 43º, incisos 2 y 3, y 44º, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levante la interdicción.

La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado.

Artículo 610°.- Propuesta de modificación

1.- El sistema de apoyo o apoyos diferenciados cesa por declaración judicial.

2.- El levantamiento del sistema de apoyos puede ser solicitado por la propia persona con discapacidad; por quien presta los apoyos si lo considera pertinente o por cualquiera que demuestre legítimo interés pero que no tenga conflicto de intereses.

Artículo 612°.- Versión original y vigente

La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los Artículos 43º, incisos 2 y 3, y 44º, incisos 2 y 3, sólo se concede cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo.

Artículo 612°.- Propuesta de modificación

Para levantar el sistema de apoyos, el juez deberá servirse de informes multidisciplinarios, además de la voluntad propia de la persona con discapacidad. En ningún caso el dictamen de un médico es determinante y vinculante para el juez.

Artículo 614°.- Versión original y vigente

El curador de un mayor incapaz, no siendo su cónyuge, ascendiente o descendiente, será relevado si renuncia al cargo después de cuatro años.

Artículo 614°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 614°.

Artículo 687.2°.- Versión original y vigente

Son incapaces de otorgar testamento: (...)

2.- Los comprendidos en los Artículos 43º, incisos 2 y 3, y 44º, incisos 2, 3, 6 y 7.

Artículo 687.2°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 687.2°.

Artículo 687.3°.- Versión original y vigente

Son incapaces de otorgar testamento: (...)

3.- Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto.

Artículo 687.3°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 687.3°.

Artículo 696.2°.- Versión original y vigente

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

(...)

2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

Artículo 696.2°.- Propuesta de modificación

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

(...)

2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, ya sea por medios mecánicos, electrónicos u cualquier otro medio incluyendo ajustes razonables, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

Artículo 696.6°.- Versión original y vigente

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

(...)

6.- Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete.

Artículo 696.6°.- Propuesta de modificación

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

(...)

6.- Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con

discapacidad podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente con las facilidades de ajustes razonables que sean pertinentes para tal fin.

Artículo 697°.- Versión original y vigente

Si el testador es analfabeto, deberá leersele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leersele el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

Artículo 697°.- Propuesta de modificación

Si el testador es analfabeto, deberá leersele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

Artículo 1307°.- Versión original y vigente

Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.

Artículo 1307°.- Propuesta de modificación

Los representantes de ausentes pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.

Artículo 1358°.- Versión original y vigente

Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Artículo 1358°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 1358°.

Artículo 1651°.- Versión original y vigente

Los representantes de incapaces o ausentes, para celebrar mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran, deben observar lo dispuesto en el Artículo 1307°.

Artículo 1651°.- Propuesta de modificación

Los representantes de ausentes, para celebrar mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran, deben observar lo dispuesto en el Artículo 1307°.

Artículo 1975°.- Versión original y vigente

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.

Artículo 1975°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 1975°.

Artículo 1976°.- Versión original y vigente

No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

Artículo 1976°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 1976°.

Artículo 1994°.- Versión original y vigente

Se suspende la prescripción:

- 1.- Cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales.
- 2.- Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.
- 3.- Entre las personas comprendidas en el Artículo 326°.
- 4.- Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.

- 5.- Entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela.
- 6.- Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.
- 7.- Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo.
- 8.- Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

Artículo 1994°.- Propuesta de modificación

Se suspende la prescripción:

- 1.- Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.
- 2.- Entre las personas comprendidas en el Artículo 326°.
- 3.- Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.
- 4.- Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.
- 5.- Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo.
- 6.- Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

Artículo 2030°.- Versión original y vigente

Se inscriben en este registro:

- 1.- Las resoluciones en que se declare la incapacidad y las que limiten la capacidad de las personas.
- 2.- Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas.
- 3.- Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad.
- 4.- Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como su remoción, acabamiento, cese y renuncia.
- 5.- Las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles.
- 6.- Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación.

- 7.- El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación.
- 8.- La declaración de inicio del procedimiento concursal, así como los demás actos y acuerdos registrables conforme a la ley de la materia.
9. El nombramiento de tutor o curador.
10. Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial.

Artículo 2030°.- Propuesta de modificación

Se inscriben en este registro:

- 1.- Las resoluciones en que se establezca sistemas de apoyos diferenciados.
- 2.- Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas.
- 3.- Las sentencias que impongan inhabilitación o pérdida de la patria potestad.
- 4.- Los actos llevados a cabo empleando el sistema de apoyo o apoyos diferenciados, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como su remoción, acabamiento, cese y renuncia.
- 5.- Las resoluciones remueven el sistema de apoyos diferenciados.
- 6.- Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación.
- 7.- El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación.
- 8.- La declaración de inicio del procedimiento concursal, así como los demás actos y acuerdos registrables conforme a la ley de la materia.
9. El nombramiento de tutor o curador.
10. Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial.

Artículo 2070°.- Versión original y vigente

El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio.

El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero.

Artículo 2070°.- Propuesta de modificación

El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio y por los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos de los que el Perú es Estado Parte.

El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

6.8. Propuestas para modificar y/o derogar artículos del Código Procesal Civil peruano

Artículo 21°.- Versión original y vigente

En materia de patria potestad, tutela y curatela, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el Juez del lugar donde se encuentra el incapaz.

Artículo 21°.- Propuesta de modificación

En materia de patria potestad, tutela y proceso de apoyos diferenciados, se trate de asuntos contenciosos o no, la competencia recae en el Juez del lugar en que se encuentra la persona beneficiaria de la medida.

Artículo 408.1°.- Versión original y vigente

La consulta sólo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas:

1.- La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador. (...).

Artículo 408.1°.- Propuesta de modificación

La consulta sólo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas:

1.- Aquella mediante la cual se designa el o los apoyos diferenciados. (...).

Artículo 475°.- Versión original y vigente

Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que:

- 1.- No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación;
- 2.- La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal;
- 3.- Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su procedencia;
- 4.- El demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho; y,
- 5.- Los demás que la ley señale.

Artículo 475°.- Propuesta de modificación

Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que:

- 1.- No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación;
- 2.- La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal;
- 3.- Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su procedencia;
- 4.- El demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho; y,
- 5.- Los demás que la ley señale.
- 6.- El proceso de apoyos diferenciados siempre que exista oposición sobre lo pedido, según determine el juez.

Artículo 546.3°.- Versión original y vigente

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

- 1.- Alimentos;
- 2.- Separación convencional y divorcio ulterior;
- 3.- Interdicción;
- 4.- Desalojo;

- 5.- Interdictos;
- 6.- Los que no tienen una vía procedimental propia, sin inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;
- 7.- Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal; y,
- 8.- Los demás que la ley señale.

Artículo 546.3°.- Propuesta de modificación

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

- 1.- Alimentos;
- 2.- Separación convencional y divorcio ulterior;
- 3.- El proceso de apoyos diferenciados cuando no exista oposición, determinado por el juez.
- 4.- Desalojo;
- 5.- Interdictos;
- 6.- Los que no tienen una vía procedimental propia, sin inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;
- 7.- Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal; y,
- 8.- Los demás que la ley señale.

Artículo 546-A°.- Propuesta de adición

Tanto para el caso de los procesos seguidos de conformidad con el artículo 475.6° y 543.3°, las personas con discapacidad tienen derecho a contar con ajustes de procedimiento según sus necesidades a fin de facilitar su plena participación en todas las etapas del proceso judicial, bajo sanción de nulidad. Asimismo, a solicitud de la persona interesada, el juez deberá emitir junto con la sentencia original, una sentencia en formato de lectura fácil.

Artículo 547°.- Versión original y vigente

Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en el inciso 2, del artículo 546, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 3, 5 y 6, son competentes los Jueces Civiles.

Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1 del artículo 546 siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda. En los demás casos, son competentes los Jueces de Familia.

En el caso del inciso 4 del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cinco unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco unidades de referencia procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados.

En el caso del inciso 7 del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez unidades de referencia procesal, es competente el Juez de Paz; cuando supere ese monto, el Juez de Paz Letrado.

Artículo 547°.- Propuesta de modificación

1.- Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en el inciso 2, del artículo 546, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 3, 5 y 6, son competentes los Jueces Civiles. En el caso del proceso referido en el inciso 3, los Jueces Civiles serán competentes hasta que se implementen en la jurisdicción correspondiente los Juzgados sobre Discapacidad.

2.- Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1 del artículo 546 siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda. En los demás casos, son competentes los Jueces de Familia.

3.- En el caso del inciso 4 del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cinco unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco unidades de referencia procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados.

4.- En el caso del inciso 7 del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez unidades de referencia procesal, es competente el Juez de Paz; cuando supere ese monto, el Juez de Paz Letrado.

Artículo 547-A°.- Propuesta de adición

El Juzgado Transicional Liquidador de la Interdicción y la Sala Transicional Liquidadora de la Interdicción, conocerán en primera y segunda instancia respectivamente las siguientes causas y las transformarán a un proceso de apoyos diferenciados:

1.- Aquellos procesos de interdicción que cuenten con sentencia definitiva en donde se haya nombrado curador para la personas con discapacidad. En estos casos, con la entrada en vigencia de la presente modificación, se entenderán a dichas personas como sujetos con capacidad jurídica plena y podrán requerir al Juzgado Transicional Liquidador que inicie un proceso de apoyos diferenciados de conformidad con las reglas establecidas en este Código.

2.- Aquellos procesos de interdicción en curso iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente modificación. Estos procesos serán suspendidos por los jueces que están conociendo dichas causas, debiendo derivar el expediente al Juzgado Transicional Liquidador.

3.- El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establecerá las reglas procedimentales necesarias para el correcto funcionamiento del régimen de transición al sistema de apoyos diferenciados en estricto apego a los criterios del modelo social.

Artículo 581°.- Versión original y vigente

La demanda de interdicción procede en los casos previstos por los incisos 2 y 3 del artículo 43 y 2 a 7 del artículo 44 del Código Civil.

La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho.

Artículo 581°.- Propuesta de modificación

Derogar el artículo 581°.

Artículo 582.2°.- Versión original y vigente

Adicionalmente a lo previsto en el artículo 548, a la demanda se acompañará:
(...) 2. En los demás casos: la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva.

Artículo 582.2°.- Propuesta de modificación

Adicionalmente a lo previsto en el artículo 548, a la demanda se acompañará:
(...) 2. En los demás casos: un informe interdisciplinario sobre la situación de la persona con discapacidad que requiere el o los apoyos. El juez no se encuentra vinculado con el informe interdisciplinario.

Artículo 583°.- Versión original y vigente

Cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona.

Artículo 583°.- Propuesta de modificación

La resolución judicial que establezca los apoyos diferenciados debe señalar claramente quien o quienes prestarán los apoyos; qué actos jurídicos requerirán de apoyos; el tiempo por el cual éstos serán requeridos, y las medidas de salvaguardias que sean necesarias. Dicha resolución se inscribirá en el Registro Personal.

Artículo 584°.- Versión original y vigente

La declaración de rehabilitación puede ser pedida por el interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar, siguiendo las reglas de este Subcapítulo. Se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, en su caso.

Artículo 584°.- Propuesta de modificación

El levantamiento del o los apoyos puede ser pedido por:

- 1.- La propia persona con discapacidad usuaria de éstos;
- 2.- Por la o las personas que prestan el o los apoyos, cuando lo consideren necesario.

3.- Por quien demuestre tener legítimo interés valorado por el Juez.

Artículo 584-A°.- Propuesta de adición

Ante el pedido de levantamiento del o los apoyos, se debe emplazar a todos aquellos que participaron durante el proceso de apoyos diferenciados.

Artículo 584-B°.- Propuesta de adición

El Juez deberá fijar en su sentencia de apoyos diferenciados el periodo o intervalos temporales en los que el sistema de apoyos será revisado de oficio.

6.9. Análisis costo-beneficio de las propuestas para llevar a cabo las reformas legislativas

El análisis costo-beneficio sirve como una herramienta analítica para determinar el balance que permita calificar la conveniencia de implementar ciertas regulaciones como una función de los beneficios sociales relativos. A mayor beneficio relativo, más conveniente resulta una nueva regulación (CEDICE, 2015, p. 4).

Si bien es cierto que esta metodología suele emplearse más cuando se tratan de temas considerados en el Título III de la Constitución (es decir, cuando tenga que evaluarse proyectos con contenido regulatorio, de impacto económico significativo y cuando el análisis esté referido a temas de competencia, apertura de mercados, empleo, productividad, inversiones, innovaciones o medio ambiente), lo cierto es que resulta también ser un análisis perfectamente pertinente para todo tipo de norma que se intente implementar (*Cfr.* CIES, 2017, p. 12). De ahí que el artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República peruano establezca como obligación el análisis costo-beneficio de los proyectos de ley manera genérica, sin circunscribir dicho análisis solo para futuras normas que versen sobre alguna materia específica.

Hay que precisar, al respecto, que el análisis costo-beneficio es una metodología a la cual se puede incorporar una serie de otros criterios de evaluación de las opciones disponibles. Por ende, factores culturales, políticos o redistributivos

pueden ser sustantivos al momento de tomar decisiones (Cfr. USAID y Transparencia, 2008, p. 18).

Así las cosas, para el análisis costo beneficio de la propuesta de modificación tanto del Código Civil como del Código Procesal Civil en materia del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y/o psicosocial, se tomará como modelo lo señalado en el “Manual de aplicación de ACB y ACE para la presentación o evaluación de proyectos de ley” elaborado por el Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios del Congreso de la República del Perú; el “Manual análisis costo-beneficio de las leyes” elaborado por el Observatorio Económico-Legislativo de Venezuela; la “Guía para la evaluación de proyectos de ley” elaborado por USAID y Transparencia Perú y, finalmente, lo reseñado en “Introducción al análisis costo-beneficio de las normas” diseñado por el Instituto Apoyo.

De manera previa es conveniente señalar que no existe un método único para llevar a cabo el análisis costo-beneficio de los proyectos de ley, lo que existen son lineamientos generales que pueden emplearse en mayor o menor medida dependiendo de la naturaleza de la propuesta legislativa que se va a estudiar.

a) Etapa 1 del análisis costo-beneficio de la ley: los objetivos de la propuesta legislativa

En esta primera etapa corresponde identificar los incentivos que están detrás de la implementación de la propuesta legislativa, evaluado en relación con los agentes a quienes potencialmente puede afectar (CEDICE, 2015, p. 6).

Hay que precisar en este punto que por “afectación” no se debe entender solamente a la incidencia negativa que una norma pudiera ocasionar, sino también, *prima facie*, a cualquier tipo de intervención (positiva o negativa que genera la propuesta legislativa).

Según el Observatorio Económico-Legislativo de Venezuela (2008), en esta primera etapa corresponde responder a estas cuatro preguntas:

1. ¿Cuál es el objetivo de la ley?
2. ¿Cuáles son los grupos afectados por la propuesta legislativa?
3. ¿Cómo se alinea la ley en cuestión con los objetivos generales que tiene el Estado?
4. ¿De qué forma beneficiaría esta nueva legislación a los objetivos de consecución y estabilidad en el poder de para el Estado en cuestión?

En ese sentido, teniendo como parámetro la propuesta de reforma descrita en el subcapítulo anterior, es que se responderán las preguntas señaladas.

1. ¿Cuál es el objetivo de la ley?

En líneas generales puede afirmarse que los objetivos de la reforma al Código Civil y al Código Procesal Civil que se propone son uno general y otros que vendrían a ser periféricos.

Así, como objetivo general de la propuesta tenemos que lo que se pretende es diseñar un sistema de apoyos diferenciados en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la capacidad jurídica y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de este grupo de personas. Derechos todos reconocidos a nivel legal, constitucional y convencional.

Por otro lado, como objetivos periféricos, tenemos que la propuesta de reforma busca evitar que la declaratoria de interdicción (que sustituye la voluntad de las personas con discapacidad mental y psicosocial) se convierta en un pre-requisito para que tanto las mismas personas con discapacidad como sus familias puedan acceder a una serie de beneficios de índole previsional, administrativo, etc.

2. ¿Cuáles son los grupos afectados por la propuesta legislativa?

En primer lugar, las directamente afectadas de (manera positiva) serán las personas con discapacidad mental y psicosocial dado que se establecerá un

nuevo régimen que regule su derecho a la capacidad jurídica en donde serán ellas las principales tomadoras de las decisiones, sustituyéndose así al anacrónico sistema actual en donde la curatela, que se da a través del proceso de interdicción, suple las decisiones que deben tomar.

En segundo término, también serán afectados por la propuesta legislativa los familiares directos de las personas con discapacidad mental y psicosocial, quienes deberán instruirse en el uso de los apoyos diferenciados a efectos de poder llevar a cabo dicha labor –de darse el caso- de la manera más óptima posible.

En tercer lugar, serán afectados los jueces que conocerán este tipo de casos a nivel judicial, ya que deberán recambiar la perspectiva que tienen sobre cuestiones de la discapacidad e interiorizar un enfoque de derechos (modelo social) en donde el proceso de apoyos diferenciados va a desplazar al proceso judicial de interdicción para el grupo de personas con discapacidad mental y/o psicosocial.

En cuarto y último término, las propuestas de reforma también tendrán incidencia sobre las personas sin discapacidad, puesto que deberán asumir a las personas con discapacidad mental y psicosocial como verdaderos agentes decisores en condiciones de igualdad. Esto puede trastocar ciertamente la concepción hasta ahora hegemónica sobre lo que es lo “normal”.

3. ¿Cómo se alinea la ley en cuestión con los objetivos generales que tiene el gobierno que la enuncia?

Desde un punto de vista holístico, se puede afirmar que la propuesta de reforma tanto del Código Civil como del Código Procesal Civil se alinea tanto a los objetivos generales del Estado peruano como sujeto de la comunidad internacional, así como a sus propios objetivos planteados a nivel local.

Así, en cuanto a nivel global, la propuesta se alinea claramente con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo décimo

objetivo es reducir las desigualdades. No se debe olvidar en este punto que ya el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación por que las personas con discapacidad vienen siendo en gran medida invisibles en los procesos de cumplimiento, seguimiento y evaluación de los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente (*Cfr.* ONU, A/71/214, párr. 1).

A nivel local, la propuesta se alinea con los objetivos trazados por el Estado peruano. Así, en octubre del 2016 se creó mediante Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS un nuevo grupo de trabajo (que actualmente se encuentra en funciones) con la misión de revisar y proponer mejores y reformas al Código Civil de 1984, atendiendo aquellas instituciones civiles que pueden y deben ser mejoradas. Asimismo, por la misma fecha la Resolución Ministerial N° 0299-2016-JUS creó otro grupo de trabajo cuya finalidad era revisar y proponer reformas al Código Procesal Civil de 1993. Si bien este último grupo ya terminó sus funciones, lo cierto es que sus propuestas se encuentran en fase de recibir aportes y sugerencias por parte de la comunidad académica y de la sociedad civil.

En consecuencia, se puede apreciar cómo claramente las propuestas de reforma planteadas se condicen con los objetivos generales del Estado peruano.

4. ¿De qué forma beneficiaría esta nueva legislación a los objetivos de consecución y estabilidad en el poder de dicho gobierno?

La propuesta beneficiará al Estado en su conjunto y a la estabilidad gubernamental en particular, en la medida que, logrando mayor igualdad y respeto por los derechos fundamentales, el Estado Constitucional y Social de Derecho se verá reforzado, consiguiendo así ser una República más sólida en donde la defensa de la persona humana sea de verdad el fin supremo, tal y como lo describe el artículo 1° de nuestra Constitución.

b) Etapa 2 del análisis costo-beneficio de la ley: análisis del status quo contrafactual

El segundo paso supone ahora evaluar cuál sería el escenario en caso de no implementarse la reforma que aquí se propone. Así, el *status quo*, desde esta perspectiva, será aquel escenario de “equilibrios” que pudiera continuar de no adoptarse la reforma legislativa.

Entonces, la pregunta que habría que responder en esta etapa sería la siguiente: ¿Cuál sería la situación de las personas con discapacidad mental y psicosocial de no adoptarse la reforma que se propone?

Pues bien, la situación en la cual se encontrarían las personas con discapacidad mental y psicosocial de no adoptarse la reforma que aquí se propone sería el de seguir desconociendo a estas personas como verdaderos sujetos de derecho. Se perpetuaría la vulneración de sus derechos a la igualdad y no discriminación, y a la capacidad jurídica, situación que como bien describe el profesor Samuel Abad (2016) es hasta un estado de cosas inconstitucional (p. 105). En buena cuenta, se estaría aceptando convivir con una realidad que es contraria a la Constitución, en primer lugar, y a las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado peruano, segundo.

c) Etapa 3 del análisis costo-beneficio de la ley: análisis de otra alternativa legislativa como contrafactual

En esta etapa, la tercera, lo que corresponde es ver si existe otra alternativa legislativa que se pudieran adoptar en lugar de la reforma del Código Civil y del Código Procesal Civil que aquí se propone.

Una alternativa que se puede avizorar como válida *prima facie*, sería la de crear una ley que se dedique a regular solamente el nuevo proceso de apoyos diferenciados que se propone. Es decir, diseñar la misma propuesta pero a partir de la dación de una norma específica que regule los aspectos concernientes al sistema de apoyos que se busca instaurar.

Esto, en principio, podría verse como más beneficioso en la medida que la aprobación de una ley en estos términos sería más fácil que esperar a que se

reforme el Código Civil y el Código Procesal Civil. Sin embargo, como se verá en la siguiente etapa, esta alternativa presenta un obstáculo que no es menor.

d) Etapa 4 del análisis costo-beneficio de la ley: evaluación de costos y beneficios

Finalmente, en esta cuarta etapa (a la que podemos denominar análisis costo-beneficio en sentido estricto) corresponde comparar los efectos que pudiera acarrear la reforma legislativa propuesta con el *status quo* y la alternativa legislativa contrafactual a la que se hizo referencia en los puntos anteriores.

Para resolver este nivel, según el Observatorio Económico-Legislativo de Venezuela, corresponde responder la siguiente pregunta (Cfr. CEDICE, 2015, p. 19):

¿Cómo se comparan los efectos potenciales de la propuesta de reforma legislativa en cuestión en los tres escenarios analíticos que se han desarrollado:

1. Bajo la ley
2. En el estado contrafactual de *statu quo*
3. En el estado contrafactual de la “propuesta legislativa alterna”?

Para llevar a cabo de manera adecuada este punto del análisis, resulta útil realizar un cuadro comparativo, como se muestra a continuación:

Etapa 4 del análisis			
Efectos	Reforma propuesta	Status quo	Alternativa legislativa
Sobre las personas con discapacidad mental y psicosocial: establecer un sistema de apoyos diferenciados en la toma de decisiones.	Si se establece un sistema de apoyos diferenciados sobre la base del artículo 12	La actual regulación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con	Si se puede establecer un sistema de apoyos diferenciados pero se

	de la CDPD.	discapacidad mental y psicossocial es abiertamente contraria al artículo 12 de la CDPD.	instaurará una suerte de “exclusión del Derecho Civil” hacía las personas con discapacidad, al crearse un proceso que, aun siendo de carácter civil, no estará dentro de los códigos pertinentes.
Sobre los familiares directos de las personas con discapacidad mental y psicossocial: deberán instruirse sobre el sistema de apoyos.	Si existe una incidencia en tanto la familia tendrá que adaptarse al nuevo sistema de apoyos en la toma de decisiones. De ahí que se prevea la implementación de una política nacional educativa en temas de discapacidad desde la lógica	Actualmente los familiares directos de las personas con discapacidad sujetas a interdicción solo conocen que la sentencia que declara tal estado es un prerrequisito para otros trámites y tienen la falsa creencia de que se trata de	Si existe una incidencia en tanto la familia tendrá que adaptarse al nuevo sistema de apoyos en la toma de decisiones.

	del modelo social.	una institución que “protege” a dichas personas.	
Sobre los jueces que conocerán este tipo de casos: deberán recambiar la perspectiva que tienen sobre la discapacidad e interiorizar el enfoque de derechos y la lógica del modelo social.	Si existe una incidencia sobre la labor de los jueces en torno al nuevo sistema de apoyo en la toma de decisiones que se propone. Sin embargo, se ha previsto la implementación de una política nacional educativa en temas de discapacidad desde la lógica del modelo social.	Actualmente con la interdicción y la curatela, los jueces se limitan a las disposiciones que el Código Civil y el Código Procesal Civil vigentes establecen. Evalúan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde una lógica del modelo médico o rehabilitador, en donde se asimila el concepto de discapacidad con el de incapacidad y	Si existe una incidencia sobre la labor de los jueces en torno al nuevo sistema de apoyo en la toma de decisiones que se propone.

		se cree que la capacidad jurídica es un concepto binario en donde se es capaz o incapaz, sin considerar que la autonomía personal puede manifestarse de múltiples formas.	
Sobre las personas sin discapacidad: deberán asumir a las personas con discapacidad mental y psicosocial como verdaderos sujetos de derecho.	Si existe una incidencia en la medida que las personas sin discapacidad deberán asumir que las personas con discapacidad mental y psicosocial (que desde siempre han sido percibidas como inútiles) son ahora capaces de tomar sus propias	Actualmente las personas sin discapacidad, con la interdicción y la curatela, entienden que se debe sobreproteger a las personas con discapacidad mental y psicosocial dado que albergan una supuesta	Si existe una incidencia en la medida que las personas sin discapacidad deberán asumir que las personas con discapacidad mental y psicosocial (que desde siempre han sido percibidas como inútiles) son ahora capaces de tomar sus

	<p>decisiones y hasta de participar en el tráfico jurídico contractual.</p> <p>Para eso también apunta la creación de una política pública general en materia educativa sobre los nuevos alcances del modelo social, como parámetro vigente desde el cual hablar sobre los derechos de este grupo de personas.</p>	<p>“inferioridad biológica” que las hace merecedoras de “lástima”.</p>	<p>propias decisiones y hasta de participar en el tráfico jurídico contractual.</p>
--	--	--	---

e) Conclusiones del análisis costo-beneficio de la ley:

Luego de haber esbozado un análisis detallado sobre las implicancias diversas de la reforma legislativa propuesta se puede afirmar con certeza que la misma supone un beneficio mayor en relación con los costos (económicos y no económicos) que puede generar. En efecto, el *status quo* y la alternativa legislativa como marcos contrafactuales no logran superar las bondades que, en términos de respeto de derechos fundamentales, ostenta la reforma que se propone tanto del Código Civil como del Código Procesal Civil.

Ahora, si bien es cierto en temas netamente presupuestales la reforma que se propone puede suponer cierto nivel de gasto público en la creación de juzgados especializados, en instruir a jueces y personas con discapacidad sobre el sistema de apoyos, etc., lo cierto es que como ocurrió en Hungría, República Checa o Costa Rica, estos costos pueden asumirse con la propia herramienta que arroja la CDPD en su artículo 32°, que establece que la cooperación internacional es valiosa para hacer efectivos el propósito y los objetivos de la referida convención.

6.10. La necesidad de modificar y/o derogar algunas otras normas pertinentes del ordenamiento jurídico nacional a fin de adecuarlas con el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Es cierto que haría falta una propuesta mucho más extensa que la presente para abordar todos y cada uno de los cambios que son necesarios para compatibilizar enteramente nuestro ordenamiento jurídico con la lógica de los apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Sin perjuicio de ello, en el presente acápite se esgrimirán algunas pequeñas propuestas –siempre mejorables– que deben hacerse en los temas más relevantes, como son, el Derecho Penal, la Ley del Notariado y la Ley de Extranjería. Esto, con la finalidad de impulsar también el debate sobre la cuestión en estas otras ramas o ámbitos reguladores.

Pues bien, en primer lugar corresponde enfocar la mirada hacia el Derecho Penal, en cuyo ámbito se han esgrimido mayormente las objeciones sobre las consecuencias prácticas de reconocer plenamente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial.

Esencialmente son tres los grandes temas que el Derecho Penal debe resolver de cara a las nuevas propuestas del modelo social. En primer lugar, está la consideración de la persona con discapacidad como víctima, en segundo término, la persona con discapacidad mental o psicosocial como sujeto inimputable y, finalmente, las medidas de seguridad que sobre éstas personas se vierten en esta área del Derecho.

Son cuestiones de las que hay mucho por decir pero para efectos de sintetizar la propuesta haré recaer el análisis primordialmente en las dos últimas cuestiones: la inimputabilidad de este grupo de personas y las así llamadas medidas de seguridad.

Sobre la cuestión de la inimputabilidad, tenemos el artículo 20° del Código Penal, cuyo inciso 1 establece que estará exento de responsabilidad penal “el que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.

Lo primero que se advierte es el lenguaje empleado por la aludida norma; se trata de un claro rezago de la terminología empleada por el modelo médico-rehabilitador. Asimismo, se observa como dicho artículo antes que desarrollar criterios para entender cuando una persona es inimputable desde el punto de vista del reproche penal, lo que hace es reseñar una lista taxativa de sujetos inimputables. Así, del tratamiento dado por el primer inciso del artículo 20°, tenemos que se hace alusión a las personas con discapacidad mental o psicosocial como sujetos inimputables.

Esta norma colisiona abiertamente con el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de este grupo de personas en los términos tratados a lo largo de esta tesis. Esta disyuntiva ha sido observada incluso por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al señalar que:

“El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad lleva a suprimir la circunstancia eximente de la responsabilidad penal constituida por la discapacidad mental o intelectual. Por consiguiente, al examinar el elemento subjetivo del delito, se debe prescindir de la discapacidad y atender a la situación concreta del autor” (ONU, A/HRC/10/48, párr. 47).

Ciertamente, el reconocimiento de derechos trae aparejada el asumir responsabilidades. En consecuencia, al reconocer a las personas con discapacidad mental y psicosocial como verdaderos sujetos de derecho, se les reconoce a su vez como ciudadanos y ciudadanas capaces de equivocarse y, cómo no, de hasta cometer delitos.

Sin embargo, si uno observa el tratamiento jurídico de la cuestión de la inimputabilidad de las personas con discapacidad mental y psicosocial en nuestro Código Penal, todo parece apuntar a equiparar la discapacidad con la inimputabilidad. Al respecto, Bregaglio y Rodríguez (2017) explican excelentemente que, desde el modelo social, no bastará para que una persona sea considerada inimputable, la sola constatación de un fenómeno vinculado a la discapacidad. Así, si bien el juicio de inimputabilidad se limita a constatar si el sujeto cometió un delito bajo un orden racional y una comprensión de la realidad distinta a la que la sociedad exige, es necesario tomar en cuenta que dicha comprensión distinta de la realidad puede ser originada por diversos factores, ya sean culturales, biológicos y/o sociales, y no solamente por condiciones relacionadas con ser una persona con discapacidad (p. 141).

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, resulta imperativo, bajo el mandato del artículo 12° de la CDPD, que no se equipare de manera automática la discapacidad mental o psicosocial con ser inimputable. Por ello, “en el caso de este grupo de personas la funcionalidad distinta de la mente es solo un factor que, en determinados casos, puede provocar que la persona se encuentre en un estado de inimputabilidad al momento de cometer un hecho delictivo, siempre que esto signifique una alteración de la realidad (desde los parámetros sociales) que no permite a la persona comprender la norma penal y actuar conforme a ella” (Bregaglio y Rodríguez, 2017, p. 142).

Para muestra del criterio que siguen los órganos jurisdiccionales al momento de declarar inimputable a una persona, se puede apreciar la Casación N° 3608-2014-Piura de la Corte Suprema en la cual, tal y como se desprende de su cuarto fundamento, nos dice que la inimputabilidad de la persona con discapacidad se desprende tan solo de una pericia psiquiátrica que da cuenta de la situación en

abstracto de la persona, pero no de la situación real al momento de cometido el hecho delictivo. Este razonamiento –el de tomar en abstracto pericias o dictámenes médicos para decidir sobre la inimputabilidad de una persona con discapacidad– ha sido replicado luego, por ejemplo, en la Casación N° 16-2009-Huaura.

Por lo tanto, una propuesta acorde con el modelo social debería apuntar a desterrar cualquier consideración que signifique el equiparamiento automático de la discapacidad con la noción de inimputabilidad. Lo relevante debería ser comprobar que al momento de la comisión del delito, la discapacidad mental supuso o no una alteración de la percepción de la realidad. Así las cosas, la norma que regula la cuestión relativa a la inimputabilidad en nuestro Código Penal deberá establecerse desde la lógica de señalar que, al momento de la comisión de un hecho delictivo, la persona no era capaz de comprender la norma y actuar conforme a ella, independientemente de la situación de discapacidad del sujeto.

Ahora bien, pasemos a la cuestión de las medidas de seguridad. De conformidad con el artículo 71° del Código Penal, las medidas de seguridad se pueden manifestar a través del internamiento o con un tratamiento ambulatorio. Las así llamadas medidas de seguridad son diferentes a las penas en el sentido que no están basadas en la culpabilidad del sujeto (que no la tiene por ser precisamente inimputable) sino en su peligrosidad.

En ese sentido, al sustentarse en la peligrosidad del agente, el análisis de cuándo será necesaria una medida de seguridad es altamente subjetivo. En efecto, el análisis de la peligrosidad no depende de una certeza científica en la práctica sino de un juicio de probabilidad apreciable por quien juzga y decide (*Cfr.* Rodríguez, 2016, p. 105). Por otro lado, a pesar que el artículo 73° del mismo Código obliga al juez a observar el criterio de proporcionalidad al momento de disponer una medida de seguridad, en la práctica ello no ocurre.

Además de esto, es necesario posar la mirada especialmente sobre una de las alternativas que propone las medidas de seguridad: la del internamiento. Por lo general, esta suele ser la más empleada so pretexto de la alegada peligrosidad de

la persona con discapacidad mental o psicosocial, lo cual redundaría en confinarlas en establecimientos que, valgan verdades, no reúnen las condiciones adecuadas exigibles para la permanencia de estas personas.

Rodríguez (2016) critica con acierto esta cuestión y nos señala que el fin neutralizador de la medida de seguridad, así como su fin terapéutico, son aspectos que confrontan directamente la lógica del modelo social vigente (p. 107). Por lo tanto, el internamiento como medida de seguridad debería ser dejada de lado y, más bien, adoptarse otras medidas que constituyen también medidas de seguridad como la vigilancia o los grilletes electrónicos e, incluso, adoptar como medida de seguridad el arresto domiciliario (que actualmente es más bien regulado como una cuestión cautelar para no sentenciados).

Este tipo de acciones ayudaría enormemente a no confinar en lugares inadecuados a las personas con discapacidad mental o psicosocial sujetas a medidas de seguridad, a la vez que comportaría un alineamiento con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de los derechos de las personas con discapacidad, en general, y del derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica, en particular.

Estos dos son los puntos de inflexión que desde el Derecho Penal, a mi modo de ver, corresponde atender a efectos de una verdadera reforma que se condiga con los postulados del modelo social de la discapacidad. De otra forma, no sería saludable reconocer el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito del Derecho Civil y esperar que ello no genere efecto alguno en el Derecho Penal. Indudablemente en esta tarea habrá que mirar también las modificaciones que sean pertinentes para el Código Procesal Penal y el Código y Reglamento de Ejecución Penal.

Como se anotó antes, otras de las normas que tendrían que igualmente ser revisadas son la Ley del Notariado y Ley de Extranjería (sin perjuicio de las muchas otras que igualmente deben identificarse y que podrían colisionar con la propuesta que aquí se expone).

Pues bien, respecto a la Ley del Notariado, convendría revisar los artículos 16° y 30° a efectos de señalar expresamente que el notario está obligado a brindar medidas de accesibilidad y, de ser el caso, adoptar ajustes razonables cuando se encuentre frente a personas con discapacidad. En cuanto a la Ley de Extranjería, el artículo 38° de ésta señala, para efectos de identificar el núcleo familiar del extranjero migrante, que dicho núcleo lo componen, entre otros sujetos, el hijo o hija mayor de edad que no se encuentre apto para atender su subsistencia por causas de “discapacidad física o mental debidamente comprobadas”. Habría que buscar revisar esta norma en los siguientes extremos: (i) no nos dice que significa no ser apto para subsistir por sí mismo a causa de una discapacidad, y (ii) no nos dice cómo es que dicha discapacidad debe estar “debidamente comprobada”, lo cual deja la puerta abierta para que la autoridad migratoria siga empleando la forma tradicional de determinación propia del modelo médico o rehabilitador.

Estas y otras propuestas –siempre perfectibles claro está– son las que deben emprenderse para consolidar una reforma real e integral que tenga como único objetivo garantizar y respetar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial en todos y cada uno de los ámbitos de sus vidas.

CONCLUSIONES

1. El modelo social de la discapacidad es la perspectiva correcta desde la cual se debe abordar la cuestión de los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad. Este modelo, a diferencia del modelo médico o rehabilitador, propone que la discapacidad no está presente en la persona, sino que, es una condición que viene dada por las barreras que la sociedad en su conjunto impone para el correcto desarrollo de las personas con discapacidad en igualdad de derechos y libertades.
2. El reconocimiento normativo del modelo social en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos viene dado a partir del desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien, de manera explícita, dejó sentado en el *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina* que el modelo social es aquel que se corresponde con la real protección de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en nuestra región.
3. A nivel nacional, el modelo social es aterrizado al plano normativo al menos desde que el Perú ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su entrada en vigencia, esto es, en el 2008. Asimismo, la Ley General de la Persona con Discapacidad de 2014 supone un trascendental movimiento definitivo hacia este nuevo modelo, lo cual ha venido siendo corroborado de alguna manera por la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional de nuestro país.
4. La regulación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial en el Perú está en abierta contradicción con las obligaciones internacionales que se derivan del artículo 12° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad e, incluso, con el artículo 9° de la Ley General de la Persona con Discapacidad. Instituciones civiles como la interdicción y su consecuencia, la curatela, son manifestaciones propias del modelo médico o rehabilitador en el que se

pregona como necesaria la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad.

5. En vista de que nuestro sistema civil recoge, para el caso de las personas con discapacidad mental o psicosocial, un régimen de sustitución en la toma de decisiones, urge una modificación tanto del Código Civil como del Código Procesal Civil vigentes a fin de orientar ambos cuerpos normativos hacia el régimen de apoyo en la toma de decisiones en correspondencia con el modelo social.
6. Es necesario iniciar un proceso de reforma desapegándonos del tradicionalismo y despatrimonializando el Derecho Civil. La propiedad y el cuidado “sagrado” de ésta no puede ser el fin último del Derecho Civil; corresponde, por así decirlo, “humanizar” dicha rama del Derecho para comprender que a veces en su aparentemente bienintencionada regulación se esconden graves y manifiestas vulneraciones a los derechos.
7. En la presente tesis se ha llegado a proponer una forma específica para que el Estado peruano adecue su ordenamiento interno-civil a sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos (específicamente en lo concerniente al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial). Para eso, se concluye que se debe implementar un sistema de apoyos, el cual debe ser de carácter “diferenciado” a fin de atender al criterio de diversidad dentro de la propia discapacidad. Solamente así podrá verse garantizado realmente el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial en nuestro país.
8. En este nuevo régimen ya no será un tercero quien adopte las decisiones por la persona con discapacidad mental o psicosocial, sino que, el tercero en cuestión tendrá como papel fundamental el de servir de apoyo a la hora que una persona con discapacidad se encuentre de cara a una decisión que debe tomar. Así, los principios más resaltantes que erigen esta propuesta son el de igualdad y el de presunción de la capacidad.

9. De manera concurrente con la propuesta de adecuación de la normativa civil pertinente de cara al modelo social, es necesario una reforma también en otros espacios normativos como el Derecho Penal, la Ley de Extranjería, la Ley del Notariado, entre otros, a fin de lograr una reforma integral y verdadera.

RECOMENDACIONES

1. Derogar y/o modificar los artículos pertinentes del Código Civil y del Código Procesal Civil de conformidad con la propuesta presentada en los acápites 6.7 y 6.8 de la presente tesis. Esta reforma –perfectible siempre– deberá contar con la participación efectiva de las personas con discapacidad durante su debate.
2. Derogar, modificar y/o adecuar la normativa concerniente a otros campos jurídicos como, por ejemplo, el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código y Reglamento de Ejecución Penal, la Ley del Notariado o la Ley de Extranjería, a fin de conseguir una real y completa reforma que apunte hacia el reconocimiento pleno del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial en los términos del artículo 12° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
3. Implementar un sistema de difusión y educación sobre los alcances del modelo social, en general, y del régimen de apoyo en la toma de decisiones, en particular. Ello fortalecerá los fines de la reforma, pues si las personas no comprenden lo valioso y trascendental de la propuesta, sólo tendremos un reconocimiento formal que no habrá calado realmente en la conciencia ciudadana.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

Albretch, G. (1992). *The disability business: rehabilitation in America*. California: Sage Publications.

Alfaro, R. (2014). *Diccionario práctico de derecho civil y derecho procesal civil*. Tomo I. Lima: Motivensa.

Aparicio, M. (2007). Evolución de la conceptualización de la discapacidad y de las condiciones de vida proyectadas para las personas en esta situación. En Berruezo, M. y Conejero, S., *El largo camino hacía una educación inclusiva, la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación*. Volumen 1. (pp. 129-138). Navarra: Universidad Pública de Navarra.

Álvarez, G. (2013). *Discapacidad y sistemas alternativos de solución de conflictos*. Madrid: Grupo Editorial CINCA.

Bach, M. y Kerzner, L. (2010). *A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity*. Ontario: Comisión de Derechos Humanos de Ontario.

Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3^{ra} Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bregaglio, R. y Rodríguez, J. (2017). Modelo social de la discapacidad y derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En Documenta y Ubijus, *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*. (pp. 119-162). Ciudad de México: Ubijus.

- Bregaglio, R., Constantino, R. y Ocampo, D. (2013). *Manual para el estudiante de la clínica jurídica en discapacidad y derechos humanos de la PUCP*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castillo, M. (1998). *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castillo, M. y Sánchez, E. (2010). *Manual de derecho procesal civil*. Lima: Jurista Editores.
- Congreso de la República del Perú. (2017). *Manual de aplicación ACB y ACE para la presentación o evaluación de proyectos de ley*. Lima: Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios.
- Cuenca, P. (2012b). *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad: un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá.
- De Asís, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid: Dykinson.
- De Asís, R. (2008). *Derechos humanos y situaciones de dependencia*. Madrid: Dykinson.
- De Asís, R. (2004). La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, derecho y poder. En Campoy, I. (Coordinador), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas públicas y filosóficas*. (pp. 59-73). Madrid: Dykinson.
- Espinoza, J. (2003). Supuestos de incapacidad absoluta de ejercicio. En Gutiérrez, W. (Director), *Código Civil comentado. Tomo I*. (pp. 224-227). Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (1998). *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Lima: Grijley.

- Fernández, C. (2014). El Código Civil peruano, treinta años después. En Carrasco, M. (Coordinador), *Estudios críticos sobre el Derecho Civil. Análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica*. (pp. 9-45). Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández, C. (2002). *El derecho de las personas (en el umbral del siglo xxi)*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Fernández, C. (2001). *Derecho y persona. Introducción a la teoría del Derecho*. 4^{ta} Edición. Lima: Grijley.
- Fernández, C. (2000). *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*. 7^{ma} Edición. 1^{ra} Reimpresión. Lima: Grijley.
- Fernández, C. (1992). *Protección jurídica de la persona*. Lima: Universidad de Lima.
- Fernández, C. (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima.
- Gómez, C. y Cuervo, C. (2007). *Conceptualización de la discapacidad: reflexiones para Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Hakansson, C. (2009). *Curso de derecho constitucional*. Lima: Palestra.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2007). *Derechos de las personas con discapacidad: módulo 6*. San José: IIDH.
- Jiménez, R. (2008). *Derecho y discapacidad*. San José: Universidad Nacional de Costa Rica.
- Ledesma, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. 5^{ta} Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

- León, J. (1980). *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 3^{ra} Edición. Lima: Morsom S.A.
- Observatorio Económico-Legislativo. *Manual análisis costo-beneficio de las leyes*. Caracas: CEDICE.
- Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (2005). *Personas con discapacidad y condiciones de exclusión en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala.
- Oliver, M. (1990). *The politics of disablement*. Basingstoke: McMillan.
- Palacios, A. (2008). *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.
- Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial CINCA.
- Pontificia Universidad Católica del Perú (1980). *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Reina-Valera (2009). *Santa Biblia*. Utah: La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días.
- Rodríguez, J. (2016). *Peligrosidad e internación en derecho penal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Romañach, J. (2009). *Bioética al otro lado del espejo: la visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos*. La Coruña: Diversitas Ediciones.

Rubio, M. (1995). *El ser humano como persona natural*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sendrail, M. (1983). *Historia cultural de la enfermedad*. Traducción de Clara Janés. Madrid: Espasa-Calpe.

Seoane, J-A. (2012). La respuesta jurídica de la discapacidad: el modelo de los derechos. En Blásquez, M. y Biel, I., *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valencia*. (pp. 11-46). Valencia: Tirant lo Blanch.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*. Ciudad de México: Dirección General de Comunicación y Vinculación Social.

USAID y Transparencia (2008). *Guía para la evaluación de proyectos de ley*. Lima: USAID.

Varsi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia. Tomo III*. Lima: Gaceta Jurídica.

Tesis

Biel Portero, Israel (2009). *Los derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional universal y europeo*. Tesis para optar el grado de doctor en Derecho. Universidad Jaume I, Departamento de Derecho Público.

Bariffi, F. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual en los ordenamientos jurídicos internos*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Universidad Carlos III de Madrid.

Villareal López, Carla (2014). *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú*. Tesis para optar el grado de maestra en Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Referencias hemerográficas

Abad, S. (2016). Discapacidad, derechos humanos y la reforma del Código Civil. Un estado de cosas inconstitucional. *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*. (11), 81-106.

Acosta, F., Holguín, E. y Sanabria, A. (2006). Aceptación o rechazo: perspectiva histórica sobre la discapacidad, la rehabilitación y la psicología de la rehabilitación. *Psicología y Salud*. (16) 2, 187-197.

Albarrán, A. (2015). Algunas perspectivas y modelos de comprensión de la discapacidad. *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*. (XXI) 2, 127-165.

Aleman, M. (1999). Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. (11), 112-134.

Barranco, M., Cuenca, P. y Ramiro, M. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*. (V), 53-80.

Bejar, E. (2015). ¿Las personas con discapacidad intelectual y sicosocial tienen derecho al ejercicio de su capacidad jurídica? *Gaceta Civil & Procesal Civil*. (28), 53-70.

- Bolaños, E. (2017). El control de convencionalidad como instrumento de protección de derechos. *Gaceta Constitucional*. (113), 204-219.
- Bolaños, E. (2016). Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general. *Pensamiento Jurídico*. (44), 313-342.
- Bolaños, E. (2015). La idea de los ajustes razonables como forma complementaria para conseguir la igualdad de las personas con discapacidad. *Actualidad Jurídica*. (8), 40-54.
- Castillo, M. y Chipana, J. (2015). La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Código Civil peruano. Comentarios a propósito de una sentencia. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. (28), 21-39.
- Carbonell, M. y Sánchez, R. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? *Quid Iuris* (15), 33-55.
- Cieza, J. (2015). Un juez y la ¿extinción de la interdicción y la curatela? Comentarios a una valiente y polémica decisión. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. (28), 41-51.
- Cieza, J. (2015b). La discapacidad mental y la necesidad de una regulación más humanitaria en el Perú: una mirada desde el derecho de personas. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. (24), 157-186.
- Coaguila, C. (2011). El proceso de reforma del Código Civil peruano de 1984. La necesidad de su actualización para el siglo XXI. *Thēmis*. (60), 19-33.
- Cuenca, P. (2015). La configuración de los apoyos. En Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *Conferencias Especializadas Alfa. Grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad*. (pp. 49-76). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Cuenca, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja – REDUR*. (10), 61-94.
- Cuenca, P. (2011). Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad. *Papeles el Tiempo de los Derechos*. (3), 1-14.
- Cuenca, P. (2011b). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. *Derechos y Libertades*. Época II (24), 221-257.
- De Asís, R. (2013). Discapacidad y constitución. *Derechos y Libertades*. Época II. (29), 39-51.
- De Asís, R. y otros (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Papeles el Tiempo de los Derechos*. (23), 1-425.
- De Trazegnies, F. (2014). El derecho civil: perspectivas futuras. *Thēmis*. (66), 25-38.
- De Trazegnies, F. (2008). Presencia del Código Napoleón en el Perú: los conflictos entre tradición y modernización. *Revista Chilena de Historia del Derecho*. (20), 249-271.
- Dhanda, A. (2008). Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Sur International Journal on Human Rights*. (8) 5, 43-59.

- Dhanda, A. (2007). Legal capacity in the disability rights convention: strangehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law & Commerce*. (34) 2, 429-462.
- Dinerstein, R. (2012). Implementing legal capacity under article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: the difficult road from guardianship to supported decisión-making. *Human Rights Brief*. (19) 2, 8-12.
- Esbec, E. (2012). Avances y exigencias de la prueba pericial en el proceso de modificación y delimitación de la capacidad de obrar. La capacidad en los trastornos mentales. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*. (12), 149-179.
- Espinosa-Saldaña, E. (2017). Cuando el juez(a) constitucional latinoamericano(a) olvida su labor de convencionalización del derecho: reflexiones en torno a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. *Ius Et Veritas*. (54), 150-170.
- Fernández, C. (2014b). El Código Civil peruano de 1984: su elaboración, sus aportes, las enmiendas que reclama. *Thēmis*. (66), 39-58.
- Fernández, C. (2006). Comentarios a la propuesta de enmiendas al libro de derecho de las personas presentada por la comisión de reforma del Código Civil. *Ius Et Veritas*. (32), 15-25.
- Fernández, C. (1999). La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?. *Cathedra. Espiritu del Derecho*. (5), 20-27.
- Fernández, C. (1982). Las personas, el personalismo y la Constitución peruana de 1979. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. (36), 81-95.
- Gálvez, J. (2010). Codificación y derecho indiano: el Código Civil peruano de 1852. *Revista Chilena de Historia del Derecho*. (22) 1, 481-498.

- Gómez, V. (2016). La discapacidad organizada: antecedentes y trayectorias del movimiento de personas con discapacidad. *Historia Actual Online*. (39), 39-52.
- Hernández, M. (2015). El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*. (6) 2, 46-59.
- Kehoe, S. (2017). Las pericias en la construcción de sistemas de apoyo. Necesidad de un cambio radical en la metodología de abordaje. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*. (1), 143-161.
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *Thēmis*. (66), 309-327.
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista Derecho PUCP*. (71), 13-36.
- Míguez, M. (2017). Discapacidad en lo social, un enfoque desde las corporalidades. *Revista Extremeña de Ciencias Sociales "Almenara"*. (9), 61-67.
- Mitra, S. (2006). The capability approach and disability. *Journal of Disability Policy Studies*. (16) 4, 236-247.
- Padilla-Muñoz, A. (2010). Discapacidad: contexto, concepto y modelos. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. (16), 381-414.
- Palacios, A. y Romañach, J. (2008). 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*. (2), 2, 37-47.

- Ripollés, M. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidad y funcionamiento de Amartya Sen. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. (20) 10, 64-94.
- Risso, M. (2012). Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. (16), 305-328.
- Rodríguez, M. y Couto, M. (2013). Contexto histórico del concepto de la diversidad funcional: modelos y paradigmas. *Odous Científica. Revista de la Facultad de Odontología de la Universidad de Carabobo*. (14) 1, 46-62.
- Santillán, R. (2014). La capacidad de los discapacitados no incapacitados. *IUS: Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*. (8), 148-176.
- Seoane, J. (2011). ¿Qué es una persona con discapacidad? *Ágora. Papeles de Filosofía*. (30) 1, 143-161.
- Varsi, E. (2013). La discapacidad y el Código Civil peruano. *Actualidad Jurídica*. (230), 45-47.
- Velarde, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Revista Empresa y Humanismo*. (XV) 1, 115-136.
- Victoria, J. (2013). Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie*. (138), 1093-1109.

Referencias digitales

- Palacios, A. (2008b). Capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 1-12. Consultado el 27 de diciembre de 2017 en: <https://goo.gl/ssNwPU>

Santillán, R. (2015). Goce de los derechos vs. capacidad de goce. Hacía una correcta interpretación del artículo 3 del Código Civil. 1-24. Consultado el 18 de noviembre de 2017 en: <https://goo.gl/Pv9n5z>

Valencia, L. (2014). Breve historia de las personas con discapacidad: de la opresión a la lucha por sus derechos. 1-27. Consultado el 20 de agosto de 2017 en: <https://goo.gl/6TEZF5>

Artículos en diarios y prensa

De Belaunde, A. (2017). Discapacidad no es incapacidad. *El Comercio*. Lima, 9 de febrero. En: <https://goo.gl/ZDHoUc>

Informes y observaciones de los comités de vigilancia de los tratados de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos

CERD. *Observación General N° 32, significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*. CERD/C/GC/32, 29 de setiembre de 2009.

CDH. *Observación General N° 18, no discriminación*. Trigésimo séptimo período de sesiones, 10 de noviembre de 1989.

CDH. *Observaciones Finales respecto de Bulgaria*. Centésimo segundo período de sesiones, CCPR/C/BGR/CO/2, 19 de agosto de 2011.

CRPD. *Observación General N° 1. Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. Décimo primer periodo de sesiones, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014.

CRPD. *Observación General N° 2. Artículo 9: Accesibilidad*. Décimo primer periodo de sesiones, CRPD/C/GC/2, 22 de mayo de 2014.

CRPD. *Proyecto de Observación General sobre la Igualdad y la no Discriminación (artículo 5)*, 31 de agosto de 2017.

CRPD. *Observaciones Finales respecto de Perú*. Séptimo período de sesiones, CRPD/C/PER/CO/1, 16 de mayo de 2012.

CEDDIS. *Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, Inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. OEA/Ser.L/XXIV.3.1. Primera reunión extraordinaria, 28 de abril de 2011.

Manuales y resoluciones de los diversos órganos y mandatos temáticos de la Organización de las Naciones Unidas

OHCHR. *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*. Décimo período de sesiones, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009.

ONU. *Igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/34/26, 9 de diciembre de 2016.

ONU. *Realización de los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad y progresos conseguidos en la aplicación del documento final de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad*. Septuagésimo primer período de sesiones, A/71/214, 27 de julio de 2016.

ONU. *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad*. Vigésimo octavo período de sesiones. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/28/37, 12 de diciembre de 2014.

ONU. *Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Marc Bossuyt, sobre el concepto y práctica de la acción afirmativa*. Quincuagésimo tercer período de sesiones, E/CN.4/Sub.2/2002/21, 17 de junio de 2002.

ONU. *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más alto nivel posible de Salud Física y Mental, Anand Grover*. Sexagésimo cuarto período de sesiones, A/64/272, 10 de agosto de 2009.

ONU. *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas Aguilar*. Trigésimo séptimo período de sesiones, A/HRC/37/56, 12 de diciembre de 2017.

ONU. *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas Aguilar*. Trigésimo cuarto período de sesiones, A/HRC/34/58, 20 de diciembre de 2016.

ONU y UI. *Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ginebra, 2007.

Declaraciones, instrumentos internacionales y regionales

OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, 22 de noviembre de 1969. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

OEA. *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. Ciudad de

Guatemala, 7 de junio de 1999. Vigésimo Noveno Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General.

OEA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, IX Conferencia Internacional Americana celebrada en 1948.

ONU. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. New York, 13 de diciembre de 2006. A/RES/61/106. Septingentésimo Sexto Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General.

ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París, 10 de diciembre de 1948. Resolución N° 217 A (III). Asamblea General.

ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. New York, 16 de diciembre de 1996. Resolución N° 2200 A (III). Asamblea General.

OUA. *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*. Nairobi, 27 de julio de 1981. XVIII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno.

OUA. *Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre Personas con Discapacidad*. Banjul, del 4 al 8 de noviembre de 2015. 57th Periodo Ordinario de Sesiones.

Legislación nacional, internacional y constituciones

Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Ley N° 26994, aprobada el 1 de octubre de 2014 y en vigencia desde el 1 de agosto de 2015.

Colombia. *Proyecto de Ley 027/2017 por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad*, radicado en abril de 2017.

Costa Rica. Ley N° 9379. *Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad*, publicada el 30 de agosto de 2016.

India. Ley N° 49. *Ley de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, promulgada el 27 de diciembre de 2016.

Paraguay. *Código Civil*. Ley N° 1183, en vigor desde el 1 de enero de 1987.

Perú. *Constitución Política de la República Peruana de 1823*. Primer Congreso Constituyente, 12 de noviembre de 1823.

Perú. *Constitución Política de 1826*. Ratificada el 30 de noviembre y jurada el 9 de diciembre de 1826.

Perú. *Constitución Política de la República Peruana de 1828*. Congreso General Constituyente, 18 de marzo de 1828.

Perú. *Constitución Política de la República Peruana de 1834*. Convención Nacional, 10 de junio de 1834.

Perú. *Constitución Política del Perú de 1839*. Congreso General, 10 de noviembre de 1839.

Perú. *Constitución de la República Peruana de 1856*. Dada el 13 de octubre y promulgada el 19 de octubre de 1856.

Perú. *Constitución Política del Perú de 1860*. 10 de noviembre de 1860.

Perú. *Constitución del Perú de 1867*. Sancionada por el Congreso Constituyente el 22 de agosto de 1867.

Perú. *Constitución para la República del Perú de 1920*. Dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920.

Perú. *Constitución Política del Perú de 1933*. 29 de marzo de 1933.

Perú. *Constitución para la República del Perú*. 12 de julio de 1979.

Perú. *Constitución Política del Perú de 1993*. Promulgada el 29 de diciembre de 1993.

Perú. *Decreto Legislativo N° 264. Ley del Servicio Militar Obligatorio*. Publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de noviembre de 1983, derogado el 29 de setiembre de 1999.

Perú. *Decreto Ley N° 20788. Ley del Servicio Militar Obligatorio*. Publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de noviembre de 1974, derogado por la Disposición Final del Decreto Legislativo N° 264 de 10 de noviembre de 1983.

Perú. *Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP. Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad*. Publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de abril de 2014.

Perú. *Decreto Supremo N° 073-2007-EF*. Publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de diciembre de 2007, vigente desde el 3 de mayo de 2008.

Perú. *Decreto Supremo N° 24029. Reglamento de la Ley del Profesorado*. Publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de mayo de 1985, derogado el 29 de julio de 1990.

Perú. *Ley N° 23733, Ley Universitaria*. Publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1987, derogada el 9 de julio de 2014.

Perú. *Ley N° 29973. Ley General de la Persona con Discapacidad*. Publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de diciembre de 2012.

Perú. *Ley N° 29889. Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud y garantiza los derechos de las personas con discapacidad con problemas de salud mental*. Publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2012.

Perú. Ley N° 23384, *Ley General de Educación*. Publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de mayo de 1982, derogada el 29 de julio de 2003.

Perú. Ley N° 24759. *Declaran de Interés Social la Protección, Atención y Readaptación Laboral del Impedido*. Publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de diciembre de 1987.

Perú. Ley N° 1041, *Ley de Invalidez Militar y de Asimilados Incapacitados en el Servicio*. Publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de febrero de 1909.

Perú. *Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad*. Resolución Administrativa N° 010-2018-CE-PJ del Poder Judicial publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de enero de 2018.

República Checa. *Código Civil*, modificado el 20 de febrero de 2012.

Pronunciamientos, jurisprudencia y doctrina de organismos y tribunales internacionales

CIDH. *Asunto Irene respecto de Argentina*. Medida Cautelar N° 376-15, 7 de julio de 2016.

CIDH. *Caso Edgar Tamayo Arias c. Estados Unidos de América*. Informe de Fondo N° 44/14, 17 de julio de 2014.

CIDH. *Caso Clarence Allen Lackey y otros c. Estados Unidos de América*. Informe de Fondo N° 52/13, 15 de julio de 2013.

CIDH. *Caso Víctor Rosario Congo c. Ecuador*. Informe N° 63/99, 13 de abril de 1999.

CIDH. *Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos*. 2016.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2012. Serie C No. 227.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3.7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención*

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

TEDH. *Caso N. Vs. Rumania*. Sentencia de 28 de noviembre de 2017. Aplicación N° 59152/08.

TEDH. *Caso Červenka Vs. República Checa*. Sentencia de 13 de octubre de 2016. Aplicación N° 62507/12.

TEDH. *Caso A.N. Vs. Lituania*. Sentencia de 31 de mayo de 2016. Aplicación N° 17280/08.

TEDH. *Caso Nataliya Mikhaylenko Vs. Ucrania*. Sentencia de 30 de mayo de 2013. Aplicación N° 49069/11.

TEDH. *Caso Lashin Vs. Rusia*. Sentencia de 22 de enero de 2013. Aplicación N° 33117/02.

TEDH. *Caso Sýkora Vs. República Checa*. Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Aplicación N° 23419/07.

TEDH. *Caso D.D. Vs. Lituania*. Sentencia de 14 de febrero de 2012. Aplicación N° 13469/06.

TEDH. *Caso Stanev Vs. Bulgaria*. Sentencia de 17 de enero de 2012. Aplicación N° 36760/06.

TEDH. *Caso Salontaji-Drobnjak Vs. Serbia*. Sentencia de 13 de octubre de 2009.
Aplicación N° 36500/05.

TEDH. *Caso Shtukurov Vs. Rusia*. Sentencia de 27 de marzo de 2008.
Aplicación N° 44009/05.

TEDH. *Caso H.F. Vs. Eslovaquia*. Sentencia de 8 de noviembre de 2005.
Aplicación N° 54797/00.

Jurisprudencia de tribunales en jurisdicciones nacionales

Corte Constitucional de Colombia. T-275/11. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
Sentencia de 19 de diciembre de 2011.

Corte Constitucional de Eslovaquia. Caso I. ÚS 313/2012-52. Sentencia de 28 de
noviembre de 2012.

Corte Constitucional de Hungría. Decisión 51/2010. (IV.28.) AB. Caso No:
436/B/2010. Sentencia de 26 de abril de 2010.

Corte Constitucional de Moldavia. Decisión No. 33. HCCC33/2017. Sentencia de
17 de noviembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Sala Civil Permanente.
Casación N° 683-2016-Callao. Sentencia de 8 de noviembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Sala Civil Permanente.
Casación N° 4673-2015-Arequipa. Sentencia de 3 de noviembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Sala Penal Transitoria.
Casación N° 3608-2014-Piura. Sentencia de 27 de marzo de 2015.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Sala Civil Permanente.
Casación N° 2698-2013-Lima Norte. Sentencia de 16 de agosto de 2013.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Sala Penal Permanente.
Casación N° 16-2009-Huaura. Sentencia de 12 de marzo de 2010.

Poder Judicial de Perú. Primer Juzgado de Familia de Tacna. Exp. N° 02460-2012-0-2301-JR-FC-01. Sentencia de 27 de enero de 2016.

Poder Judicial de Perú. Primer Juzgado de Familia de Tacna. Exp. N° 02673-2012-0-2301-JR-FC-01. Sentencia de 16 de setiembre de 2013.

Poder Judicial de Perú. Primer Juzgado de Familia de Tacna. Exp. N° 00697-2011-0-2301-JR-FC-01. Sentencia 30 de enero de 2013.

Poder Judicial de Perú. Sala Civil de la Corte Superior de Cusco. Exp. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03. Sentencia de 30 de setiembre de 2015.

Poder Judicial de Perú. Segundo Juzgado Constitucional de Lima. Exp. N° 25158-2013-0-1801-JR-CI-02. Sentencia de 26 de agosto de 2014.

Poder Judicial del Perú. Tercer Juzgado de Familia de Cusco. Exp. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03. Sentencia de 15 de junio de 2015.

Poder Judicial de Perú. Segundo Juzgado de Familia de Chimbote. Exp. N° 01111-2013-0-2501-JR-FC-02. Sentencia de 13 de mayo de 2014.

Poder Judicial de Perú. Segundo Juzgado de Familia de Chimbote. Exp. N° 00343-2012-0-2501-JR-FC-02. Sentencia de 19 de octubre de 2012.

Poder Judicial de Perú. Segundo Juzgado de Familia de Chimbote. Exp. N° 00922-2009-0-2501-JR-FC-02. Sentencia de 22 de junio de 2012.

Poder Judicial de Perú. Tercer Juzgado de Familia de Chimbote. Exp. N° 00720-2011-0-2501-JR-FT-03. Sentencia de 13 de junio de 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. *Caso Ricardo Adair*. Amparo en Revisión 159/2013. Sentencia de 16 de octubre de 2013.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Gracia María Francisca Aljovín*. Exp. N° 03562-2016-PHC/TC. Sentencia de 16 de octubre de 2017, publicada en la web el 22 de diciembre de 2017.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Noemí Parí Acuña*. Exp. N° 01153-2013-PA/TC. Sentencia de 21 de agosto de 2014, publicada en la web el 5 de noviembre de 2015.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Felipe Aguirre Frisancho*. Exp. N° 02904-2011-PA/TC. Sentencia de 28 de enero de 2014, publicada en la web el 27 de agosto de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Jane Cósar Camacho y otros*. Exp. N° 02437-2013-PA/TC. Sentencia de 16 de abril de 2014, publicada en la web el 30 de abril de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Gisela Tejada Aguirre*. Exp. N° 02362-2012-PA/TC. Sentencia de 26 de julio de 2013, publicada en la web el 14 de agosto de 2013.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Mariano Castillo Zurita*. Exp. N° 04543-2012-PA/TC. Sentencia de 16 de enero de 2013, publicada en la web el 14 de octubre de 2013.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Turismo Civa S.A.C.* Exp. N.° 02861-2010-AA/TC. Sentencia de 9 de noviembre de 2011, publicada en la web el 9 de diciembre de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Walter Viacava Gamboa*. Exp. N.° 03525-2011-PA/TC. Sentencia de 30 de setiembre de 2011, publicada en la web el 26 de octubre de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Jacinto Villacorta Guevara*. Exp. N° 04749-2009-PA/TC. Sentencia de 9 de agosto de 2011, publicada en la web el 24 de agosto de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Miguel Cadillo Palomino*. Exp. N° 2317-2010-AA/TC. Sentencia de 3 de setiembre de 2010, publicada en la web el 10 de diciembre de 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Pedro Marroquín Soto*. Exp. N° 03426-2008-PHC/TC. Sentencia de 26 de agosto de 2010, publicada en la web el 2 de setiembre de 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Luz Bustamante Candiotti*. Exp. N° 2313-2009-PHC/TC. Sentencia de 24 de setiembre de 2009, publicada en la web el 21 de octubre de 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Carlos Guerrero Quiroz*. Exp. N° 01234-2008-PC/TC. Sentencia de 6 de julio de 2009, publicada en la web el 18 de agosto de 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Felipe Tudela y Barrera*. Exp. N° 1317-2008-PHC/TC. Sentencia de 4 de junio de 2008, publicada en la web el 4 de junio de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Ramón Medina Villafuerte*. Exp. N° 02480-2008-PA/TC. Sentencia de 10 de febrero de 2008, publicada en la web el 10 de febrero de 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Salome Rosas Mendoza*. Exp. N° 01582-2007-PA/TC. Sentencia de 29 de noviembre de 2007, publicada en la web el 30 de junio de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Melva Vicuña Rivera*. Exp. N° 4184-2007-PA/TC. Sentencia de 25 de noviembre de 2007, publicada en la web el 11 de diciembre de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Miguel Palomino Angulo*. Exp. N° 5218-2007-PA/TC. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, publicada en la web el 30 de enero de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso R.J.S.A Vda. de R.* Exp. N° 3081-2007-PA/TC. Sentencia de 9 de noviembre de 2007, publicada en la web el 30 de enero de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Mauro Serrano García*. Exp. N° 10422-2006-PA/TC. Sentencia de 16 de enero de 2007, publicada en la web el 28 de setiembre de 2007.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Pedro Lizana Puelles*. Exp. N° 5854-2005-PA/TC. Sentencia de 8 de noviembre de 2005, publicada en la web el 8 de noviembre de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Víctor Otoya Petit*. Exp. N° 0606-2004-PA/TC. Sentencia de 28 de junio de 2004, publicada en la web el 16 de agosto de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Salvador Fernández Servat*. Exp. N° 1624-2002-AA/TC. Sentencia de 18 de junio de 2004, publicada en la web el 30 de junio de 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso César Zevallos Eyzaguirre*. Exp. N° 324-99-AA/TC. Sentencia de 9 de julio de 1999, publicada en la web el 25 de noviembre de 1999.

Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Edgardo Anco Dávila*. Exp. N° 671-98-AA/TC. Sentencia de 17 de marzo de 1999, publicada en la web el 31 de julio de 1999.

Tribunal Constitucional de Polonia. Caso No. K28/05. Sentencia de 7 de marzo de 2007.

Otros documentos, recomendaciones y pronunciamientos de autoridades oficiales internacionales

Consejo de Europa. Comisario para los Derechos Humanos. *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*. CommDH/IssuePaper (2012)2, Estrasburgo, 20 de febrero de 2012.

Consejo de Europa. Comité de Ministros. *Recomendación N° R(99)4, Principios referentes a la Protección Jurídica de los Mayores Incapacitados*. Adoptada el 23 de febrero de 1999, 600° Reunión de Delegados de los Ministros.

Consejo de Europa. Comité de Ministros. *Resolución ResAP (2001) 1, Sobre la introducción de los principios de diseño para todos en los currículos de todas las profesiones que trabajen en la construcción del entorno*, 15 de febrero de 2001.