

## DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS *DISABILITY AND HUMAN RIGHTS*

**Costanza Borea Rieckhof\***

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Ex miembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho**

---

*All persons are subjects of law, but not everyone has the “capacity” to fully exercise them. On this basis, people with disabilities have seen their opportunities for development as human beings limited.*

*Why it that people with disabilities have been historically marginalized by the Law? In this article, the author presents a detailed analysis on the subject, including the legal paradigm change that was the adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

**KEY WORDS:** *Disability, Convention on the Rights of Persons with Disabilities; Constitutional Right; human rights; legal capacity.*

*Todas las personas somos sujetos de Derecho, pero no todos tenemos la “capacidad” para poder ejercerlos plenamente. Bajo este argumento, las personas con discapacidad han visto limitadas sus posibilidades de desarrollarse como seres humanos.*

*¿Por qué las personas con discapacidad han sido históricamente marginadas por el Derecho? En el presente artículo, la autora nos presenta un detallado análisis sobre la materia, incluyendo el cambio de paradigma jurídico que supuso la adopción de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad.*

**PALABRAS CLAVE:** *Discapacidad; Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad; Derecho Constitucional; derechos humanos, capacidad.*

---

\* Abogada. Miembro de la Comisión Especial Revisora del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (CEDIS). Contacto: [costanzaborea@hotmail.com](mailto:costanzaborea@hotmail.com).

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 29 de mayo de 2015, y aceptado por el mismo el 15 de junio de 2015.

## I. INTRODUCCIÓN

En términos generales podemos afirmar que la finalidad del orden político legal es procurar al ser humano el mayor ámbito de libertad para que pueda crear su propia vida como una expresión de su voluntad.

Históricamente, las personas con discapacidad han sido la excepción. Bajo el argumento de estar protegiéndolas, se les ha denegado la posibilidad de construir su propia vida. Tradicionalmente las personas con discapacidad han sido sometidas a un régimen de sustitución de la voluntad, el cual anula su capacidad y se la encarga a un tercero. Esto incluye los aspectos más básicos de la vida propia, como: (i) la posibilidad de recibir educación; (ii) cobrar una pensión; (iii) conseguir trabajo; (iv) decidir cómo gastar su dinero; (v) abrir una cuenta bancaria; (vi) alquilar un departamento; (vii) votar en las elecciones; (viii) formar una familia y, (ix) hasta acudir a un centro de salud. Es decir, las personas con discapacidad han sido anuladas como sujetos independientes, siendo consideradas como objetos a los cuales hay que proteger.

Esta realidad lleva a preguntarnos, ¿a qué se debe esta diferenciación? ¿Por qué las personas con discapacidad no pueden ejercer sus derechos con la misma libertad que el resto de seres humanos?

Alrededor del mundo, el Derecho ha creado una diferenciación artificial entre la capacidad de ser titular de derechos y la capacidad de ejercerlos. De acuerdo a ésta, todos los seres humanos son titulares de derechos, pero solo aquellos con determinado nivel cognitivo podrán ejercerlos.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [en adelante, CDPD] reta esta concepción, declarando la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida. Se trata de un nuevo paradigma para el tratamiento de la discapacidad. Pero más aún, como señala Gerard Quinn, lo que trasciende es la redefinición de lo que significa ser humano<sup>1</sup>.

## II. LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una de las nociones más básicas del derecho es que el disfrute de los derechos humanos depende únicamente de la condición de ser humano. Esta

asociación se desprende inclusive de su propia terminología, **derechos humanos**. Sin embargo, esta asociación no se cumple a cabalidad: solo algunas personas podrán disfrutar realmente de sus derechos.

En el Derecho se han creado dos categorías para distinguir a los titulares de los derechos y a quienes pueden ejercerlos: (i) personalidad jurídica y, (ii) capacidad de ejercicio. La personalidad jurídica –o capacidad de goce– está referida a la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones. Es decir, de ser titular de derechos humanos. Ésta depende únicamente de la condición de ser humano. Por otro lado, la capacidad jurídica –o capacidad de ejercicio– está referida a la posibilidad de ejercer dichos derechos y obligaciones. De este modo, si bien todos los seres humanos son titulares de derechos, no todos pueden ejercerlos.

La capacidad jurídica es la pieza fundamental para el disfrute de los derechos. De ésta depende la posibilidad de crear una vida y un destino de acuerdo a la voluntad, convicción e ideologías propias. Ésta es la llave para desarrollarse como persona e interactuar con el universo a través de: (i) derechos contractuales (por ejemplo, abrir una cuenta bancaria, mantener y manejar propiedades, alquilar una propiedad, comprar inmuebles); (ii) derechos políticos (por ejemplo, votar y postular en las elecciones del país) e, inclusive, (iii) para ejercer derechos personalísimos (por ejemplo, casarse y formar una familia).

Adicionalmente, la capacidad jurídica es la llave que permite protegerse de injerencias no deseadas por parte de terceros (por ejemplo, rechazar transferencias forzadas, tratamientos médicos o intervenciones forzadas).

Limitar la capacidad jurídica lleva como consecuencia que la persona no pueda ejercer por sí misma sus derechos, debiendo hacerlo a través de un tercero. Es por ello que se ha dicho comúnmente que la falta de capacidad jurídica es igual a la muerte civil.

Usualmente se limita la capacidad jurídica a los menores de edad, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades. Históricamente también se ha restringido la capacidad jurídica a diferentes grupos en situación de vulnerabilidad, como por ejemplo a las personas con discapacidad mental, intelectual e inclusive con ciertas dificultades comunicativas.

<sup>1</sup> QUINN, Gerard. "Personhood & legal capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD". HPOD Conference. Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. 2010.

Se suele afirmar que la capacidad jurídica depende de la capacidad cognitiva de las personas. En la doctrina nacional ha señalado que “[u]n principio que todo operador jurídico debe tener en cuenta es la presencia del discernimiento del sujeto para determinar la validez de los actos jurídicos que realice y su responsabilidad civil”<sup>2</sup>. De igual modo, el artículo 571 del Código Civil peruano establece los criterios para apreciar la incapacidad, señalando que están sujetos a un curador quienes “no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena”.

Así, tradicionalmente la capacidad jurídica de las personas –y por tanto la posibilidad de desarrollarse libremente– depende de su capacidad cognitiva. Precisamente, este es uno de los conceptos que ataca que al artículo 12 de la CDPD.

### III. TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

Las personas con discapacidad son aquellas que tienen una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales. Como concepto, la **discapacidad** resulta de la interacción entre dichas deficiencias y la sociedad. Es así que el concepto de discapacidad varía a través del tiempo de acuerdo a las creencias socio-culturales que adopte la sociedad.

A efectos de poder comprender la importancia de la CDPD resulta necesario recordar brevemente la concepción tradicional de la discapacidad. La mayoría de autores reconocen dos modelos para entender la discapacidad: (i) el médico y, (ii) el social. El modelo médico localiza el problema de la discapacidad en las deficiencias de la persona. Por el contrario, el modelo social –al cual nos encontramos transitando– sitúa el problema en la sociedad.

Históricamente ha prevalecido el modelo médico. Este define a la discapacidad como una anomalía de las personas que las sitúa por debajo del nivel de normalidad de la sociedad. De acuerdo a este, son las deficiencias propias de la persona las que le impiden desarrollarse. Su integración a la sociedad depende de que puedan ser curadas. De esta manera, el solo diagnóstico de una deficiencia implicaba una presunción de incapacidad.

En otras palabras, de acuerdo a este modelo la discapacidad es “[...] un problema individual y personal, causado por una deficiencia o condición de salud. La realidad biológica es el punto de partida de la deficiencia y la discapacidad, y las limitaciones que éstas provocan en el funcionamiento del individuo se subsanan a través de tratamiento médico curativo y rehabilitador y mediante políticas de atención a la salud orientadas a la compensación y adaptación de la persona con discapacidad”<sup>3</sup>.

Las personas con discapacidad eran sometidas a un régimen de sustitución de la voluntad. No se les permitía ejercer directamente sus derechos, sino que el ejercicio de los mismos quedaba a cargo de un tercero. Se trata de una medida paternalista que buscaba proteger a las personas con discapacidad de ellos mismos y de otros. En la práctica ese modelo tuvo como consecuencia la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad, quienes veían negada la posibilidad de disfrutar de sus derechos fundamentales siendo sometidos a las decisiones (y abusos) de terceros.

Más aún, este régimen termina por anular a la persona, generándole una incapacidad y segregándola de la sociedad. De esta manera, las personas con discapacidad pasaban de ser sujetos a ser objetos.

### IV. EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA CDPD

La CDPD fue aprobada por la 76 Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, realizada el 13 de diciembre de 2006, a través de la Resolución 61/106. Ésta constituye una verdadera revolución.

La CDPD proclama un cambio de paradigma del modelo médico al modelo social, poniendo el énfasis de la discapacidad en la sociedad (y no en las deficiencias de las personas). De acuerdo al modelo social “la discapacidad deja de ser entendida como una anomalía del sujeto, y comienza a ser contemplada más bien como una anomalía de la sociedad”<sup>4</sup>.

Con ello se abandona la concepción tradicional de que son las deficiencias las que limitan a las personas: es la sociedad la que genera barreras de ac-

<sup>2</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles”. Lima: Grijley. 1998. p. 134.

<sup>3</sup> ALVAREZ LATA, Natalia y José Antonio SEOANE. “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación a la luz de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad”. En: Derecho Privado y Constitución 24. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2010. p. 14.

<sup>4</sup> DE ASÍS, Rafael. “Derechos Humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas de la discapacidad desde la teoría de los derechos”. En: CAMPOY CERVERA, Ignacio y Agustina PALACIOS (Editores). “Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y Argentina”. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas 8. Madrid. 2007. p. 19.

ceso que limitan a las personas. La sociedad es la que incapacita a la persona. Es así que el artículo 1 de la CDPD define a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Este cambio de modelo tiene como consecuencia inmediata el reconocimiento de la persona con discapacidad como parte de la sociedad. Se busca superar las barreras de la sociedad a fin de que de las personas que viven con alguna deficiencia puedan desarrollarse de manera autónoma, plena y con el debido respeto de su dignidad, ejerciendo sus derechos fundamentales.

El aspecto más debatido de la CDPD fue el relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, toda vez que puso a prueba los prejuicios más básicos. Sin embargo, de este debate resultó el logro más importante de la Convención: el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El artículo 12 de la CDPD reconoce que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida”. Con ello, se elimina indudablemente el régimen de sustitución de la voluntad.

Sin perjuicio de ello, el artículo 12 de la CDPD<sup>5</sup> reconoce que las personas con discapacidad podrán contar con el apoyo que necesiten para ejercer su capacidad jurídica. Asimismo deberán establecerse salvaguardias adecuadas y efectivas a efectos de impedir cualquier abuso.

Así, si bien la CDPD no reconoce derechos nuevos, reconoce a las personas con discapacidad la posibilidad de disfrutar sus derechos fundamentales. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad abre todas las zonas de libertad, permitiéndoles la expresión de su voluntad en todo aspecto de su vida.

Los apoyos previstos en el artículo 12 de la CDPD no deben confundirse con el régimen de sustitución de la voluntad (o interdicción). No se trata tan solo de un cambio de vocabulario (aunque también necesario), sino de un cambio de paradigma. Las personas con discapacidad tienen capacidad plena para ejercer sus derechos de manera independiente, de acuerdo a su propia voluntad.

De esta manera, no se puede obligar a las personas con discapacidad a contar con apoyos ni condicionar el ejercicio de sus derechos. Las personas con discapacidad pueden decidir de manera libre si desean contar con apoyos, así como establecer su forma, alcance y duración. En el mismo sentido, podrán rechazar cualquier apoyo no deseado.

Es importante resaltar que la labor del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona con discapacidad, sino ayudarla a ejercer su propia capacidad. De esta manera, el apoyo deberá respetar la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Con ello, se ha afirmado que “[...] el elemento que define o caracteriza el modelo de apoyo es justamente la voluntad decisoria del sujeto que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de representación por sustitución, sigue en cabeza de la propia persona con discapacidad”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Artículo 12.- “Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. 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”.

<sup>6</sup> INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. “Documento de estudio. Posición sobre el contenido, la interpretación y el alcance del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Lima: 21 de marzo de 2010.

Sin embargo, existe una excepción. Se permite el régimen de sustitución de la voluntad en los casos en que sea estrictamente necesario. Muchos autores se niegan a reconocer que la CDPD mantiene la opción de la interdicción por miedo de hacer de la excepción una regla. A nuestro parecer, no tiene caso negar la posibilidad de la sustitución de voluntad. Lo que resulta fundamental es definir de manera precisa en qué casos se aplica dicha excepción, de modo que no pueda establecerse como regla.

Para que se de este caso de excepción deben concurrir dos situaciones:

- a) La persona con discapacidad debe encontrarse imposibilitada de manifestar su voluntad, incluso después de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables.

Es decir que primero se deben agotar todas las vías posibles para determinar su voluntad, a través de todas las medidas razonables.

- b) Debe ser necesario para su protección y el ejercicio de sus derechos.

Este puede ser el caso de una persona que caiga en coma, y que por tanto no pueda manifestar su voluntad por ningún medio, siendo necesario tomar decisiones médicas a fin de procurar su cuidado. Pero aún en este caso, la sustitución de la voluntad no es absoluta. Por imperio de la CDPD, el **representante** debe tener en cuenta la trayectoria de vida de la persona con discapacidad, y actuar respetando su voluntad y preferencias. Es decir que se debe procurar –bajo todos los medios– que se cumpla la voluntad de la persona.

De este modo, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad será siempre la regla y la presunción.

La CDPD constituye un hito en la lucha por el reconocimiento de las personas con discapacidad. Pero más aún, constituye un hito en la definición de ser humano.

Como hemos señalado, tradicionalmente se ha considerado a la capacidad cognitiva como la premisa básica para el goce los derechos fundamentales. De este modo, las personas que se conside-

rasen con capacidad cognitiva limitada (como los menores de edad y las personas con discapacidad mental o intelectual) verían limitada la posibilidad de ejercer sus derechos. Pero, ¿acaso la capacidad cognitiva limitada nos hace menos seres humanos? ¿Por qué ello limitaría el disfrute de los derechos humanos? Formulado así, no cabe más que reconocer que la condición de ser humano no puede depender de la capacidad cognitiva y consecuentemente el disfrute de los derechos humanos.

Pero más aún, Gerard Quinn desafía esta teoría comparando la toma de decisiones entre las personas con discapacidad y las personas con capacidad cognitiva “normal”. Como señala el referido autor, todos los seres humanos –independientemente de su capacidad cognitiva– recurren a distintos tipos de apoyo en sus decisiones personales. Recurren al consejo y orientación de terceros para todo tipo de decisiones, desde las más impactantes como qué estudiar o dónde trabajar, hasta las más superficiales, como qué marcas preferir.

En el día a día, recurrimos a la familia, amigos, profesores, jefes, vendedores, foros de internet, etcétera a fin de tomar decisiones. Sostener que todas nuestras decisiones son independientes es sencillamente una utopía. Lo mismo sucede con el riesgo. Todos los seres humanos toman decisiones riesgosas y malas decisiones, inclusive de manera reiterada. Decisiones desde cómo invertir el dinero hasta con quién casarse. En palabras de Gerard Quinn, “[u]na vez que se demuestra la capacidad cognitiva suficiente, se permite a las personas una libertad amplia, inclusive para hacer cosas que inevitablemente van a resultar en un daño. Se les permite una cierta dignidad de riesgo, aún cuando procedan a repetir los mismos errores (por ejemplo, entrar a malos matrimonios). Esa misma dignidad de riesgo no se permite a aquellos con una menos capacidad cognitiva”<sup>7</sup>.

El apoyo o las decisiones riesgosas no son exclusivos de las personas con discapacidad, sino que es algo que compartimos como seres humanos. Entonces, ¿cómo se justifica negar a las personas con discapacidad gozar de los mismos derechos? La única respuesta pareciera ser un paternalismo injustificado.

La diferencia entre la restricción de la capacidad jurídica de los menores de edad y las personas con discapacidad resulta ser ilustrativa. Para el caso de los menores de edad, la restricción de la capacidad

<sup>7</sup> QUINN, Gerard y Anna ARTSEIN-KERSLAKE. “Restoring the ‘human’ in ‘human Rights’: personhood and Doctrinal Innovation in the UN disability convention”; GEARTY, Connor y DOUZINAS, Costas (Editores). “The Cambridge Companion to Human Rights”. Nueva York: Cambridge University Press. p. 8 [la traducción es nuestra].

jurídica no se sustenta en la falta de capacidad *per se*, sino en el momento concreto. Se considera que los niños irán adquiriendo experiencia y conocimientos con el paso del tiempo.

Es así que a la medida que van creciendo, van adquiriendo capacidad jurídica para ciertos actos, hasta adquirir plena capacidad jurídica al cumplir con la mayoría de edad. Por ejemplo, actualmente nuestro Código Civil establece la incapacidad absoluta de los menores de dieciséis años, y la capacidad relativa de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años. A los dieciocho años, adquieren capacidad plena. Existe un pacto implícito de que los padres (o los tutores) deben guiar al menor para que este pueda asumir el ejercicio de sus derechos.

No sucede lo mismo con las personas con discapacidad. La sustitución de la voluntad en estos casos nunca ha tenido una finalidad educativa. Por el contrario, su única finalidad es privar al sujeto de una voz propia. La sustitución en estos casos no tiene —como en el caso anterior— una fecha límite. La falta de ejercicio de sus propios derechos, termina por anular a la persona con discapacidad, segregándola de la sociedad. De esta manera, el paternalismo no cumple su promesa protectora, sino todo lo contrario. Termina por ser la principal causa de la segregación de las personas con discapacidad de la sociedad.

## V. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ

Podría decirse que somos un país en tránsito. Actualmente contamos con elementos de ambos

modelos (médico y social). Por un lado, el Código Civil establece la incapacidad de las personas con discapacidad y las sujeta a un régimen de sustitución de la voluntad. Por otro lado, la CDPD —que ostenta rango constitucional dentro de nuestro ordenamiento— reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se trata de una contradicción aparente, pues la CDPD debe imponerse a lo dispuesto por el Código Civil. Sin embargo, la vigencia del Código Civil sumado a los prejuicios de la sociedad, siguen manteniendo vivo el modelo médico.

En el Perú el reconocimiento de la personalidad jurídica no se encuentra expresamente previsto en la Constitución. Sin embargo, éste forma parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de diversos tratados de los que el Perú es parte<sup>8</sup>. Asimismo, se considera comprendido dentro de los alcances del artículo 3 de la Constitución.

Desde nuestra Constitución se puede apreciar un matiz paternalista para el tratamiento de la discapacidad. En efecto, ésta reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de protección especial<sup>9</sup>. Sin embargo, la diferencia entre titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales (o personalidad jurídica y capacidad jurídica) tampoco se encuentra prevista a nivel constitucional. Ésta ha sido recogida por el Código Civil. En sus artículos 42 y siguientes, el Código Civil introduce los conceptos de: **(i) capacidad de ejercicio; (ii) incapacidad absoluta e (iii) incapacidad relativa**. Esta diferenciación ha sido reconocida en diversas oportunidades por el Tribunal Constitucional<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> El artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Asimismo, el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que “[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

<sup>9</sup> Artículo 7.- “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. 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”.

Adicionalmente, el artículo 16 de la Constitución señala que “[e]s deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas”. Por su parte, el artículo 23 señala que “[e]l trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”.

<sup>10</sup> En el Fundamento Jurídico 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0518-2004-AA, de fecha 12 de julio de 2004, se estableció que:

“[...] El reconocimiento legal de la aptitud e idoneidad de un sujeto de derecho para adquirir derechos y contraer obligaciones se manifiesta en dos planos, a saber:

a) Capacidad de goce

Es la facultad o atributo de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; es decir, para forjar relaciones jurídicas en torno a una actividad determinada y consentida por el ordenamiento jurídico.

Dicha “cualidad” jurídica es inherente a la persona humana y, por ello, es un atributo general.

b) Capacidad de ejercicio

Es la facultad o atributo personal que permite producir por propia voluntad, efectos jurídicos válidos para sí o para otros, responsabilizándose expresamente de sus consecuencias. Por ende, comporta la prerrogativa para gobernarse por sí en las diversas contingencias de la vida coexistencial. [...]”.

En atención a ello, no cabe duda que las personas con discapacidad tienen derecho a la personalidad jurídica, siendo titulares de derechos. Sin embargo, han visto restringida su capacidad jurídica en virtud de lo dispuesto por el Código Civil.

El Código Civil establece como regla general la capacidad de ejercicio de todos los mayores de edad, a excepciones de los “incapaces absolutos” e “incapaces relativos”. De acuerdo al artículo 43 del Código Civil, son absolutamente incapaces: (i) los menores de dieciséis años; (ii) los que se encuentren privados de discernimiento; y, (iii) los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable. De acuerdo al artículo 44, son relativamente incapaces: (i) los mayores de dieciséis pero menores de dieciocho años de edad; (ii) los retardados mentales; (iii) los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; (iv) los pródigos; (v) los que incurrir en mala gestión; (vi) los ebrios habituales; (vii) los toxicómanos y, (viii) los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Es decir que las personas con discapacidad mental, intelectual e inclusive sensorial en algunos casos, son consideradas como incapaces (absolutos o relativos) dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Como consecuencia de ello, y en virtud del artículo 45 del Código Civil<sup>11</sup>, no pueden ejercer sus derechos fundamentales de manera directa, sino que deben actuar a través de un representante legal. Es decir que son sometidos a un régimen de sustitución de la voluntad.

Para el caso de los mayores de edad, el representante legal es denominado “curador”. Este se nombra mediante un proceso judicial de interdicción. Se trata de un proceso sumarísimo que se interpone contra la persona con discapacidad. El curador se determina de acuerdo al orden de prelación señalado en el artículo 569 del Código Civil<sup>12</sup>. Este proceso no permite la participación activa de la persona con discapacidad, ni para establecer los alcances o límites de la curatela, ni para designar al curador.

Teóricamente, nuestro ordenamiento permite –en realidad exige– que los alcances y límites de la cu-

ratela sean establecidas en función al grado de la capacidad de la persona (artículo 581 del Código Civil<sup>13</sup>). Sin embargo, en la práctica la mayoría de interdicciones establecen una representación genérica. Al respecto, Juan Espinoza señala que en la mayoría de las sentencias de interdicción “[l]os jueces sólo se limitan a utilizar una expresión genérica en la cual se establece que el curador “cuida a la persona y bienes del interdicto”<sup>14</sup>.

Como se puede apreciar, nuestro Código Civil se adscribe por completo a un modelo médico de acuerdo al cual la persona con discapacidad mental, intelectual y sensorial en algunos casos, se considera incapaz y es sometida a un régimen de sustitución de la libertad.

Por Resolución Legislativa 29127, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 01 de noviembre de 2007, el Congreso de la República aprobó la CDPD. Y, por Decreto Supremo 073-2007-RE, publicado el 31 de diciembre de 2007, el Estado peruano la ratificó. De esta manera, la CDPD entró en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico el 03 de mayo de 2008<sup>15</sup>. De esta manera, la CDPD forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno y, de conformidad con el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, ostenta el rango constitucional.

Es decir que actualmente se encuentran vigentes: (i) el Código Civil que establece que las personas con discapacidad son incapaces y solo pueden actuar a través de sus representantes legales y, (ii) la CDPC que reconoce la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad.

Cualquier estudiante de Derecho podría señalar fácilmente que la CDPD prima sobre el Código Civil y por lo tanto, las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en nuestro ordenamiento. ¿Es esto cierto? Jurídicamente sí. Al ostentar rango constitucional, el CDPD debe preferirse sobre lo dispuesto por el Código Civil. De este modo, las personas con discapacidad pueden ejercer directamente sus derechos, sin que se les pueda exigir un representante legal o un apoyo. En el caso que no se le permita ejercer plenamente sus derechos

<sup>11</sup> 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”.

<sup>12</sup> Si no existiera curador legítimo, los padres pueden designar a un curador (artículo 572) o, eventualmente, el consejo de familia (artículo 573). Asimismo, el artículo 567 prevé la posibilidad de que el juez designe un curador provisional.

<sup>13</sup> Artículo 581.- “El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél. [...]”.

<sup>14</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Óp. cit. p. 106.

<sup>15</sup> Según el artículo 45 de la Convención aquella entraría en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión. Esta última ratificación, necesaria para que la Convención entre en vigencia, le correspondió a Ecuador.

(puede ser que no se le permita firmar un contrato, se le exija la presencia de un representante legal, se le someta a un proceso de interdicción o a un tratamiento forzado, por ejemplo), la persona con discapacidad podrá acudir a un proceso constitucional (amparo<sup>16</sup> o *habeas corpus* según sea el caso), solicitando la aplicación directa de la CDPD.

Actualmente no existe ninguna justificación legal que restrinja la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad. La CDPD no acepta ninguna duda. Cualquier disposición o acto en contrario debería ser declarada sin efecto judicialmente.

Pero la realidad no es siempre tan clara. El modelo médico predomina en nuestra sociedad. Las personas con discapacidad encuentran barreras de acceso a todo nivel, público y privado, haciendo impracticable el ejercicio de su capacidad jurídica. Es por ello que, aún cuando no cabe duda que prevalece la CDPD, resulta necesario “[a]doptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 4.1.a).

## VI. HACIA EL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL PERÚ

La Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley 29973) inició el cambio. Ésta reconoció la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás (artículo 9). Pero aún hacía falta un cambio del Código Civil. Es por eso que la Ley General de Persona con Discapacidad creó una Comisión Revisora del Código Civil, la cual estaría encargada de crear un anteproyecto de reforma del Código Civil que se ajuste a lo establecido en la ley y en la CDPD (Segunda Disposición Complementaria Final).

La Comisión Especial Revisora del Código Civil en lo referido a la capacidad de ejercicio de la persona con discapacidad [en adelante, CEDIS], aprobó un anteproyecto de reforma del Código Civil que modifica y deroga más 80 artículos. Recientemente, este se ha remitido a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos para su debate.

El anteproyecto tiene como premisa básica el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad. A tal efecto reconoce que todas las personas mayores de dieciocho años

—sin ninguna excepción— tienen plena capacidad de ejercicio. Adicionalmente, a fin de romper con todas las excusas y prejuicios que limitan a las personas con discapacidad, se ha previsto la siguiente afirmación: “La discapacidad no comporta en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio”. Con ello, no se podrá condicionar el ejercicio directo de las personas con discapacidad bajo ningún pretexto.

En consecuencia, el anteproyecto propone la eliminación de la interdicción y de la curatela. Esta no constituye una propuesta original del anteproyecto. Reiteramos que se trata de un mandato que se desprende directamente de la CDPD y que ha sido también exigida por el Comité de la ONU Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>17</sup>.

Una vez eliminadas las instituciones de la interdicción y de la curatela, se ha propuesto la creación de los *apoyos*, a fin de facilitar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos. Los apoyos pueden darse de cuatro formas:

- a) **Las medidas de accesibilidad y ajustes razonables:** Las entidades públicas y privadas deben garantizar las medidas de accesibilidad y ajustes razonables necesarios para el ejercicio de sus derechos.

Las medidas de accesibilidad están referidas a la modificación del entorno en general, como por ejemplo el entorno, transporte, sistemas de comunicación e información. Los ajustes razonables están referidos a las modificaciones y adaptaciones necesarias para un caso en particular, cuando éstas no impliquen una carga desproporcionada.

- b) **Designación anticipada:** Se ha previsto que todas las personas mayores de edad puedan designar anticipadamente un apoyo en previsión de requerirlo en el futuro. Se podrá establecer la forma, alcances, duración y directrices. Este se deberá designar vía escritura pública y deberá prever el momento en que entra en vigor.

- c) **Designación directa:** Las personas con discapacidad podrán designar personas de apoyo vía notarial o a través de un juez de paz letrado. Se podrá establecer la forma, alcances, duración y directrices.

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución de primera instancia recaída en el proceso de amparo 25158-2013, de fecha 29 de agosto de 2014 (Resolución 6).

<sup>17</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Observaciones finales al Informe Inicial del Estado Peruano - CRPD/C/PER/CO/1”. 16 de mayo del 2012.



- d) **Designación judicial:** Solo excepcionalmente, se podrá designar un apoyo de manera judicial. Para ello, deberán concurrir las siguientes circunstancias: (i) persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad, incluso después de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables y, (ii) resulte necesario para el ejercicio y protección de sus derechos. Aún en este caso se denomina “apoyo” porque este deberá ejercerse atendiendo a la trayectoria de vida. Es decir que el apoyo no tiene como finalidad suplir la voluntad de la persona con discapacidad, sino descubrirla. Por supuesto, como señalamos con anterioridad, puede ser que por las circunstancias del caso se trate más de una sustitución de la voluntad que de un apoyo; sin embargo se trata de un supuesto excepcional.

Siempre que la premisa es la capacidad plena, la persona con discapacidad es libre para decidir si desea o no contar con un apoyo, de establecer la forma de acuerdo a sus necesidades específicas, determinar su alcance

y duración. Asimismo, podrá decidir libremente en quién o quiénes recae el apoyo (podrán ser personas naturales, personas jurídicas sin fines de lucro o instituciones públicas). Finalmente, podrán negarse —en cualquier momento— a un apoyo.

Con estos reconocimientos, se eliminan las restricciones y limitaciones que pudieran tener las personas con discapacidad para ejercer sus derechos contractuales, políticos, personalísimos o cualquier otro.

Se trata de un anteproyecto que busca completar la transición. Normativamente, aún queda trabajo por hacer. Debido a la falta de tiempo, queda pendiente regular un sistema de salvaguardias que proteja los derechos de las personas con discapacidad frente a los posibles abusos. Pero sobre todo, aún queda pendiente el cambio de la sociedad. Es necesario que la sociedad levante sus barreras para permitir que las personas con discapacidad puedan recobrar su voz y vivir de manera libre e independiente como parte de la sociedad. Es decir que, tenemos que repensar lo que significa ser humano. 🗣️