



**ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS**

**“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 presentada por **Carla Villarreal López**  
para optar por el grado de Magíster en Derechos Humanos

Asesora: Renata Bregaglio Lazarte

Presidenta del Jurado: Elizabeth Salmón Gárate  
Tercer miembro del Jurado: Ernesto Aguinaga Meza

Lima, marzo 2014

*A Dios, mis padres César y Yanet, mi hermano César y a Shane  
por el amor y la fortaleza que me brindan cada día*

## RESUMEN EJECUTIVO

Históricamente, las personas con discapacidad mental e intelectual han sido objeto de discriminación y exclusión. En este sentido, se las ha percibido como incapaces de tomar sus propias decisiones por lo que el Derecho, bajo una perspectiva que restringe su voluntad y autonomía, ha creado figuras como el proceso de interdicción y la representación mediante curatela para que una tercera persona las sustituya en la toma de decisiones. No obstante, la CDPD, en vigor desde el 3 de mayo de 2008, ha significado un cambio de paradigma en el marco del modelo social al reconocer la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, es decir, su capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones así como de ejercerlos (artículo 12° de la CDPD y artículo 9° de la Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad - Ley N° 29973).

En este contexto, el objetivo de esta tesis es demostrar la incompatibilidad de los efectos jurídicos de la interdicción y de la curatela, reguladas en el Código Civil peruano de 1984, en relación al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual. Para ello, el concepto de capacidad jurídica será construido a partir del artículo 12° de la CDPD y de su impacto en el ejercicio de derechos para los cuales el reconocimiento de la capacidad jurídica es una condición. Por ejemplo, libertad personal y vida independiente e inclusión en la comunidad; integridad personal y, protección contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; participación en la vida política y pública; respeto del hogar y la familia; acceso a la justicia; derecho a la propiedad, herencia, control de asuntos económicos propios y acceso a créditos financieros. Finalmente, se propondrán lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias que coadyuven a adecuar nuestra legislación a lo dispuesto por la CDPD, eliminando las barreras legales existentes y elaborando una política pública que garantice el acceso de todas las personas con discapacidad al apoyo que puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica en todos los ámbitos de su vida.

## ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

ACNUDH: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

BID: Banco Interamericano de Desarrollo.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Carta Africana: Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

CDPD: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

CEDAW: Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

CEDDIS: Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

CIADDIS: Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

CIDDM: Clasificador Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIF: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.

CC: Código Civil peruano.

Comité CDPD: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Comité DH: Comité de Derechos Humanos.

Comité DESC: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CONADIS: Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad.

CONFENADIP: Confederación Nacional de Personas con Discapacidad del Perú.

Constitución: Constitución Política del Perú de 1993.

CPC: Código Procesal Civil peruano.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DADDH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

ENCO: Encuesta Nacional Continua.

ENEDIS: Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad.

IDEHPUCP: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

IIDH: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

INEI: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

LGS: Ley General de Salud.

MEF: Ministerio de Economía y Finanzas.

MIMP: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

MINSAL: Ministerio de Salud.

ODM: Objetivos de Desarrollo del Milenio.

OEA: Organización de los Estados Americanos.

OMAPED: Oficina Municipal de Atención a la Persona con Discapacidad.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONU o Naciones Unidas: Organización de las Naciones Unidas.

OPS: Organización Panamericana de la Salud.

OREDIS: Oficina Regional de Atención a las Personas con Discapacidad.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PIO: Plan de Igualdad de Oportunidades.

PNDH: Plan Nacional de Derechos Humanos.

PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

PSS: Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Red CDPD: Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Relator Especial para el tema de salud: Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Relator Especial sobre la cuestión de tortura: Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Sodis: Sociedad y Discapacidad.

TC: Tribunal Constitucional de Perú.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



## ÍNDICE

<b>RESUMEN EJECUTIVO</b>	2
<b>ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS</b>	3
<b>ÍNDICE</b>	5
<b>INTRODUCCIÓN</b>	10
<b>Capítulo 1.- El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</b>	21
1.1. Reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual	22
a) Igual reconocimiento como persona ante la ley	24
b) Capacidad de ser titular de derechos y obligaciones	24
c) Reconocimiento a la personalidad jurídica como parte del núcleo duro de derechos humanos	25
1.2. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida	26
1.2.1. Libertad personal, vida independiente e inclusión en la comunidad a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual	33
1.2.1.1. Libertad personal	33
a) Prohibición de restricción de la libertad de manera ilegal o arbitraria por motivo de discapacidad	34
b) Obligación de contar con el consentimiento libre e informado: Prohibición del internamiento involuntario	37
c) Acceso a recursos efectivos y garantías con ajustes razonables para reclamar por la restricción de libertad	38
1.2.1.2. Vida independiente e inclusión en la comunidad	40
a) Libertad para elegir el lugar de residencia y con quién vivir: Prohibición de la institucionalización	40
b) Obligación de contar con servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad	42
c) Accesibilidad de los servicios comunitarios	44

1.2.2.	Integridad personal en relación a prohibición contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual	46
a)	Condiciones de vida digna en los centros de salud mental	47
b)	Prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes	49
c)	Consentimiento libre e informado para tratamientos médicos o experimentos médicos y/o científicos	50
1.2.3.	Participación en la vida política y pública a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual	53
a)	Derecho a votar de manera libre y a ser elegida para cualquier función pública	53
b)	Garantía de procedimientos, instalaciones y materiales electorales adecuados, accesibles, fáciles de entender y utilizar	55
c)	Participación en asuntos públicos, partidos políticos y organizaciones de diferente índole incluidas las organizaciones de personas con discapacidad	56
1.2.4.	Respeto del hogar y la familia a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual	57
a)	Derecho a contraer matrimonio libremente y a la elegir sus propias relaciones personales	58
b)	Derecho a la autonomía reproductiva, con acceso a orientación y medios necesarios para ejercer este derecho, así como a la patria potestad de sus hijos	59
1.2.5.	Acceso a la justicia a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual	60
a)	No discriminación en el acceso a tribunales de justicia en nombre propio y en cualquier etapa del proceso	61
b)	Garantía de accesibilidad física y comunicacional	64
1.2.6.	Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en igualdad de condiciones en materia de asuntos económicos	65
1.3.	Medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y, salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos	67
a)	Medias de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual	68
b)	Salvaguardias que aseguren que los apoyos respeten los derechos, la voluntad y las preferencias, sin conflicto de intereses ni influencia indebida; proporcionales y adaptadas a las circunstancias; aplicadas en el plazo más corto posible y sujetas a exámenes periódicos	70

<b>Capítulo 2.- La situación de exclusión de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú y las barreras para el reconocimiento de su capacidad jurídica asociadas a la interdicción y a la curatela</b>	<b>73</b>
2.1. Discriminación y exclusión de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú	74
2.2. Instrumentos de la política pública en materia de discapacidad: ¿una protección efectiva de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual?	81
2.2.1. Constitución Política del Perú de 1993	82
2.2.2. Ley N° 29973 - Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad	83
2.2.3. Plan de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad 2009-2018	87
2.2.4. Acuerdo Nacional	89
2.2.5. Políticas Nacionales de Obligatorio Cumplimiento	89
2.2.6. Presupuesto por Resultados en materia de discapacidad	90
2.3. Barreras asociadas a la interdicción y a la curatela en relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú	92
2.3.1. Régimen de interdicción o declaratoria de incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú	94
2.3.2. Curatela como institución de protección y representación de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú	97
2.3.3. Efectos jurídicos de la interdicción y de la curatela en la vida de las personas con discapacidad mental e intelectual en Perú: sustitución en la toma de decisiones y restricción de derechos que requieren el reconocimiento previo de su capacidad jurídica	100
2.3.3.1. Internamientos involuntarios e institucionalización	100
2.3.3.2. Condiciones precarias en centros de salud mental y falta de exigencia del consentimiento informado para tratamientos y/o experimentos médicos	105
2.3.3.3. Barreras para ejercer el derecho al voto y para participar en los procesos de toma de decisiones	108
2.3.3.4. Impedimentos para contraer matrimonio, decidir sobre el ejercicio de la sexualidad y fertilidad, ejercer la patria potestad y, otorgar testamentos	111
2.3.3.5. Barreras en el acceso a la justicia para participar en los procesos en cualquier etapa y rol; barreras arquitectónicas y comunicacionales	114
2.3.3.6. Impedimentos para adquirir propiedad, heredar, contratar, controlar los asuntos económicos propios y acceder a crédito financiero	117

<b>Capítulo 3.- Lineamientos para la reforma del Código Civil de 1984 en materia de capacidad jurídica y, para el diseño y la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú</b>	<b>121</b>
3.1. Modelos de atribución de incapacidad en el Derecho comparado	122
3.1.1. Modelo de atribución por estatus	122
a) Modelo de atribución directa por estatus	123
b) Modelo de atribución indirecta por estatus	125
3.1.2. Modelo basado en los resultados	126
3.1.3. Modelo funcional	127
3.2. Lineamientos para la reforma del Código Civil peruano de 1984	130
3.2.1. Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual: derogación de su régimen de incapacitación y del proceso de interdicción	132
a) Derogación del régimen de incapacitación para las personas con discapacidad mental e intelectual	133
b) Derogación del proceso de interdicción para las personas con discapacidad mental e intelectual	136
3.2.2. Derogación del régimen de curatela para las personas con discapacidad mental e intelectual: La asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica como medida temporal durante el periodo de transición y como medida excepcional en un sistema de apoyos	139
3.2.3. Reforma de las normas que vulneran la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y, el ejercicio de otros derechos fundamentales	143
a) Sobre libertad personal y, vida independiente e inclusión en la comunidad	143
b) Sobre integridad personal y, protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes	144
c) Sobre participación en la vida política y pública	145
d) Sobre el respeto del hogar y la familia	146
e) Sobre el acceso a la justicia	148
f) Sobre el derecho a adquirir propiedad, heredar, contratar, controlar los asuntos económicos propios y, acceder a crédito financiero	151
3.3. Lineamientos para el diseño y la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú: una tarea pendiente en la política pública en materia de discapacidad	153

3.3.1. Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: sistema de apoyos como herramienta de promoción de autonomía para tomar decisiones en todos los ámbitos	154
3.3.2. Establecimiento de tres niveles de apoyo de acuerdo al tipo de discapacidad y/o a las circunstancias de cada persona	157
a) Apoyo mínimo	158
b) Apoyo en la toma de decisiones	158
c) Asistencia en la toma de decisiones	161
3.3.3. Salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos	163
a) Respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad así como que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida, en relación a la medida de apoyo adoptada	163
b) Proporcionalidad entre la medida de apoyo adoptada y el grado de afectación de los derechos e intereses de la persona con discapacidad	164
c) Aplicación de la medida de apoyo en el plazo más corto posible y sujeción a evaluación multidisciplinaria y periódica	165
<b>CONCLUSIONES</b>	168
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	179

## INTRODUCCIÓN

*“La única persona que estás destinada a ser es la persona que tú decides ser”<sup>1</sup>*

Ralph Waldon Emerson

¿Pueden las personas con discapacidad mental e intelectual<sup>2</sup> tomar decisiones por sí mismas en todos los ámbitos de su vida, sea de carácter personal o patrimonial? Probablemente la respuesta de un sector mayoritario de la población es no, lo que se explica por los prejuicios y estereotipos de la sociedad que equipara discapacidad con incapacidad. Ello genera barreras no sólo de tipo social y actitudinal sino también barreras legales que encontramos en gran parte de las legislaciones civiles de Iberoamérica, incluyendo Perú<sup>3</sup>. En este contexto es que tenemos a personas en el país que son declaradas incapaces mediante un proceso de interdicción y sujetas a una curatela para que una tercera persona las sustituya en la toma de sus decisiones. Esta situación restringe el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual generando discriminación y exclusión hacia este sector de la población.

De acuerdo a la OMS<sup>4</sup>, existen más de mil millones de personas con discapacidad, lo que constituye alrededor del 15% de la población mundial. En el Perú, según lo reportado por la

<sup>1</sup> Traducción propia del original *“The only person you are destined to become is the person you decide to be”*.

<sup>2</sup> Para efectos de esta tesis, el análisis se centra en las personas con discapacidad mental e intelectual puesto que como se demostrará son quienes mayores barreras enfrentan para ejercer su capacidad jurídica. Cabe resaltar que se ha adoptado la clasificación de la propia CDPD que señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (artículo 1º). En este sentido, por ejemplo, las personas con síndrome Down que enfrentan barreras legales, actitudinales y/o sociales son consideradas como personas con discapacidad intelectual y; las personas con síndrome de Asperger o esquizofrenia que enfrentan estas mismas barreras son consideradas como personas con discapacidad mental. En ambos casos estas barreras impiden su participación en la sociedad.

<sup>3</sup> Al respecto, se recomienda revisar los documentos del proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre capacidad jurídica de la CDPD a nivel local” de la Red CDPD que analiza las normas vigentes en colisión con el paradigma del artículo 12º de la CDPD, así como la formulación de propuestas de reforma para adecuar los ordenamientos jurídicos de España, Argentina, Brasil, México, Colombia y Perú, a los principios generales de la CDPD. Para mayor información sobre el trabajo de la Red CDPD se puede consultar: <http://redcdpd.net/>. Consulta: 27 de febrero de 2014.

<sup>4</sup> OMS Y BANCO MUNDIAL. *Informe Mundial sobre la Discapacidad en el Mundo*. Malta, 2011. Disponible en: [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/es/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/). Consulta: 1 de setiembre de 2013.

ENEDIS<sup>5</sup>, existen 1'575 402 personas con discapacidad, lo que equivale al 5.2% de la población nacional. De esta cifra, el 32.1% de personas tiene limitaciones intelectuales y el 18.8% de personas tiene limitaciones para relacionarse con los demás (psicosociales o mentales). De igual manera, resulta pertinente mencionar que según el Banco Mundial<sup>6</sup>, ocho de cada diez personas con discapacidad viven en situación de pobreza y exclusión de servicios públicos y derechos fundamentales. En este sentido, se puede afirmar que las personas con discapacidad son un grupo en situación de vulnerabilidad, lo que se intensifica en relación a las personas con discapacidad mental e intelectual, colectivo históricamente invisibilizado, discriminado y excluido.

En este contexto y a efectos de comprender mejor los conceptos de discapacidad y capacidad jurídica que están en constante evolución, así como la respuesta del Estado y de la sociedad frente a las personas con discapacidad, es importante conocer los modelos de tratamiento de la discapacidad<sup>7</sup> que distingue Agustina Palacios<sup>8</sup> a lo largo de la historia y que en algunos ámbitos coexisten (en mayor o menor medida) en el Derecho internacional y en el ordenamiento jurídico peruano.

En primer lugar, el modelo de prescindencia en el que la discapacidad se percibe como un castigo divino y las personas con discapacidad son consideradas como una carga social

---

<sup>5</sup> INEI. *Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad 2012*. Sus resultados se encuentran disponibles en: <http://www.inei.gob.pe/estadisticas/encuestas/>. Consulta: 20 de agosto de 2013.

<sup>6</sup> Según el Banco Mundial, el 82% de las personas con discapacidad en América Latina y el Caribe viven bajo la línea de pobreza. Fuente: NAVERGOI, Mariela y BOTTINELLI, María Marcela. *Discapacidad, pobreza y sus abordajes. Revisión de la estrategia de rehabilitación basada en la comunidad*. Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires. Año. 2006. Volumen XIV. p. 160.

<sup>7</sup> Existen otras clasificaciones como la del IIDH que reconoce cuatro paradigmas de abordaje de la discapacidad: el tradicional que incluye las prácticas de exterminio de la época romana y la segregación de la Edad Media hacia las personas con discapacidad por considerarlas anormales; el biológico que centra el problema en la persona y sus deficiencias; el social que reconoce la influencia de las barreras del entorno y, el de derechos humanos que reconoce a la discapacidad como intrínseca a la condición humana y supone una valoración positiva de la misma. Véase: IIDH. *Derechos de las personas con discapacidad. Módulo 6*. San José, 2008, pp. 7-13. Además, otro sector de la doctrina alude al modelo de la diversidad que comparte el enfoque de derechos humanos y la visión del modelo social aunque añade que la diversidad funcional no tiene que ser considerada siempre como un mal o una limitación. Véase: ROMANACH, J. y Agustina PALACIOS. *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Madrid, Diversitas, 2006. No obstante, en esta tesis adoptaremos la clasificación de los tres modelos propuestos por Agustina Palacios que es la de mayor aceptación en la doctrina.

<sup>8</sup> Véase: PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, CINCA, 2008.

innecesaria. Por tanto, la sociedad y el Estado prescinden de estas personas, aplicando políticas eugenésicas como sucedió en Atenas o Esparta o, excluyéndolas de la vida social como aconteció en la Edad Media. En el Perú, aún existen rezagos de este modelo, por ejemplo, el abandono de muchas personas con discapacidad mental en instituciones de salud mental<sup>9</sup> (incorrectamente llamados manicomios). Asimismo, el artículo 120° del Código Penal<sup>10</sup> que dispone una pena menor para el aborto eugenésico en relación a otros abortos supone una valoración menor por la vida de un feto con discapacidad.

En segundo lugar, el modelo médico rehabilitador centra la discapacidad en las deficiencias de las personas e implica un modelo de sustitución en la toma de decisiones al asumir que estas deficiencias impiden a la persona decidir por sí mismas. Por ello, se busca la rehabilitación que inadecuadamente se asocia con la idea de normalizar a las personas con discapacidad. Ello refuerza los estereotipos y la equiparación de discapacidad con incapacidad. Por ejemplo, la derogada Ley N° 27050 - Ley General de la Persona con Discapacidad definía a las personas con discapacidad exclusivamente en base a sus deficiencias por lo que suponía la disminución o ausencia de capacidad para realizar actividades dentro de los márgenes normales (artículo 2°). De igual manera, las Teletones en las que se resalta la discapacidad desde la caridad o el enfoque médico conlleva a centralizar la demanda de esta población en la rehabilitación. Finalmente, la interdicción y la curatela reguladas en el Código Civil peruano<sup>11</sup> son rezagos del modelo médico puesto que apuntan a la sustitución en la toma de decisiones.

---

<sup>9</sup> Sobre este tema se recomienda revisar: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 140. Salud Mental y Derechos Humanos: Supervisión de la política, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables*. Lima, 2009.

<sup>10</sup> Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, publicado el 8 de abril de 1991 en el Diario Oficial El Peruano. El artículo 120° del Código Penal establece que: “El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio [...]

2. *Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico*” [las cursivas son nuestras].

<sup>11</sup> Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295, publicado el 25 de julio de 1984 en el Diario Oficial El Peruano. Entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984. Sobre los efectos jurídicos de la interdicción y de la curatela se profundizará en el segundo capítulo de la tesis.

En tercer lugar, el modelo social que tiene su origen en las décadas de 1960 y 1970, con énfasis en Estados Unidos y Reino Unido, considera que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, enfocada en las barreras del entorno y no en la persona. En este sentido, la CDPD<sup>12</sup>, primer tratado de derechos humanos del siglo XXI refiere en su artículo 1° que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Esta definición es abierta pues como se ha mencionado la discapacidad es un concepto en evolución.

En la misma línea, Agustina Palacios<sup>13</sup> siguiendo a la CDPD sostiene que la discapacidad es resultado de la interacción de las deficiencias de una persona (físicas, sensoriales, mentales o intelectuales) y de las barreras del entorno (físicas, sociales, comunicacionales, económicas y culturales) que impiden la participación plena de las personas con discapacidad en la sociedad. Por ejemplo, la imposibilidad de ver es una deficiencia, pero, la imposibilidad de escribir o leer porque no se cuenta con el método de escritura y lectura táctil Braille es una discapacidad. Por tanto, en el modelo social, la diferencia es valorada como parte de la diversidad humana.

---

<sup>12</sup> Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución A/61/611 del 13 de diciembre del 2006. Ratificada por Perú al igual que su Protocolo Facultativo mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE, publicado el 31 de diciembre del 2007 en el Diario Oficial El Peruano, siendo uno de los diez primeros Estados en ratificarla. Entró en vigencia el 3 de mayo del 2008. A la fecha, son 130 Estados que han ratificado la CDPD. Véase: <http://www.un.org/disabilities/documents/maps/enablemap.jpg>. Consulta: 28 de febrero de 2014. Cabe recordar que el Perú ha adoptado el sistema monista porque incorpora el tratado directamente, con su sola ratificación o adhesión. En este sentido, el artículo 3° de la Ley N° 26647 dispone que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al Derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales. Además, el artículo 55° de la Constitución afirma que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional. En esta lógica, el TC a propósito de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución ha dispuesto que “los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55° de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”. TC. *Sentencia Exp. N° 047-2004-AI-TC*, de fecha 24 de abril de 2006 (fundamento jurídico 22). Por tanto, la CDPD es un tratado con rango constitucional y parte del Derecho interno.

<sup>13</sup> PALACIOS, Agustina. *Óp. Cit.* p. 349.

A nivel de los instrumentos del Derecho internacional<sup>14</sup> es relevante identificar tres momentos sobre la materia de análisis. Primero, una cierta invisibilización de las personas con discapacidad. Por ejemplo, en la DUDH<sup>15</sup>, el PIDCP<sup>16</sup>, el PIDESC<sup>17</sup>, la DADDH<sup>18</sup> y la CADH<sup>19</sup>. En un segundo momento se refleja la visión del modelo médico rehabilitador, destacando normas de *soft law*<sup>20</sup> como la Declaración de los derechos del retrasado mental<sup>21</sup>, la Declaración de los derechos de los impedidos<sup>22</sup>, el Programa de acción mundial para los impedidos<sup>23</sup>, los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental<sup>24</sup>. Por último, como parte del fortalecimiento del modelo social, es preciso mencionar las “Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”<sup>25</sup>, la CIF<sup>26</sup> de la OMS, la Declaración de Caracas<sup>27</sup>, la Declaración

<sup>14</sup> Esta revisión es importante porque como afirma Cançado Trindade, “los instrumentos internacionales de derechos humanos en general forman un *corpus* de reglas bastante complejo, distintas en cuanto a sus orígenes, a su contenido, a sus efectos jurídicos, a su ámbito de aplicación, a sus destinatarios o beneficiarios, a su ejercicio de funciones y a sus técnicas de control y supervisión”. Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio. “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Evolución, estado actual y perspectivas”. En: *Derecho internacional y derechos humanos*. San José, IIDH, 2005, p. 49.

<sup>15</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

<sup>16</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

<sup>17</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

<sup>18</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948.

<sup>19</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, tras la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978. Sin embargo, el Protocolo de San Salvador reconoce que “toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad” (artículo 18°).

<sup>20</sup> Si bien los instrumentos internacionales con carácter de *soft law* (declaraciones, recomendaciones o directrices) no son jurídicamente vinculantes, tanto la CDPD como la CIADDIS reconocen su importancia en sus preámbulos. Por tanto, a decir de Vaughan, “a pesar de la ausencia de fuerza intrínseca, los instrumentos de *soft law* despliegan efectos jurídicos”. Incluso existen tratados que llegan a incorporar estas disposiciones. Cfr. VAUGHAN LOWE, Alan. *International Law*. New York, Oxford University Press, 2007, p. 96.

<sup>21</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2856 (XXVI), el 20 de diciembre de 1971.

<sup>22</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3447 (XXX), el 9 de diciembre de 1975.

<sup>23</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 37/52, el 3 de diciembre de 1982.

<sup>24</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 46/119, el 17 de noviembre de 1991.

<sup>25</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 48/96, el 20 de diciembre de 1993. Introduce la denominación de “personas con discapacidad” para este colectivo e incide en que es un grupo que requiere mayor participación en diferentes ámbitos.

<sup>26</sup> Aprobada por OMS mediante Resolución WHA 54.21, el 22 de mayo de 2001. Señaló que la discapacidad abarca las deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones para la participación. Por tanto, si bien supera en cierta medida a la CIDDM al reconocer la importancia del entorno social, parte de la circunstancia individual de la persona antes que del entorno. Además, incorpora un enfoque de derechos humanos e inclusión social. Previamente la CIDDM, adoptada por OMS en 1980 y bajo un enfoque médico, distinguió tres conceptos: “deficiencia” como cualquier pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; discapacidad como cualquier restricción o inhabilidad para llevar a cabo una actividad de manera normal; “minusvalía” como situación desventajosa, producto de una deficiencia o discapacidad.

de Montreal sobre la discapacidad intelectual<sup>28</sup> y, la CIADDIS<sup>29</sup> que a pesar de reconocer a las barreras del entorno como parte del concepto de discapacidad, comparte rasgos del modelo médico pues en el texto se admite la interdicción como no discriminatoria. No obstante, sin duda la CDPD es el tratado que consolida el modelo social.

Precisamente, en cuanto a las obligaciones<sup>30</sup> de Perú como Estado parte de la CDPD (artículo 4°), cabe mencionar en primer lugar una obligación de respetar, que se traduce en la abstención de prácticas incompatibles con la CDPD; la modificación o derogación de leyes, costumbres y prácticas discriminatorias<sup>31</sup>; la consulta y colaboración activa con las personas con discapacidad en la elaboración y, aplicación de legislación y políticas que les conciernen. En segundo lugar, la obligación de proteger, que implica adoptar medidas para que no se discrimine por motivos de discapacidad. En tercer lugar, la obligación de cumplir, que supone adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, asignando los recursos necesarios; tener en cuenta en todas las políticas y programas, la protección y promoción de sus derechos; capacitar personal de la administración pública y la administración de justicia sobre derechos de las personas con discapacidad y, desarrollar investigación e información estadística sobre la materia.

Un aspecto fundamental de la CDPD es el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluyendo a las personas con discapacidad mental e intelectual. Al

---

<sup>27</sup> Adoptada en la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, el 14 de noviembre de 1990. Destaca la importancia de la atención de la salud mental desde un enfoque comunitario.

<sup>28</sup> Adoptada en la Conferencia de la OMS y OPS sobre la materia, el 6 de octubre del 2004. Es un aporte en la lucha contra la discriminación hacia las personas con discapacidad intelectual y reconoce su derecho a tomar sus propias decisiones.

<sup>29</sup> Aprobada mediante Resolución de la Asamblea General de la OEA 1608 (XXIX-O/99), el 7 de junio de 1999. Aprobada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 27484 del 15 de junio de 2001. Entrada en vigor para Perú: 29 de setiembre de 2001.

<sup>30</sup> Sobre las obligaciones de los Estados en relación a los compromisos adoptados en tratados de los que son parte, véase: Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969.

<sup>31</sup> En este marco, es pertinente señalar que mientras que el mandato de no discriminación es una norma *self executing*, la implementación de un sistema de apoyos requiere de una norma programática. Para diferenciar normas de Derecho internacional autoaplicativas (*self executing*) que no requieren otras normas para ser aplicadas internamente y las normas no autoaplicativas o de naturaleza programática (*non self executing*), véase: SAGUÉS, Néstor P. "Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al Derecho interno". En: *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, IIDH, 1998. Consulta: 16 de setiembre de 2013.

respecto, es importante señalar que conforme al artículo 12° de la CDPD, ello supone:

- 1) Reconocimiento de la personalidad jurídica;
- 2) Capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida;
- 3) Acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica;
- 4) Salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos en relación a las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica;
- 5) Garantía del derecho a ser propietarias, heredar, controlar sus propios asuntos económicos y acceso a créditos financieros, en igualdad de condiciones.

En este contexto, la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual se refleja en barreras y/o prácticas que vulneran la autonomía y otros derechos que requieren el reconocimiento previo de la capacidad jurídica para ser ejercidos.

En relación a la autonomía, Rafael De Asís nos refiere que “se presenta como una facultad asociada a la idea de ser humano. En el ámbito jurídico, es la principal manifestación de la libertad y la fuente desde la que se construyen los derechos y las obligaciones. En el discurso de los derechos humanos, la autonomía es uno de los presupuestos de los derechos, al asociarse a la propia concepción del ser humano”<sup>32</sup>. Por ello, la importancia de la autonomía en materia del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

A propósito de este asunto, el Comité CDPD<sup>33</sup> ha manifestado su preocupación por los efectos jurídicos de la interdicción y de la curatela en los países donde operan estas figuras. Por ejemplo, en Perú se afecta principalmente los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual. Así, los internamientos involuntarios y la institucionalización violan su libertad personal y, su derecho a la vida independiente e inclusión en la sociedad. Las condiciones precarias en centros de salud mental y, el sometimiento a tratamientos médicos

<sup>32</sup> DE ASÍS, Rafael. *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid, Editorial Dykinson, 2013, p. 39.

<sup>33</sup> COMITÉ CDPD. *Observaciones Finales sobre el informe de Perú*, aprobadas el 20 de abril de 2012. COMITÉ CDPD/C/PER/CO/1, párr. 22-45. Disponible en: <http://acnudh.org/2012/05/comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-crpd-peru-2012/>. Consulta: 28 de febrero de 2014. Para revisar este documento y otros en relación a los informes periódicos presentados por los distintos Estados parte de la CDPD, se puede consultar: <http://www.ohchr.org/sp/HRbodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>. Consulta: 16 de setiembre de 2013.

sin consentimiento libre e informado vulnera su integridad personal y la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. De igual modo, existen barreras para votar, lo que limita su participación en la vida política y pública; impedimentos para contraer matrimonio, ejercer la patria potestad, otorgar testamentos y, para ejercer su autodeterminación sexual y reproductiva; barreras para participar en los procesos y de tipo comunicacional que afectan su acceso a la justicia así como impedimentos para adquirir propiedad y heredar, controlar los asuntos económicos propios y acceder a créditos financieros.

En este contexto, el Comité CDPD<sup>34</sup> ha exhortado al Estado peruano a realizar una reforma del Código Civil que garantice el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad y la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias. Ciertamente en los últimos años se han dado avances en la lucha de los derechos de las personas con discapacidad en Perú pero aún existen desafíos en relación a nuestra legislación, política pública y en la valoración de la sociedad hacia este colectivo. En el ámbito normativo destaca la Ley N° 29973- Nueva Ley General de las Personas con Discapacidad<sup>35</sup>, norma que adopta en general el modelo social y los estándares de la CDPD. Sin embargo, requiere mayor difusión y está pendiente la publicación de su reglamento<sup>36</sup> así como la reforma del Código Civil en materia de capacidad jurídica. Esta demora demuestra la falta de voluntad política para abordar este tema en el marco de una legislación civil que presume la incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual, conforme a los artículos 43° y 44° del Código Civil.

---

<sup>34</sup> *Ibidem.*

<sup>35</sup> Publicada el 24 de diciembre de 2012 en el Diario Oficial El Peruano y que deroga la Ley N° 27050 – Ley General de las Personas con Discapacidad de 1999 que adoptaba en general el modelo médico rehabilitador. Esta nueva norma es producto de una iniciativa ciudadana que contó con más de 120 mil firmas y con alto grado de participación de las personas con discapacidad.

<sup>36</sup> Es importante acotar que el 30 de enero de 2014 el Consejo de Ministros aprobó por unanimidad la reglamentación de la Ley N° 29973 - Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad. Sin embargo, a la fecha no se publicó el texto en el Diario Oficial El Peruano.

Cabe señalar que recientemente se ha instalado la Comisión Especial Revisora del Código Civil<sup>37</sup> a fin de formular un anteproyecto de ley de reforma de este cuerpo normativo y demás normas para adecuar la legislación nacional a lo dispuesto por la CDPD. Ello en la línea de lo sostenido por Elizabeth Salmón<sup>38</sup> que señala que el Derecho internacional debe prevalecer por encima del Derecho interno por lo que las obligaciones internacionales de Perú como Estado parte de la CDPD no pueden ser eludidas invocando normas de Derecho interno. En efecto, a pesar del compromiso asumido por el Estado peruano al ratificar este tratado y de la Ley N° 29973, el Código Civil constituye un obstáculo en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Precisamente, el aporte de esta tesis es proponer lineamientos para la reforma del Código Civil en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad que faciliten el diseño e implementación de un sistema de apoyos, en el marco de la obligación del Estado peruano de garantizar el acceso a estas medidas y, cuyo incumplimiento perpetúa la vigencia del modelo de sustitución en la toma de decisiones. En efecto, las figuras de la interdicción y la curatela no sólo vulneran el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual sino que también les impide el ejercicio de otros derechos fundamentales. Esta situación refuerza los estereotipos y, en última instancia discrimina y excluye más a este sector de la población.

El presente trabajo se ha estructurado en tres capítulos. El primero busca conceptualizar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual desde el

---

<sup>37</sup> A fin de dar cumplimiento a la Ley N° 30121, que modifica la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N°29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, se instaló el 12 de febrero de 2014, la Comisión Especial Revisora del Código Civil, presidida por el congresista Jhon Reynaga Soto. Esta Comisión está integrada por: Dos representantes del Congreso de la República; un representante del Poder Judicial; un representante de las universidades que tengan facultades de Derecho (la PUCP ha sido elegida para este rol); un representante de la Defensoría del Pueblo, un representante del RENIEC y tres representantes de las organizaciones de las personas con discapacidad inscritas en el Registro del CONADIS.

<sup>38</sup> SALMÓN, Elizabeth. "Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución". En: *Pensamiento Constitucional*, Lima, año IX, N° 9, 2003, p. 151. Así también lo dispone el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el que se afirma que las obligaciones internacionales no pueden ser eludidas por un Estado invocando normas de Derecho interno.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, se analizará el artículo 12° de la CDPD en el marco del modelo social mostrando las diferencias entre los conceptos de personalidad y capacidad jurídica, así como su impacto en el ejercicio de otros derechos fundamentales.

El segundo capítulo tiene como objetivo mostrar la discriminación y exclusión de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú, incidiendo en la falta de ejercicio de su capacidad jurídica. Para ello se identificarán los perfiles sociodemográficos de este grupo; se evaluarán los instrumentos de la política pública en la materia y; se analizarán los efectos jurídicos de la interdicción y de la curatela, es decir, las barreras existentes en relación al ejercicio de la capacidad jurídica y de otros derechos fundamentales que requieren de su previo reconocimiento para ser ejercidos.

Por último, el tercer capítulo busca elaborar lineamientos para una propuesta de reforma del Código Civil en materia de capacidad jurídica que permita la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú, con la finalidad de dar plena efectividad al artículo 12° de la CDPD. En esta línea, previamente se evaluarán los modelos de atribución de incapacidad en el Derecho comparado. Entre los lineamientos de reforma del Código Civil destaca la derogación de la interdicción y del régimen de curatela para personas con discapacidad mental e intelectual así como la revisión de otras normas del Código Civil y de otros cuerpos normativos que limitan el ejercicio de sus derechos.

En cuanto a la metodología empleada, se utilizará una triple aproximación, idónea para comprender el Derecho internacional según Pastor Ridruejo<sup>39</sup>: el enfoque jurídico que nos permitirá realizar un estudio sistemático y comparativo a partir de la doctrina, jurisprudencia internacional y nacional, Derecho comparado y, pronunciamientos de los órganos de protección de los derechos humanos. De igual manera, el enfoque axiológico nos permitirá estudiar la

---

<sup>39</sup> PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Novena Edición. Madrid, Editorial Tecnós, 2003, p. 28.

fundamentación, los valores y principios que protegen los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual. Por último, el enfoque histórico – sociológico nos permitirá mantener el vínculo entre lo dispuesto por el Derecho internacional, a partir de la CDPD, con la realidad que se busca regular que es la de una “sociedad discapacitante”<sup>40</sup> y que a través de su legislación civil presume la incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Finalmente, quisiera agradecer a Renata Bregaglio, amiga y asesora comprometida en la investigación y lucha por los derechos de las personas con discapacidad, quien me permitió participar en los inicios de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP y, me ha orientado de manera acertada en este importante proceso de elaboración de tesis. De igual manera, agradezco a la Dra. Elizabeth Salmón, maestra que me brindó la oportunidad de ser parte del IDEHPUCP que en definitiva ha marcado mi formación personal y profesional. En este sentido, el proyecto principal que tenía asignado me permitió ser una de las investigadoras del equipo peruano en la Red CDPD, experiencia que me motivó a plantear el tema de esta tesis.

---

<sup>40</sup> DE LORENZO, Rafael y Agustina PALACIOS. “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”. En: LAORDEN, Javier (dir.). *Los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid, Lerdo, p. 6.

## Capítulo 1.- El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El primer capítulo de la tesis tiene como objetivo conceptualizar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual a la luz de lo dispuesto en el artículo 12° de la CDPD, tratado en vigencia desde el 3 de mayo de 2008 y que ha revolucionado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>41</sup>. Precisamente uno de los mayores desafíos que plantea la CDPD es el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, que son los grupos más excluidos dentro del colectivo heterogéneo de personas con discapacidad. Esta situación de exclusión, no solo se debe a los prejuicios y estereotipos arraigados en la sociedad en relación a estas personas sino también a las barreras impuestas por legislaciones civiles que al considerar a estas personas como incapaces, han adoptado sistemas de sustitución en la toma de decisiones.

Este capítulo es dividido en tres subcapítulos a partir de la deconstrucción del concepto de capacidad jurídica en la CDPD. En primer lugar, se analizará el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, derecho protegido en el artículo 12° inciso 1 de la CDPD y que forma parte del núcleo duro de derechos humanos. En el segundo subcapítulo, se evaluará la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, amparada en el artículo 12° inciso 2 del mismo tratado. Para ello, se desarrollará el contenido

---

<sup>41</sup> No sólo por el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad sino por otros aspectos. Por ejemplo, existe un debate abierto en relación a si la CDPD reconoce o no nuevos derechos. En este sentido, un sector de la doctrina como Rafael De Asís considera que sí se reconocen derechos específicos como el de accesibilidad universal. Véase: DE ASÍS, Rafael y otros. *La accesibilidad universal en el Derecho*. En: Cuadernos Bartolomé de las Casas. N° 42. Madrid: Dykinson, 2007. Capítulo II. Además, según Luis Fernando Astorga, uno de estos nuevos derechos sería el de la rehabilitación. Véase: ASTORGA, Luis Fernando. "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo." En: *Revista CEJIL*, año III, N° 4, diciembre de 2008, p. 139. Sin embargo, otro sector, entre los que se incluye el ACNUDH, ha precisado que la CDPD no crea ningún derecho nuevo sino que expresa los derechos existentes en una forma que atiende a las necesidades y a la situación específica de las personas con discapacidad, postura que compartimos. Cfr. ACNUDH. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad*. Documento A/HRC/4/75, de fecha 17 de enero de 2007. párr.19.

de los principales derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual que requieren del previo reconocimiento de su capacidad jurídica para ser ejercidos: libertad personal, vida independiente e inclusión en la comunidad; integridad personal, protección contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; participación en la vida política y pública; respeto del hogar y la familia; acceso a la justicia y; la capacidad jurídica en igualdad de condiciones en materia de asuntos económicos, reconocida expresamente en el artículo 12° inciso 5 de la CDPD. En el último subcapítulo, se analizarán las principales características de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica así como de las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de los apoyos, conforme a lo dispuesto en el artículo 12° incisos 3 y 4 de la CDPD.

### **1.1. Reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual**

La personalidad jurídica es un derecho reconocido en distintos instrumentos de todos los sistemas internacionales de protección de derechos humanos<sup>42</sup>, entre los que destaca el artículo 16° del PIDCP, norma considerada como un modelo seguido por el artículo 12° inciso 1 de la CDPD por su redacción similar. En efecto, mientras que el artículo 16° del PIDCP dispone que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; el artículo 12° inciso 1 de la CDPD establece que “los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

---

<sup>42</sup> En el ámbito universal, el artículo 16° del PIDCP establece que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. También este derecho está reconocido en el artículo 6° de la DUDH que tiene la misma redacción del artículo 16° del PIDCP. En el sistema interamericano, el artículo 3° de la CADH señala que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Además, este derecho está reconocido en el artículo XVII de la DADDH: “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”. En el sistema europeo, no se menciona específicamente, pero, el artículo 1° del CEDH estipula que “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título del presente Convenio”. Por último, el artículo 5° de la Carta Africana indica que “Toda persona tiene derecho al respeto de la dignidad inherente a la persona humana y al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Cabe destacar que en la quinta sesión del Comité *Ad Hoc* para la elaboración de la CDPD<sup>43</sup>, el ACNUDH presentó un informe en el que se analizó de manera exhaustiva los términos “personalidad jurídica” y “capacidad jurídica”, utilizados en tratados de derechos humanos y en algunos sistemas nacionales específicos como el de Francia, Reino Unido y el *common law*. En este contexto, se definió la capacidad jurídica como un concepto más amplio que el de personalidad jurídica, compuesto por “la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático) y la capacidad de ejercer dichos derechos o de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico)”<sup>44</sup>. En este sentido, mientras que la personalidad jurídica alude sólo al mencionado elemento estático; la capacidad jurídica engloba tanto al elemento estático como al elemento dinámico.

A propósito del tema materia de análisis, la CADH establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3°). Al respecto, la Corte IDH ha considerado en reiterada jurisprudencia que el contenido propio de este derecho es que se reconozca a la persona:

En cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales [lo cual] implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de [los] derechos y deberes [civiles y fundamentales]<sup>45</sup>.

En base a lo expuesto, se pueden identificar tres aspectos claves en torno al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual:

<sup>43</sup> En 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas crea un Comité *ad hoc* para elaborar la CDPD mediante Resolución A/RES/56/168, de fecha 19 de diciembre de 2001. Una descripción del proceso que llevó a la adopción de la CDPD puede encontrarse en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=23&pid=787>. Consulta: 28 de febrero de 2014.

<sup>44</sup> ACNUDH. *Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la Quinta reunión del Comité Especial de la CDPD, sobre el asunto de la capacidad jurídica*. 2005, p. 13. La reunión se realizó en Nueva York entre el 24 de enero y el 4 de febrero 2005. El informe oficial y en idioma original puede ser consultado en: [www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc](http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc). Consulta: 10 de junio de 2013.

<sup>45</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de setiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 87; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 166; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de setiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 176; entre otros.

### a) Igual reconocimiento como persona ante la ley

Este derecho pertenece a todas las personas - mujeres y hombres, niños y niñas, ciudadanos y ciudadanas, extranjeros, apátridas, personas con discapacidad, entre otros - desde el nacimiento y se pierde sólo con la muerte. Por tanto, todas las personas con discapacidad mental e intelectual tienen derecho a un igual reconocimiento como persona ante la ley.

En este sentido, coincidimos con Fernando Volio<sup>46</sup> y Patricia Cuenca<sup>47</sup> quienes sostienen que es una reafirmación en el marco del principio de la dignidad humana y, no de una concesión de un derecho porque reconoce una situación jurídica preexistente con el objeto de reforzarla.

### b) Capacidad de ser titular de derechos y obligaciones

La Corte IDH<sup>48</sup> ha señalado que el derecho a la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de derechos. Por tanto, implica el reconocimiento de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones por lo que la violación de aquel reconocimiento hace a la persona vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido de este derecho se refiere al correlativo deber del Estado de procurar los medios y condiciones para que la personalidad jurídica pueda ser ejercida libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho. Por ejemplo, una afectación del reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental es la denegación de documentos de identidad<sup>49</sup> en centros de salud mental porque mantiene a estas

<sup>46</sup> Cfr. VOLIO, Fernando. "Legal Personality, Privacy, and the Family", en L. Henkin (Ed.) *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*. Columbia University Press, 1981, p. 188.

<sup>47</sup> Cfr. CUENCA, Patricia. *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del artículo 12° de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, 2010, p. 13.

<sup>48</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de setiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 88; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 188 y 189; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de setiembre de 2005. Serie C No. 130. párr. 176; entre otros.

<sup>49</sup> Sobre el particular, se afirma que "cualquier práctica o ley por la cual la persona con discapacidad no es registrada al nacer o se le niega un documento de identidad o es descalificado de heredar la propiedad, violará el

personas en un limbo legal en el que, si bien existen y están en un determinado contexto social, su existencia misma no es jurídicamente reconocida por el Estado.

En consecuencia, se puede afirmar que el reconocimiento de la personalidad jurídica es condición *sine qua non* para el goce y ejercicio de todos los derechos. En esta línea, coincidimos con Francisco Bariffi cuando señala que “la condición de persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, y la capacidad jurídica, es la puerta de acceso al ejercicio de los mismos”<sup>50</sup>. Precisamente, resulta pertinente enfatizar la distinción entre la capacidad de ser titular de derechos y deberes (personalidad jurídica amparada en el artículo 12 inciso 1 de la CDPD) y, la capacidad de ser titular de derechos y deberes y de poder ejercerlos (capacidad jurídica amparada en el artículo 12° inciso 2 de la CDPD), lo que se abordará con mayor profundidad más adelante.

### **c) Reconocimiento a la personalidad jurídica como parte del núcleo duro de derechos humanos**

La denominación de núcleo duro de derechos humanos se refiere a algunos derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia, un mínimo irreducible en la protección de la persona. En este sentido, como señala Elizabeth Salmón, “las disposiciones no derogables de derechos humanos, recogidas en los diversos tratados y que conforman el núcleo duro de estos derechos, no pueden ser materia de suspensión”<sup>51</sup>.

En efecto, existen disposiciones en tratados de derechos humanos que especifican estos derechos. Por ejemplo, el artículo 4° inciso 2 del PIDCP establece que la personalidad jurídica es uno de los derechos que no puede ser suspendido en “situaciones excepcionales que

---

artículo 12° de la CDPD”. En: DHANDA, Amita. *Legal capacity in the CRPD*. India: Centre for Disability Studies NALSAR, University of Law, p. 13.

<sup>50</sup> BARIFFI, Francisco. “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”. En: *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*. PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 357.

<sup>51</sup> SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012, p. 72.

pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”<sup>52</sup>. De manera similar, el artículo 27° inciso 2 de la CADH dispone que no se autoriza la suspensión de determinados derechos como la personalidad jurídica “en caso de guerra, de peligro público o de cualquier otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”<sup>53</sup>.

En otras palabras, el reconocimiento a la personalidad jurídica es parte del conjunto de derechos que conforman el núcleo duro de derechos humanos. Por tanto, la personalidad jurídica es una condición inherente que no está sujeta a ninguna restricción, a diferencia de la capacidad jurídica que, como veremos, es una aptitud que puede estar sujeta a requisitos como el de la mayoría de edad.

## **1.2. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida**

El artículo 12° inciso 2 de la CDPD establece que “los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. En este marco, la CDPD es un punto de quiebre para el tema de esta tesis pues como sostiene Francisco Bariffi, “garantizar la igualdad en el ámbito

<sup>52</sup> Artículo 4° del PIDCP:

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18 [...]”. El artículo 16 es el que se refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica.

<sup>53</sup> Artículo 27° de la CADH:

“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos [...]”.

de la capacidad jurídica constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta esta Convención”<sup>54</sup>.

Siguiendo a Agustina Palacios<sup>55</sup>, es interesante mencionar que precisamente los primeros debates en el proceso de elaboración del artículo 12° de la CDPD se relacionaron con el significado del término capacidad jurídica y con la adopción del modelo que regiría en este ámbito. Ello se ha evidenciado en las disputas entre las distintas delegaciones de los Estados en las reuniones preparatorias a la adopción del texto final de la CDPD y en las legislaciones civiles de los países que continúan adoptando un sistema de sustitución en la toma de decisiones en lugar de un régimen de apoyo como lo dispone la misma CDPD.

En relación al concepto de capacidad jurídica, el ACNUDH<sup>56</sup> realizó un análisis desde tres perspectivas. En relación al Derecho internacional concluyó que teniendo como antecedente al artículo 15° inciso 2 de la CEDAW<sup>57</sup> se debe entender que capacidad jurídica incluye capacidad para obrar. Respecto al Derecho comparado, se analizó la figura de la *personnalité juridique* y de *legal capacity* en Francia y Reino Unido, respectivamente y que incorpora la capacidad de goce como de ejercicio, así como, la figura en el Derecho español en el que parece solo referirse a capacidad de goce. En efecto, como sostiene Rafael De Asís, “la capacidad jurídica va unida a la consideración como persona y, la capacidad de obrar implica poseer otra serie de rasgos entre los que destaca la capacidad de realizar actos conscientes,

<sup>54</sup> BARRIFFI, Francisco. *Óp. Cit.*, p. 356.

<sup>55</sup> Véase: PALACIOS, Agustina. “Reinterpretando la capacidad jurídica desde los derechos humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. En: BARRIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2011, pp. 201 a 236.

<sup>56</sup> ACNUDH. *Óp. Cit.*, párr. 16-36.

<sup>57</sup> Artículo 15° CEDAW:

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. *Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales).*
3. Los Estados Partes convienen en que *todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.*
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la *libertad para elegir su residencia y domicilio* [las cursivas son nuestras].

libres y responsables. La ausencia o disminución de esta capacidad conlleva la limitación en el ejercicio de derechos<sup>58</sup>.

En consecuencia, conforme al Derecho Internacional como a gran parte del Derecho comparado, la capacidad jurídica engloba la capacidad de goce o de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático) y la capacidad de ejercicio o de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico). De esta manera, se considera que la capacidad jurídica incluye la capacidad de obrar, es decir, la facultad de una persona de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Asimismo, es importante mencionar que el *International Disability Caucus*<sup>59</sup> que participó activamente en el proceso de elaboración de la CDPD invocó a las delegaciones a adoptar el modelo social y afirmó que la capacidad jurídica es una construcción social ya que históricamente el Derecho se la ha concedido o denegado a diferentes poblaciones en condición de vulnerabilidad. Por ejemplo, las mujeres. Respecto al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica de las mujeres, el Comité DH establece que:

El derecho que enuncia el artículo 16° del PIDCP en el sentido de que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica es particularmente pertinente en el caso de la mujer, que suele verlo vulnerado en razón de su sexo o su estado civil. Este derecho supone que no se puede restringir en razón del estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad de la mujer para ejercer el derecho de propiedad, concertar un contrato o ejercer otros derechos civiles. Supone también que la mujer no puede ser tratada como un objeto que se entrega a su familia junto con la propiedad del marido difunto. Los Estados deben proporcionar información acerca de las leyes o prácticas que impidan que la mujer sea tratada como persona jurídica de pleno derecho o actúe como tal, así como de las medidas adoptadas para erradicar las leyes o prácticas que permitan esa situación<sup>60</sup>.

Este razonamiento resulta aplicable al caso de las personas con discapacidad mental e intelectual puesto que también son un grupo en condición de vulnerabilidad, pero, a quienes se les suele afectar su derecho a la capacidad jurídica por motivo de discapacidad, en lugar de la

<sup>58</sup> DE ASÍS, Rafael. *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid, Dykinson, 2013, p. 40.

<sup>59</sup> Cfr. RED CDPD. *Estudio teórico para la aplicación del artículo 12° de la CDPD*. Presentación ante el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 16 de junio de 2011, pp. 9 y 10. Sobre el *International Disability Caucus*, se puede revisar: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/idc05.htm>. Consulta: 28 de febrero de 2014.

<sup>60</sup> COMITÉ DH. *Observación General N° 28. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3°- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párr.19.

razón de sexo o estado civil. En este sentido, la capacidad jurídica de estas personas no debe restringirse por el prejuicio de que no cuentan con la supuesta sabiduría o prudencia para tomar decisiones pues todos tenemos derecho a equivocarnos. Por el contrario, es un derecho que debe garantizarse conforme al principio del respeto a la dignidad<sup>61</sup>, libertad y autonomía de las personas, amparado en el artículo 3° literal a) de la CDPD. Como señala Peces Barba, “la dignidad humana—referente central del discurso de los derechos— tiene como presupuesto la consideración de los seres humanos como agentes morales, esto es, como sujetos dotados de ciertas capacidades y capaces de orientarlas hacia la elección, elaboración y puesta de marcha de planes y proyectos de vida”. Al respecto, el TEDH ha señalado que “la existencia de una deficiencia mental, incluso si se trata de una muy seria, no puede por sí misma ser la razón de una incapacitación absoluta”<sup>62</sup>.

En este contexto, es claro que el artículo 12° de la CDPD es una norma revolucionaria porque supone un cambio de paradigma en el Derecho, al plantear el reemplazo del sistema de sustitución por el de apoyo en la toma de decisiones, con especial énfasis en las personas con discapacidad mental e intelectual a quienes con mayor frecuencia se les restringe o limita su capacidad jurídica. En efecto, la propia Corte IDH ha sostenido que:

La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. *No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación.* Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana<sup>63</sup>[Las cursivas son nuestras].

Al respecto, es importante incidir en dos aspectos. En primer lugar, la condición de niñas y niños como sujetos de derechos y no como objetos de protección, de acuerdo con la

<sup>61</sup> Véase: PECES-BARBA M., G. “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y de Derecho” en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 265-277 y *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos del Instituto “Bartolomé de las Casas”, núm. 26, Dykinson, 2002.

<sup>62</sup> TEDH. *Case Shtukaturov v. Russia*. Application N° 44009/05. Sentencia del 27 de marzo de 2008, párr. 94.

<sup>63</sup> CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. párr. 41.

Convención sobre los Derechos del Niño<sup>64</sup>. En este sentido, los niños gozan del reconocimiento de su personalidad jurídica, por ende, de todos sus derechos. Sin embargo, tienen limitada su capacidad jurídica. En términos del Comité CDPD, “las capacidades de los niños y niñas están en desarrollo”<sup>65</sup>, es decir, tienen una capacidad evolutiva.

En segundo lugar, la Corte IDH en su Opinión Consultiva N° 17, anterior a la entrada en vigor de la CDPD y emitida en relación a la CIADDIS, ha manifestado que los niños y los incapaces sujetos a tutela o representación carecen de capacidad de actuar<sup>66</sup>, es decir, de capacidad jurídica. Así, se equipara discapacidad con incapacidad<sup>67</sup> afectando el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica y se adopta el modelo de sustitución en la toma de decisiones, lo que constituye un estándar desfasado e incompatible con el modelo social de la CDPD y otros instrumentos que la respaldan como los pronunciamientos del Comité CDPD, del ACNUDH así como de las Relatorías Especiales para el tema de salud y, de tortura y otros actos crueles, inhumanos o degradantes.

En este sentido, la jurisprudencia y los pronunciamientos de la Corte IDH han venido adoptando en el tema de discapacidad desde lo que plantea la CIADDIS que en su texto tolera la interdicción como medida no discriminatoria y, por tanto, admite la sustitución en la toma de decisiones. Sin embargo, es preciso reconocer algunos avances en el sistema interamericano hacia la afirmación del modelo social. Para empezar, el CEDDIS<sup>68</sup> ha aclarado que si bien el artículo 1° inciso 2 literal b) de la CIADDIS admite la declaratoria de interdicción cuando sea necesaria y apropiada, a la luz del nuevo paradigma de la capacidad jurídica, esta disposición debe ser inaplicada o derogada puesto que constituye una discriminación para las

<sup>64</sup> Adoptada el 20 de noviembre de 1989. Su entrada en vigor para el Perú es el 4 de octubre de 1990.

<sup>65</sup> COMITÉ CDPD. *Proyecto de Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. 25 de noviembre de 2013, párr. 32.

<sup>66</sup> CORTE IDH. *Loc. Cit.*

<sup>67</sup> Cfr. BACH, Michael. “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”. En: BARIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2011, pp. 61 y 62.

<sup>68</sup> Véase CEDDIS. *Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2 inciso b) de la CIADDIS*, en el marco del artículo 12° de la CDPD. CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev. 1. Aprobada el 4 de mayo de 2011.

personas con discapacidad. De igual manera, se exhorta al reconocimiento de la plena personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad así como a la adopción de un modelo de apoyos en la toma de decisiones, en reemplazo del régimen de curatela.

Sobre la materia, en el caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*, la Corte IDH ha observado que:

En la CIADDIS y en la CDPD se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que 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<sup>69</sup>.

En otras palabras, la Corte IDH ha sostenido que la CIADDIS respalda al modelo social, lo que reafirma la necesidad de revisión y reinterpretación de los estándares de la Corte IDH a la luz de la CDPD, en particular en lo que concierne al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual. Cabe recordar que la misma Corte IDH ha manifestado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. En este sentido, al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste sino también el sistema dentro del cual se inscribe”<sup>70</sup>. En esta misma lógica, Renata Bregaglio señala que:

[...] Los sistemas de protección de derechos humanos plantean una interpretación hermenéutica, donde los estándares de uno u otro se interrelacionan a efectos de lograr la interpretación más adecuada para el ser humano. Esto está íntimamente relacionado con el estándar del *corpus iuris* desarrollado por la Corte IDH, y entendido como el conjunto de instrumentos internacionales referidos a la protección de un derecho o grupo social en situación de vulnerabilidad específico. Desde esta perspectiva, sería posible afirmar la existencia de un *corpus iuris* en discapacidad, mediante el cual sería posible hacer una interpretación conjunta (a la luz del modelo social) de la CADH, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador, el artículo 9 de la Convención de *Belem do Pará*, la CIPCD, y la CDPCD. Ello está directamente relacionado con lo establecido en los artículos 29.b) de la CADH que establece que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier

<sup>69</sup> CORTE IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 133.

<sup>70</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 125-126. Esta idea también se afirma en el sistema europeo. Véase: TEDH. *Tyrer v. United Kingdom*, Application N° 5856/72. Sentencia del 25 de abril de 1978. Serie A N° A26, párr. 31. Además, es preciso revisar el artículo 31° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados<sup>71</sup>.

Por ello, consideramos que los estándares en el sistema interamericano deben ser reinterpretados a la luz de la CDPD que es por materia –derechos humanos- y por ámbito subjetivo –personas con discapacidad- *lex speciale* y, por ende, debe primar como el mayor estándar de protección de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, alcanzado hasta la fecha. En este contexto, cabe destacar que este tema está siendo considerado en la agenda de la CIDH que a fines del año 2013 realizó una audiencia, a solicitud del IDEHPUCP y de la Clínica Jurídica de acciones de interés público (sección discapacidad) de la PUCP, para dar a conocer las barreras existentes en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en nuestro país<sup>72</sup>. En este evento, se solicitó a la CIDH que adopte un informe sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Finalmente, resulta fundamental postular el reconocimiento de la capacidad jurídica como un condicionante para el ejercicio de otros derechos puesto que no es lo mismo el ejercicio de la libertad de una persona que tiene garantizada su capacidad jurídica, en relación a otra persona a la que se le deniega este último derecho. Cabe aclarar que el reconocimiento de la capacidad jurídica no es sólo indispensable para el ejercicio de derechos civiles y políticos sino también para el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> BREGAGLIO, Renata. “La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-Convención”. En: ALFA – Red Dhes. Manual de derechos humanos de los grupos vulnerables, 2013, p. 120.

<sup>72</sup> En la audiencia, de fecha 1 de noviembre de 2013 y celebrada en el marco del 149° periodo de sesiones, la CIDH contó por primera vez con interpretación simultánea a lengua de señas para personas con discapacidad auditiva y emisión de textos de fácil lectura para personas con discapacidad intelectual. El video de la audiencia está disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/notas-informativas/idehpucp-intervino-en-audiencia-sobre-discapacidad-y-derechos-humanos-ante-la-cidh/>. Consulta: 28 de febrero de 2014. Además, se ha programado otra audiencia para el 25 de marzo de 2014 sobre la situación de la capacidad jurídica y el acceso a la justicia para personas con discapacidad en América Latina. Ello a solicitud de un conjunto de instituciones latinoamericanas preocupadas por la situación de las personas con discapacidad, entre ellas, el IDEHPUCP.

<sup>73</sup> COMITÉ CDPD. *Óp. Cit.*, párr. 8. Un ejemplo concreto en el país es la práctica de la ONP de solicitar la sentencia de interdicción para que las personas con discapacidad puedan acceder a una pensión, lo que afecta su derecho a la capacidad jurídica.

Sin embargo, en la tesis nos enfocaremos en los ámbitos donde estas personas históricamente han enfrentado mayores barreras para ejercer su capacidad jurídica: libertad personal en relación con vida independiente e inclusión en la comunidad; integridad personal en relación con protección contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; participación en la vida política y pública; respeto del hogar y la familia; acceso a la justicia y; la igualdad de condiciones en materia de asuntos económicos.

### **1.2.1. Libertad personal, vida independiente e inclusión en la comunidad a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual**

En esta sección se analizará el contenido del derecho a la libertad personal en relación con el derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad a fin de demostrar cómo la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual vulnera a su vez los derechos mencionados. Para ello, se brindarán algunos ejemplos concretos que permitan comprender mejor el impacto de la afectación de estos derechos.

#### **1.2.1.1. Libertad personal**

El artículo 14° de la CDPD consagra el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona estableciendo que:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:
  - a) Disfruten del *derecho a la libertad* y seguridad de la persona;
  - b) *No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.*
2. Los Estados Partes asegurarán que las *personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías* de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, *incluida la realización de ajustes razonables* [las cursivas son nuestras].

En este marco, es posible identificar tres manifestaciones del contenido del derecho a la libertad personal a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual:

**a) Prohibición de restricción de la libertad de manera ilegal o arbitraria por motivo de discapacidad**

El derecho a la libertad personal, amparado en distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos<sup>74</sup> se ha referido tradicionalmente a la protección contra la interferencia arbitraria del Estado en el ámbito penal. Sin embargo, el concepto de la libertad personal ha ido ampliándose. Así, el Comité DH<sup>75</sup> amplió el contenido del artículo 9° del PIDCP señalando que era aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales.

No obstante, conforme a la CDPD, no es admisible la restricción de la libertad de las personas con discapacidad por motivo de su condición. En este sentido, el Comité CDP<sup>76</sup> ha recomendado la derogación y revisión de la legislación que permite la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluida la discapacidad mental, en los hospitales, instituciones especializadas, centros residenciales y servicios de salud.

Sobre la materia, coincidimos con el ACNUDH<sup>77</sup> al reconocer que si bien las personas con discapacidad mental pueden ser legalmente internadas para su atención y tratamiento o

---

<sup>74</sup> Por ejemplo, la libertad personal es protegida en el ámbito universal por el artículo 9° del PIDCP; en el ámbito regional, por el artículo 7° de la CADH, el artículo 5° de la CEDH y, el artículo 6° de la Carta Africana.

<sup>75</sup> COMITÉ DH. *Observación General N° 8. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 9° - Derecho a la libertad y a la seguridad personal.* U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 147 (1982), párr. 1; *Observación General N° 21. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10° - Trato humano de las personas privadas de libertad.* U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992), párr. 2.

<sup>76</sup> COMITÉ CDPD. *Observaciones Finales sobre Túnez, España, Perú, Hungría y China.* Para mayor detalle de los informes por países y sus observaciones finales, se puede visitar: <http://www.internationaldisabilityalliance.org/es/crpd-reports-0>. Consulta: 28 de febrero de 2013.

<sup>77</sup> Cfr. ACNUDH. *Informe sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad.* Documento A/HRC/4/75, de fecha 17 de enero de 2007, párr. 48 y 49.

privadas preventivamente de libertad, ello no debe justificarse en la discapacidad. Por ello, la privación de la libertad fundada en la combinación de una discapacidad mental y, otros elementos como la peligrosidad, la atención y/o el tratamiento, constituye una detención ilegal.

Asimismo, los Relatores Especiales sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, así como, sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes han resaltado que una discapacidad no puede ser una justificación legal para la privación de la libertad de una persona, incluyendo la negación de su consentimiento libre e informado<sup>78</sup>. Sobre el particular, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>79</sup> ha destacado que la privación arbitraria o ilegal de libertad basada en una discapacidad podría infligir también una pena o un sufrimiento grave a la persona y que para valorar el dolor infligido, se tomará en cuenta la duración de la institucionalización, las condiciones de reclusión y el trato brindado. Además, ha establecido que la erradicación de las intervenciones psiquiátricas forzadas por motivo de discapacidad es una obligación inmediata y que, la existencia de recursos financieros escasos no puede justificar ni posponer su cumplimiento<sup>80</sup>.

En el ámbito europeo, el TEDH<sup>81</sup> ha señalado que para que exista una privación arbitraria de la libertad deben estar presentes dos elementos: el objetivo que supone la existencia de factores que acrediten la privación de la libertad como que la persona no pueda salir de un determinado lugar, que esté bajo constante supervisión o coacción, entre otros; así como, el elemento subjetivo que implica que la persona no haya otorgado su consentimiento para la supuesta privación de libertad.

---

<sup>78</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/64/272, del 10 de agosto de 2009, párr. 70.

<sup>79</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Doc. A/63/175 del 28 de julio de 2008, párr. 57 – 65; *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. A/HRC/22/53 del 1 de febrero de 2013, párr. 57 - 70.

<sup>80</sup> NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. A/HRC/22/53. *Loc. Cit.*

<sup>81</sup> Cfr. TEDH. *Caso Storck Vs. Alemania*. Application N° 61603/00. Sentencia del 16 de junio de 2005. párr. 73 - 76. En este caso la víctima fue internada en un centro privado de salud mental sin su consentimiento, ni siquiera el de la autoridad judicial.

Además, llama la atención que el artículo 5° numeral 1 literal e) del CEDH permita la detención legal de un enajenado, siempre que se realice de acuerdo con un procedimiento establecido por ley. En efecto, el TEDH admitió en sus primeros casos la detención a otras personas más allá del ámbito penal, siempre y cuando la discapacidad mental sea muy grave<sup>82</sup> así como la hospitalización involuntaria de personas con discapacidad mental<sup>83</sup>. No obstante, en la actualidad el TEDH ha venido limitando al máximo los supuestos por los cuales una persona con discapacidad puede ser detenida en una institución de salud mental, lo que otorga ciertas garantías. Al respecto, en el caso *Stanev Vs. Bulgaria*<sup>84</sup> ha afirmado que la privación de libertad no puede justificarse en el abandono del que puede ser víctima la persona con discapacidad mental y, que vivir en un hogar de cuidados a largo plazo, aislado de la comunidad, es una privación de la libertad.

En el sistema interamericano, los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”<sup>85</sup> señalan que el derecho a la libertad personal protege a toda persona de cualquier forma de detención arbitraria ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Además, la CIDH<sup>86</sup> ha sostenido que el artículo 7° inciso 1 de la CADH<sup>87</sup> no se limita a las detenciones que involucran la investigación y sanción de delitos sino que se extiende a otras

<sup>82</sup> Cfr. TEDH. *Guzzardi Vs. Italia*. Sentencia del 6 de noviembre de 1980. párr. 98.

<sup>83</sup> Véase TEDH. *Ashingdane Vs. UK*. Sentencia del 28 de mayo de 1985; *HM Vs. Switzerland*. Sentencia del 26 de febrero de 2002; *entre otros*.

<sup>84</sup> Cfr. TEDH. *Stanev Vs. Bulgaria*. Application N° 36760/06. Sentencia del 17 de enero de 2012, párr. 153.

<sup>85</sup> Cfr. CIDH. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Resolución 1/08. Aprobada: 13 de marzo de 2008. Disposición General.

<sup>86</sup> Cfr. CIDH. *Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos*. Informe No 51-01. Petición 99/03. 4 de abril de 2001, párr. 210.

<sup>87</sup> Artículo 7° de la CADH:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [...]
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención [...] Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona [...] (las cursivas son nuestras).

esferas en las que el Estado puede administrar su autoridad como la detención de individuos por razones vinculadas a su salud física o mental, lo que es contrario a lo dispuesto por la CDPD.

**b) Obligación de contar con el consentimiento libre e informado: Prohibición del internamiento involuntario**

La libertad personal adquiere un nuevo desarrollo sobre la base del principio de autonomía de la persona con discapacidad mental e intelectual y, del reconocimiento de su capacidad jurídica: la obligación de contar con el consentimiento libre e informado para el tratamiento. Cabe resaltar que es la persona con discapacidad quien debe tomar la decisión y no una tercera persona que sustituya su voluntad<sup>88</sup>.

Sobre el particular, el Comité DH<sup>89</sup> ha reconocido que pueden darse circunstancias en las que la salud mental de una persona esté tan perturbada que, para evitar que se dañe a sí misma o dañe a otras personas, sea inevitable dar la orden de internamiento. Asimismo, los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”<sup>90</sup> establecen dos supuestos para su admisión involuntaria: riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para tercero y, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado (artículo 16°).

<sup>88</sup> Véase: INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE (IDA). *Principles for Implementation of Article 12 CRPD*. Para mayor información, visitar: <http://www.internationaldisabilityalliance.org/en>. Consulta: 22 de febrero de 2014.

<sup>89</sup> Cfr. COMITÉ DH. *Bozena Fijalkowska Vs. Polonia*. Comunicación N° 1061/2002. 4 de agosto de 2005, párr. 8.3.

<sup>90</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS. *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*, A/RES/46/119 del 17 de diciembre de 1991, principio 11.

Por tanto, el derecho a la libertad personal no es absoluto ya que podría ser restringido en casos excepcionales. Así, la doctrina<sup>91</sup> como el TEDH<sup>92</sup> ha señalado que el consentimiento libre e informado es necesario para el internamiento de las personas con discapacidad mental. Sin embargo, se admite el internamiento involuntario, como medida excepcional y de última *ratio*, sólo cuando exista un riesgo inmediato para la persona con discapacidad o para terceros. Para determinar la validez de la restricción del derecho, se debe seguir un *test* de ponderación para evaluar la medida adoptada.

En el ámbito interamericano, la CIDH<sup>93</sup> ha señalado que el ingreso de personas con discapacidad en contra de su voluntad a centros psiquiátricos, mentales o de otro tipo, es decir, el internamiento forzoso o involuntario en instituciones estatales es una de las principales afectaciones a los derechos de estas personas en la región. Por su parte, la Corte IDH<sup>94</sup> ha sostenido que si bien la discapacidad mental no debe entenderse como incapacidad para determinarse a sí mismo, sí puede requerir en ocasiones de medidas adoptadas sin su consentimiento. En tal sentido, cuando se compruebe la imposibilidad de la persona para consentir, los familiares, representantes legales o autoridades emitirán el consentimiento en relación al tratamiento que se utilizará. Ello evidencia el modelo de sustitución en la toma de decisiones adoptado y la necesidad de revisar estos parámetros a la luz de la CDPD.

### **c) Acceso a recursos efectivos y garantías con ajustes razonables para reclamar por la restricción de libertad**

Este aspecto se desarrollará más en el acápite sobre el acceso a la justicia. Sin embargo, es importante reconocer que el derecho a la libertad personal se vincula directamente con el

<sup>91</sup> Cfr. QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia. *Derechos humanos y discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de Naciones Unidas en el contexto de discapacidad*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, 2002, p. 43.

<sup>92</sup> Cfr. TEDH. *Caso Stanev Vs. Bulgaria*. Óp. Cit. párr. 143-147.

<sup>93</sup> Véase CIDH. *Recomendación de la CIDH sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental*, de fecha 4 de abril de 2001.

<sup>94</sup> CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 130.

acceso a la justicia y el debido proceso. En efecto, toda persona privada temporalmente de libertad tiene el derecho de acceder por sí misma a la justicia para reclamar por su situación a fin de que la medida que restringe su libertad sea levantada o reevaluada. Por tanto, estas personas deben contar con recursos accesibles y garantías adecuadas para reclamar por la restricción de su libertad.

Al respecto, el Comité DH<sup>95</sup> ha manifestado su preocupación por las ocasiones en que se admite la orden de internamiento sin que se disponga de asistencia o representación suficientes para salvaguardar los derechos de la persona con discapacidad mental.

En esta misma lógica, el TEDH en el caso *Stanev Vs. Bulgaria*<sup>96</sup> señaló que no se le dio la oportunidad a la víctima para que por sí mismo pueda presentar un recurso que revise la medida que restringía su libertad. De igual modo, en el caso *D.D. Vs. Lituania*<sup>97</sup>, se ha determinado que no existía un recurso efectivo para que la víctima pueda reclamar sobre la privación de su libertad en el centro de salud mental en el que se encontraba.

Por su parte, la Corte IDH<sup>98</sup> ha afirmado en reiterada jurisprudencia que el derecho a la libertad personal alude a la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y, a la vez, a la garantía de su derecho de defensa. En esta línea, una persona con discapacidad en un centro de salud mental debería contar con los recursos necesarios para que pueda cuestionar la medida de internamiento.

<sup>95</sup> COMITÉ DH. *Bozena Fijalkowska Vs. Polonia*. Loc. Cit.

<sup>96</sup> Cfr. TEDH. *Caso Stanev Vs. Bulgaria*. Óp. Cit., párr. 168-178.

<sup>97</sup> Cfr. TEDH. *Caso D.D. Vs. Lituania*. Application N° 13469/06. Sentencia del 14 de febrero de 2012, párr. 194.

<sup>98</sup> CORTE IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. párr. 223; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103. párr. 65 y 66; entre otros.

### 1.2.1.2. Vida independiente e inclusión en la comunidad

El artículo 19° de la CDPD, primer tratado que reconoce explícitamente a la vida independiente como derecho<sup>99</sup>, establece:

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a *vivir en la comunidad*, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de *elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir*, en igualdad de condiciones con las demás, y *no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico*;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de *servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad* y para evitar su aislamiento o separación de ésta;
- c) Las instalaciones y los *servicios comunitarios para la población en general* estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades [las cursivas son nuestras].

Sobre la base de esta norma y del paradigma de la capacidad jurídica, es preciso diferenciar los alcances del derecho a una vida independiente e inclusión en la comunidad:

#### a) Libertad para elegir el lugar de residencia y con quién vivir: Prohibición de la institucionalización

Las personas con discapacidad mental han sido históricamente expuestas a la institucionalización, es decir, a su ingreso en un centro de salud mental de manera involuntaria y con vocación de permanencia. En este contexto, se han generado diversos abusos como el uso de tratamientos o experimentos médicos sin consentimiento informado, malos tratos, condiciones de vida inadecuadas, entre otros. Por ello es que la libertad de elegir su lugar de residencia, cómo y con quién vivir adquiere especial significado.

<sup>99</sup> Sin embargo, el derecho a una vida independiente también ha sido regulado en otros instrumentos como el artículo 15° de la Carta Social Europea; el artículo 26° de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Igualmente se le menciona, aunque de manera menos explícita, en el artículo 4° de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad asociado a los servicios de apoyo; el Principio 3 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. Además, cabe recordar que uno de los objetivos de la CIADDIS es el de propiciar la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad.

El ACNUDH<sup>100</sup> ha señalado que el reconocimiento legal explícito del derecho a decidir dónde y con quién quieren vivir es fundamental para hacer efectivo el derecho a la vida independiente así como, la atención a domicilio o en residencias y otros servicios comunitarios de apoyo. En este sentido, se reafirma la prohibición de la institucionalización de las personas con discapacidad mental a fin de que estas personas no sean segregadas en lugares aislados, lejos de sus propias comunidades. Al respecto, el Comité DESC<sup>101</sup> ha enfatizado la importancia de que los Estados hagan todo lo posible a fin de conseguir que las personas con discapacidad mental vivan con sus familias.

De igual manera, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental<sup>102</sup> ha señalado que toda decisión de aislar o segregar a las personas con discapacidad mental, incluido el internamiento involuntario, es discriminatoria y contraria al derecho a integrarse en la comunidad previsto en las normas internacionales. Ello en el entendido de que la segregación y el aislamiento pueden reforzar los estigmas hacia las personas con discapacidad mental. Por su parte, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>103</sup> ha señalado que al valorar el dolor infringido por la privación arbitraria de libertad, se debe tomar en cuenta la duración de la institucionalización, las condiciones de reclusión y el trato brindado.

En el ámbito europeo, donde se ha dado un desarrollo importante de este derecho, el Comité de Ministros de los Estados Miembros de la Unión Europea<sup>104</sup> ha establecido que las personas con discapacidad deberían poder vivir de la manera más independiente posible, y sobre todo,

<sup>100</sup> Cfr. ACNUDH. *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*. A/HRC/10/48 del 26 de enero de 2009, párr. 50.

<sup>101</sup> Cfr. COMITÉ DESC. *Observación General N° 5. Personas con discapacidad*. UN Doc. E/C.12/1994/13 (1994), párr. 30.

<sup>102</sup> NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Óp. Cit., párr. 54.

<sup>103</sup> NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Doc. A/63/175 del 28 de julio de 2008. Óp. Cit., párr. 65.

<sup>104</sup> COMITÉ DE MINISTROS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA. *Recomendación Rec (2006)5 sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*. Adoptada el 5 de abril de 2006, durante la 961ª reunión de Delegados de Ministros, punto 1.3.

elegir dónde y cómo vivir considerando que la vida autónoma y la integración social sólo son posibles si la persona vive dentro de la sociedad. Al respecto, el TEDH en el caso *Stanev vs. Bulgaria*<sup>105</sup> señaló que la institucionalización de este ciudadano en un centro de salud mental, sin su consentimiento, violó su derecho a la libertad personal por lo que exhortó a los Estados a desarrollar alternativas para garantizar el derecho a la vida en comunidad. De igual manera, en el caso *Gajcsi Vs. Hungría*<sup>106</sup>, se cuestiona la orden de los tribunales que prolongaron el tratamiento de la víctima en un centro de salud mental sin evaluar la necesidad de dicha prolongación.

De otra parte, en el sistema interamericano, la CIDH<sup>107</sup> ha señalado que el internamiento involuntario en instituciones estatales es una de las principales afectaciones a los derechos de estas personas con discapacidad mental en la región, situación que empeora cuando el internamiento es muy prolongado llegando a institucionalizar y a segregar a estas personas. Sin embargo, tanto la CIDH como la Corte IDH no se han pronunciado sobre muchos casos que se refieran a personas con discapacidad mental y/o intelectual. Incluso la sentencia del caso emblemático de *Ximenes Lopes Vs. Brasil* es anterior a la CDPD por lo que es evidente la necesidad de revisar los estándares regionales de protección de la capacidad jurídica en la materia<sup>108</sup>.

#### **b) Obligación de contar con servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad**

Sobre el particular, el ACNUDH<sup>109</sup> ha señalado que para vivir de forma independiente no es suficiente renunciar a la institucionalización sino que además se debe tener una estrategia

<sup>105</sup> TEDH. *Caso Stanev Vs. Bulgaria*. Óp. Cit., párr. 132.

<sup>106</sup> Véase TEDH. *Caso Gajcsi Vs. Hungría*. Sentencia del 3 de octubre de 2006.

<sup>107</sup> CIDH. *Recomendación de la CIDH sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual*. Loc. Cit.

<sup>108</sup> Al respecto, se puede revisar: ACUÑA, Erick. *Repensando los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos frente a los desafíos actuales de la institucionalización de las personas con diversidad funcional mental*. Tesis para optar el Título de Abogado en la PUCP. Lima, 2010.

<sup>109</sup> ACNUDH. Óp. Cit., párr. 50 y 51.

nacional que, como mínimo, integre las intervenciones de los servicios sociales, la salud, la vivienda y el empleo. Además, exhorta a que se abandonen las políticas de atención en instituciones a fin de implementar la atención a domicilio o en residencias y, otros servicios comunitarios de apoyo. En tal sentido, las personas con discapacidad mental podrían recibir una asistencia ambulatoria, si deciden vivir de forma independiente o con sus familias; asistencia residencial, a través de servicios comunitarios donde residen o, atención domiciliaria en cuyo caso serían asistidas en su casa por un equipo multidisciplinario.

En relación a los servicios de rehabilitación, recientemente el Comité CDPD en el caso *H.M Vs. Suecia*<sup>110</sup> ha declarado que el Estado violó el derecho a la no discriminación y a la rehabilitación contemplado en el artículo 26° de la CDPD por haber negado una licencia de construcción para una piscina en la propiedad de la señora con lo que impidió que ella pudiera acceder a la hidroterapia necesaria para tratar el síndrome de Ehlers –Danlos que le afecta.

En el ámbito europeo, el Comité de Ministros de los Estados Miembros de la Unión Europea<sup>111</sup> también ha señalado que para facilitar la vida dentro de la sociedad es necesario el cambio de la asistencia institucional a entornos dentro de la propia comunidad, que van desde viviendas independientes a unidades de vivienda protegidas, en entornos de pequeño tamaño donde la persona pueda encontrar un apoyo. Por ejemplo, el TEDH en el caso *Shopov Vs. Bulgaria*<sup>112</sup> declaró la vulneración del derecho a la libertad personal de la víctima quien fue internada forzosamente por más de cinco años en un centro de salud mental cuando debió recibir tratamiento ambulatorio.

Esto supone un enfoque coordinado de la oferta de servicios dirigidos por el usuario y basados en la propia comunidad y estructuras de apoyo centradas en la persona. Cabe resaltar la

---

<sup>110</sup> Véase: COMITÉ CDPD. *Caso H.M. Vs. Sweden*. Comunicación N° 3/2011, 21 de mayo de 2012, párr. 8 -10. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Jurisprudence.aspx> .Consulta: 27 de agosto de 2013. Cabe mencionar que el movimiento de vida independiente surge en Estados Unidos exigiendo principalmente servicios de rehabilitación y con participación activa de las personas con discapacidad.

<sup>111</sup>COMITÉ DE MINISTROS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA. *Loc. Cit.*

<sup>112</sup> Véase TEDH. *Caso Shopov Vs. Bulgaria*. Application N° 17253/07. Sentencia del 16 de abril de 2013.

experiencia en Suecia que, desde 1995, suprimió las grandes residencias para personas con discapacidad mental. En su reemplazo se creó un sistema de departamentos tutelados donde estas personas comparten vivienda con otras pocas personas con discapacidad mental, residiendo, además, en su ciudad de origen.

En el ámbito interamericano, un logro es la Declaración de Caracas como instrumento que promueve los servicios comunitarios y aboga por una atención psiquiátrica participativa, integral, continua y preventiva. Sin embargo, en la práctica, aún es un gran desafío para la región la implementación de este nuevo modelo de atención de la salud mental.

### c) Accesibilidad de los servicios comunitarios

El principio de accesibilidad está regulado en los artículos 3° y 9° de la CDPD, estableciendo esta última disposición que:

A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados adoptarán medidas para asegurar su acceso, 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 [...]

En este sentido, asegurar la accesibilidad es clave para garantizar el ejercicio del derecho a la vida independiente de las personas con discapacidad. Respecto a la accesibilidad en los servicios comunitarios, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental<sup>113</sup> ha señalado que cuando el tratamiento y la atención se dispensan lejos del hogar y del lugar de trabajo de las personas con discapacidad mental, y además no se disponen de servicios de apoyo comunitarios, se deniega su derecho a vivir y trabajar, así como a recibir tratamiento y pleno apoyo dentro de la comunidad. Además, el artículo 25° de la CDPD reconoce el derecho a las personas con discapacidad al más alto nivel

<sup>113</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Adición Misión al Perú. E/CN.4/2005/51, 4 de febrero de 2005, párr. 62 - 67.

posible de salud lo que supone contar con servicios de salud para la detección e intervención que sean lo más cercano posible a las comunidades de estas personas.

A nivel del ámbito europeo, como ya se ha mencionado, el Comité de Ministros de los Estados Miembros de la Unión Europea<sup>114</sup> ha señalado que es necesario el cambio hacia entornos dentro de la propia comunidad, más accesibles, para facilitar la vida dentro de la sociedad.

De otro lado, en el ámbito interamericano, el Protocolo de San Salvador alude en su artículo 18° a la atención especial de las personas con discapacidad para que puedan alcanzar el máximo desarrollo de sus capacidades. En tal sentido, se señala que es prioritario contar con planes de desarrollo urbano que consideren sus requerimientos, es decir, que garanticen el diseño universal y la accesibilidad.

Por lo expuesto, la libertad personal a la luz del reconocimiento de la capacidad jurídica implica la prohibición de internamientos involuntarios, por ende, la obligación de contar con consentimiento libre e informado para ello así como, el acceso a recursos efectivos y garantías con ajustes razonables para reclamar por la restricción de libertad. Asimismo, el derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, supone la libertad para elegir el lugar de residencia y con quién vivir, es decir, la prohibición de la institucionalización; la obligación de contar con servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad y, la accesibilidad en los servicios comunitarios.

---

<sup>114</sup>COMITÉ DE MINISTROS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA. *Loc. Cit.*

### 1.2.2. Integridad personal en relación a prohibición contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual

El derecho a la integridad personal ha sido amparado en distintos instrumentos de protección de derechos humanos<sup>115</sup>. Su protección supone la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, norma de *ius cogens*<sup>116</sup>. Cabe mencionar que la integridad personal es parte del núcleo duro de derechos humanos que no puede ser suspendida bajo ninguna circunstancia<sup>117</sup>.

Sobre el derecho a la integridad personal, la CDPD en su artículo 17° dispone que:

Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete *su integridad física y mental* en igualdad de condiciones con las demás [las cursivas son nuestras].

En relación a la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el artículo 15° del mismo tratado señala que:

1. *Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.*
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad

<sup>115</sup> La integridad personal y, la prohibición contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es protegida en el artículo 7° del PIDCP; el artículo 3° del CEDH; el artículo 5° de la CADH; los artículos 4° y 5° de la Carta Africana, entre otros. En este sentido, el artículo 5° de la CADH dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su *integridad física, psíquica y moral.*

2. *Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.* Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la *dignidad* inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Además, existen tratados específicos sobre la materia, en el ámbito universal, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y; en el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

<sup>116</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No 126, párr. 117; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2004. Serie C No 119, párr. 100; *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. *Óp. Cit.*, párr. 126; entre otros. Recordemos que las normas *ius cogens* son aquellas dotadas de carácter imperativo y que no admiten ninguna suspensión, independientemente de lo acordado y previsto convencionalmente.

<sup>117</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. *Loc. Cit.*; *Caso de la Masacre Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C No 140, párr. 119; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia del 2 de setiembre de 2004. Serie C No 112, párr. 157; entre otros.

de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [las cursivas son nuestras].

En este sentido, una lectura del derecho a la integridad personal a la luz del paradigma de la capacidad jurídica amparado en la CDPD se manifiesta de la siguiente manera:

#### a) Condiciones de vida digna en los centros de salud mental

Si bien la institucionalización es una práctica contraria al modelo social de la CDPD, es imprescindible garantizar condiciones de vida dignas para las personas que viven en los centros de salud mental, situación que persiste en varios países de Latinoamérica, mientras que se realiza la reforma hacia una atención comunitaria y ambulatoria de los servicios de salud mental.

Sobre el particular, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>118</sup> ha reconocido que las malas condiciones de vida de las personas con discapacidad en los centros de salud mental son vulneratorias del derecho a la integridad por la falta de una alimentación y nutrición adecuada, acceso a agua limpia, condiciones sanitarias y tratamientos médicos idóneos, entre otros. Respecto a este último aspecto, el Comité DESC<sup>119</sup> ha incidido en la obligación que tienen los Estados de asegurar a las personas con discapacidad una adecuada asistencia médica y su relación con el derecho a la integridad personal.

A nivel europeo, donde se ha dado mayor desarrollo sobre el tema, el Comité Europeo para la prevención de la tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes<sup>120</sup> ha establecido que la comida no sólo debe ser adecuada en términos de cantidad y calidad sino que también debe

<sup>118</sup> NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Doc. A/63/175, *Op. Cit.*, párr. 52 – 54.

<sup>119</sup> COMITÉ DESC. *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12). U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párr. 26.

<sup>120</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. *Octavo Informe General [CPT/Inf (98) 12]*, párr. 30 -35.

ser suministrada en condiciones satisfactorias. De igual manera, se ha señalado que es necesario mobiliario para pertenencias personales y la importancia de que cada persona con discapacidad mental cuente con su propia ropa como parte del proceso terapéutico. Por último, se ha destacado la necesidad de personal capacitado. Por su parte, el TEDH<sup>121</sup> ha sostenido que otras condiciones adecuadas son la calefacción en zonas donde el clima lo amerite y que no existan limitaciones a servicios de aseo corporal. Cabe precisar que el Estado no puede justificar el incumplimiento de condiciones adecuadas de vida en relación al derecho a la salud por la falta de recursos económicos.

A nivel interamericano, la CIDH<sup>122</sup> en el caso *Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador* declaró que se vulneró el derecho a la integridad física y mental de la víctima quien fue duramente golpeado por los agentes de policía, luego, puesto en una celda de castigos, sin agua ni luz, siendo un espacio en el que realizaba sus necesidades biológicas en el suelo y, a su vez, utilizaba para dormir. Sin embargo, ninguna autoridad carcelaria intervino a pesar de conocer la psicosis del recluso y sus heridas. Por tanto, en lugar de brindarle atención médica, se le mantuvo aislado hasta que murió por inanición y deshidratación.

De igual manera, la CIDH<sup>123</sup> en el caso *Neuropsiquiátrico Vs. Paraguay* aprobó medidas cautelares a fin de proteger la integridad personal de 460 personas detenidas en esta institución psiquiátrica. El caso se refería a dos personas que habían estado en aislamiento por más de cuatro años, desnudos y sin acceso a servicios higiénicos por lo que se solicitó la restricción del uso de celdas de aislamiento. Ante esta situación, Paraguay se comprometió a reformar su sistema de salud mental. Finalmente, la Corte IDH en el caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*<sup>124</sup> y, en el caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*<sup>125</sup> ha incidido en la situación de

<sup>121</sup> TEDH. *Caso Stanev vs. Bulgaria*. Óp. Cit., párr. 209.

<sup>122</sup> Cfr. CIDH. *Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador*. Informe N°63/99, de fecha 13 de abril de 1999, párr. 73.

<sup>123</sup> Véase CIDH. *Caso Neuropsiquiátrico Vs. Paraguay*. Medidas Cautelares, de fecha 29 de julio de 2008.

<sup>124</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Óp. cit., párr. 129.

<sup>125</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Óp. cit., párr. 134.

vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental y en la necesidad de evaluar toda medida adoptada desde la perspectiva de estas personas.

#### **b) Prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes**

De acuerdo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles y degradantes<sup>126</sup>, la tortura se configura en función de cuatro elementos: (i) dolores o sufrimientos graves, para lo que se tomará en cuenta las circunstancias del caso; (ii) intención, que en el caso de personas con discapacidad se puede concretar cuando se haya discriminado por motivo de discapacidad; (iii) propósito o fines, por ejemplo, obtener información, una confesión o intimidar, coaccionar imponiendo un tratamiento y; (iv) participación del Estado, por ejemplo instituciones estatales o privadas cuya fiscalización esté a cargo del Estado (artículo 1°).

Sobre la materia, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>127</sup> ha establecido que los tratamientos invasivos, esterilizaciones forzadas, experimentos médicos, suministro de fármacos, o cualquier otro similar, sin el consentimiento libre e informado de la persona con discapacidad mental o intelectual podrán ser considerados como tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Asimismo, se ha afirmado que la obligación de no realizar estos actos concierne no sólo a los centros de salud públicos sino también a los privados. En este sentido, el estado de salud es un factor relevante al determinar si se produjo un acto de tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Además, se ha señalado que la denegación o falta de ajustes razonables pueden crear condiciones de detención y de vida que constituyan malos tratos y tortura.

---

<sup>126</sup> Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Se recomienda revisar la Observación General N° 2 del Comité contra la Tortura que aborda la protección especial para las personas con discapacidad (párr. 21).

<sup>127</sup> NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Óp. Cit, párr. 48 - 51.

Asimismo, el TEDH en el caso *Rupa Vs. Romania*<sup>128</sup> señaló que las condiciones inhumanas y degradantes de la estación policial así como la inadecuada atención médica afectaron la integridad de la víctima quien era una persona con discapacidad mental. De igual manera, en el caso *Stanev Vs. Bulgaria*<sup>129</sup>, se afirmó que existió un trato degradante debido a las condiciones del centro de salud mental (inadecuada vestimenta, alimentación, higiene, etc.), lo que afectó la integridad de la víctima.

En el ámbito interamericano, un logro significativo es la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura<sup>130</sup>. De otra parte, la CIDH<sup>131</sup> afirmó, en el caso *Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador*, que el aislamiento celular, las condiciones de abandono y la agresión de uno de los agentes contra esta persona constituyen un trato cruel, inhumano y degradante por lo que se vulneró su derecho a la integridad. Además, es importante reconocer, como lo hace la Convención Belém Do Pará<sup>132</sup>, la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad frente a la violencia (artículo 9°). Muestra de ello son los numerosos casos de violaciones sexuales reportados en centros de salud mental o las esterilizaciones forzadas a las que pueden ser sometidas estas personas.

### **c) Consentimiento libre e informado para tratamientos médicos o experimentos médicos y/o científicos**

De acuerdo al literal d) del artículo 25° de la CDPD, toda atención en salud debe prestarse sobre la base del consentimiento libre e informado de la persona con discapacidad, proporcionando los apoyos necesarios para que este consentimiento se brinde. En esta línea, el Comité DH<sup>133</sup> se ha referido a la protección especial de personas con discapacidad contra

<sup>128</sup> Véase TEDH. *Caso Rupa Vs. Romania*. Sentencia del 16 de diciembre de 2008.

<sup>129</sup> TEDH. *Caso Stanev Vs. Bulgaria*. *Óp. Cit*, párr. 74 - 87.

<sup>130</sup> Adoptada el 9 de diciembre de 1985. Entrada en vigor para Perú: 28 de abril de 1991.

<sup>131</sup> CIDH. *Caso Víctor Rosario Congo*. *Loc. Cit*.

<sup>132</sup> Adoptada el 9 de junio de 1994. Entrada en vigor para Perú: 4 de julio de 1996.

<sup>133</sup> Véase la Observación General N° 14 del Comité DH sobre el derecho a la vida (1984) y la Observación General N° 20 del Comité DH sobre prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984).

toda experimentación médica o científica involuntaria pues podría constituir tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Se admiten tratamientos coercitivos, pero, sólo en casos excepcionales, sujetos a condiciones específicas y restrictivas.

El Relator sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>134</sup> ha afirmado que cuanto más invasivo e irreversible sea el tratamiento, mayor será la obligación de los Estados de garantizar que las personas involucradas, incluyendo a las personas con discapacidad mental e intelectual, han dado su consentimiento libre e informado y, que los profesionales de la salud administren los cuidados correspondientes. De igual modo, se ha determinado criterios para que tratamientos médicos invasivos como las terapias electroconvulsivas no afecten el derecho a la integridad: finalidad terapéutica, no de castigo; consentimiento del paciente; realización en un lugar privado y adecuadamente equipado; existencia de anestesia, relajante muscular y de personal especializado; advertencia de efectos secundarios y, el registro en un archivo. Por último, se ha reconocido que hay formas de sujeción prohibidas como atar a la persona a la cama o silla durante largos periodos así como el uso de cadenas o, el encierro en jaulas o camas con rejas.

El Comité Europeo para la prevención de la tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes<sup>135</sup> ha señalado que es necesario el consentimiento de la persona con discapacidad para ser sometida a cualquier tratamiento médico, basado en una información completa, exacta y comprensible del estado del paciente y del tratamiento propuesto. En tal sentido, se deberá reflejar la libre decisión de la propia persona con discapacidad mental o intelectual y, constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión, para lo que se contará con los ajustes razonables y apoyos correspondientes. De igual manera, si bien este mismo Comité plantea la abolición del aislamiento, ha postulado criterios para evaluar la

---

<sup>134</sup> NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Óp. Cit., párr. 57 - 61; COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Óp. Cit., párr. 37 y ss.

<sup>135</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Óp. Cit., párr. 41 - 48.

razonabilidad del uso del aislamiento: i) tipos de casos en los que debe ser utilizada; ii) objetivos de la medida, entre los que se prohíbe el castigo; iii) su duración; iv) necesidad de revisiones periódicas; v) existencia de contacto humano adecuado; y vi) necesidad de personal especialmente atento.

Por su parte, la Corte IDH en el caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*<sup>136</sup> ha sostenido que la sujeción es un método que puede utilizarse sólo de manera excepcional y que cuando se haga, el personal médico debe aplicar el método que sea menos restrictivo, previa evaluación de su necesidad, únicamente por el período que se requiera y, en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos. En este contexto, la Corte IDH declaró que las prácticas de sujeción realizadas por el personal del centro de salud contra la víctima atentaron gravemente contra su integridad por su excesiva intensidad y por la falta de diligencia del equipo a cargo. No obstante, si bien la discapacidad mental no debe entenderse como una incapacidad para determinarse a sí mismo, sí puede requerir algunas veces de medidas en las que no se cuente con su consentimiento. Por ejemplo, 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. Evidentemente, ello es incompatible con el paradigma de la capacidad jurídica pues se adopta un modelo de sustitución en la toma de decisiones.

En síntesis, aún tenemos estándares desfasados en relación a la protección de la integridad personal que deben ser reinterpretados a la luz de la CDPD. Por tanto, procedimientos como los experimentos médicos o científicos, el suministro de fármacos o los tratamientos médicos invasivos sin consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad mental e intelectual, a quienes se debe proveer los ajustes razonables correspondientes, pueden constituir tortura u otros actos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

---

<sup>136</sup> CORTE IDH. *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Op. Cit., párr. 116-130.

### 1.2.3. Participación en la vida política y pública a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual

El derecho a la participación en la vida política y pública es reconocido en diversos instrumentos de protección de derechos humanos<sup>137</sup>. Al respecto, el artículo 29° de la CDPD establece que:

Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan *participar plena y efectivamente en la vida política y pública* en igualdad de condiciones con las demás, *directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas*, entre otras formas mediante:

i) La garantía de que *los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar*;

ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su *voto en secreto* en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a *presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo* cuando proceda;

iii) La garantía de la *libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar*;

b) Promover activamente un *entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos*, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas:

i) Su *participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política* del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos;

ii) La *constitución de organizaciones de personas con discapacidad* que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones [las cursivas son nuestras].

En este sentido, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en relación al derecho a la participación en la vida política y pública se refleja en los siguientes aspectos:

#### a) Derecho a votar de manera libre y a ser elegida para cualquier función pública

El reconocimiento de este derecho cobra especial relevancia por la errónea creencia de que las personas con discapacidad mental e intelectual no son capaces de tomar una decisión por sí

<sup>137</sup> La participación en la vida política y pública está amparada en el artículo 25° del PIDCP; en el artículo 3° del Protocolo Adicional al CEDH; en el artículo 23° de la CADH; en el artículo 13° de la Carta Africana; entre otros.

mismas para votar sino que son fácilmente influenciables por otras personas. En este contexto, una lectura a partir de su reconocimiento de la capacidad jurídica nos debe llevar a reconocer su derecho al voto en igualdad de condiciones así como su derecho de ser elegidas para cualquier función pública en todas las instancias del gobierno. En ambos casos, es importante que se garantice el acceso al registro civil y el otorgamiento de documentos de identidad a todas las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad mental e intelectual.

A nivel del Comité CDPD<sup>138</sup>, cabe destacar el caso *Zsolt Bujdosó and five others V. Hungary* en el que se halló responsabilidad del Estado por afectar el derecho al voto de las personas con discapacidad mental e intelectual. En esta línea, se exhortó a Hungría a garantizar los ajustes razonables y apoyos necesarios para que estas personas puedan ejercer sus derechos políticos y se reconoció la importancia de contar con procedimientos y materiales accesibles para lograrlo.

Asimismo, en el caso *Alajos Kiss Vs. Hungría*, el TEDH<sup>139</sup> encontró responsabilidad del Estado por violar el artículo 3° del Protocolo N° 1 del CEDH puesto que se denegó al Sr. Kiss el derecho a participar en las elecciones nacionales por estar sujeto a un régimen de tutela parcial. Ante esta situación, el TEDH señaló que no hay fundamento para una privación indiscriminada del derecho al voto por motivo de discapacidad, sin una evaluación judicial e individualizada del caso concreto; lo que de alguna manera protege el derecho a votar de las personas con discapacidad mental e intelectual.

No obstante, a nivel interamericano, preocupa que el artículo 23° de la CADH<sup>140</sup> señale que la

<sup>138</sup> COMITÉ CDPD. *Caso Zsolt Bujdosó and five others V. Hungary*. Communication No. 4/2011, 20 de setiembre de 2013, párr. 10. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Jurisprudence.aspx>. Consulta: 28 de febrero de 2014.

<sup>139</sup> Véase: TEDH. *Caso Alajo Kiss vs. Hungría*. Application N° 38832/06. Sentencia del 20 de mayo de 2010. Para revisar un análisis del caso, se puede revisar: BARRIFFI, Francisco. "Ejercicio del derecho al voto de personas sujetas a un régimen de tutela". En: BARRIFFI, F. (coord.). *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*. Madrid, Dykinson, 2013, pp. 457-462.

<sup>140</sup> Artículo 23° CADH:

ley puede reglamentar el ejercicio del derecho a votar y a ser elegido así como a participar en asuntos públicos, por razones diversas entre las que se incluye la capacidad civil o mental. Sin embargo, una interpretación de esta disposición a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual no admitiría restricciones a sus derechos políticos.

**b) Garantía de procedimientos, instalaciones y materiales electorales adecuados, accesibles, fáciles de entender y utilizar**

Para que todas las personas con discapacidad mental e intelectual puedan ejercer su derecho al voto es imprescindible implementar medidas de adecuación en los procesos electorales, tanto a nivel de procedimientos, instalaciones y materiales electorales. Por ejemplo, asegurar que los centros de votación se encuentren en la planta baja en relación a personas con discapacidad física; garantizar la atención preferente para votar; admitir la posibilidad de que la persona con discapacidad si así lo prefiere, sea asistida por un familiar o amistad de su confianza durante la votación; contar con cédulas en Braille en relación a personas con discapacidad visual; entre otras medidas.

De igual manera, se debe considerar lo dispuesto por el artículo 9° de la CDPD que señala que los Estados deben adoptar medidas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, 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. Por tanto, se debe garantizar la accesibilidad a fin de facilitar el ejercicio del derecho a voto de las

---

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de *participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes* libremente elegidos;

b) de *votar y ser elegidos* en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener *acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas* de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, *capacidad civil o mental*, o condena, por juez competente, en proceso penal [las cursivas con nuestras].

personas con discapacidad mental e intelectual. Por ejemplo, sería importante realizar capacitaciones previas a los procesos electorales y en lenguaje sencillo dirigidas a este colectivo.

**c) Participación en asuntos públicos, partidos políticos y organizaciones de diferente índole incluidas las organizaciones de personas con discapacidad**

“Nada sobre nosotros sin nosotros”<sup>141</sup> es el famoso lema del movimiento de las personas con discapacidad que, precisamente se ha forjado pensando en la participación democrática y en la vida pública de este colectivo. En este sentido, es necesario que los partidos políticos y otras organizaciones de la sociedad civil integren a las personas con discapacidad mental e intelectual. Además, es indispensable para estos efectos que estas personas puedan ejercer también su derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información mediante una forma de comunicación adecuada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21° de la CDPD.

En síntesis, el derecho a la participación de la vida política y pública a la luz de la capacidad jurídica supone el derecho de las personas con discapacidad mental e intelectual a votar de manera libre y a ser elegido o elegida para cualquier función pública; la garantía de procedimientos, instalaciones y materiales electorales adecuados, accesibles, fáciles de entender y utilizar así como la participación en asuntos públicos, partidos políticos y organizaciones de diferente índole incluidas las organizaciones de personas con discapacidad.

---

<sup>141</sup> Véase: CHARLTON, James I. *Nothing About Us Without Us. Disability, Oppression and Empowerment*. Berkeley: University of California Press, 1998.

#### 1.2.4. Respeto del hogar y la familia a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual

Este derecho es reconocido en diversos instrumentos de protección de derechos humanos<sup>142</sup>.

Sobre el particular, el artículo 23° de la CDPD establece que:

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el *matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales*, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:
  - a) Se reconozca el *derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre* y pleno de los futuros cónyuges;
  - b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a *decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar* apropiados para su edad, y se ofrezcan los *medios necesarios* que les permitan ejercer esos derechos;
  - c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, *mantengan su fertilidad*, en igualdad de condiciones con las demás.
2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la *custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional*; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la *asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos*.
3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione *con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias*.
4. Los Estados Partes asegurarán que los *niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen*, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es *necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos*.
5. Los Estados Partes harán todo lo posible, *cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar* [las cursivas son nuestras].

En este contexto, se pueden identificar los siguientes ámbitos de protección de la capacidad jurídica asociados con el respeto del hogar y la familia:

---

<sup>142</sup> La protección a la vida privada y familiar está amparada en los artículos 17° y 23° del PIDCP; en los artículos 8° y 12° del CEDH; en los artículos 11° y 17° de la CADH, en el artículo 18° de la Carta Africana; entre otros.

### a) Derecho a contraer matrimonio libremente y a la elegir sus propias relaciones personales

El Comité DH<sup>143</sup> y el TEDH<sup>144</sup> han señalado que el contenido esencial del derecho a la protección de la vida privada y familiar es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas en esas esferas.

En el ámbito interamericano, en el caso *María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala*, la CIDH<sup>145</sup> afirmó que el contenido del derecho a la vida privada y familiar abarca la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus relaciones personales, entre otros.

De igual modo, la Corte IDH<sup>146</sup> ha señalado que el Estado debe reconocer a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad así como que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte implícitamente del derecho a la protección de la familia contenido en el artículo 17° de la CADH<sup>147</sup>.

<sup>143</sup> Cfr. COMITÉ DH. *Observación General N° 16. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad*. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988), párr. 3-4.

<sup>144</sup> Cfr. TEDH. *Buchberger Vs. Austria*. Application N° 32899/96. Sentencia: 20 de noviembre de 2001. párr. 35.

<sup>145</sup> Cfr. CIDH. *María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala*. Informe N° 4/01. Caso 11.625. 19 de enero de 2001, párr. 41 -45. Del mismo modo: TEDH. *Niemietz Vs. Alemania*. Application N° 13710/88. Sentencia: 16 de diciembre de 1992, párr. 29.

<sup>146</sup> CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02. Óp. Cit., párr. 71.

<sup>147</sup> Artículo 17° CADH:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo [las cursivas son nuestras].

**b) Derecho a la autonomía reproductiva, con acceso a orientación y medios necesarios para ejercer este derecho, así como a la patria potestad de sus hijos**

Conforme a la CDPD, toda persona con discapacidad mental e intelectual tiene el derecho a su autonomía reproductiva, es decir, a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que desea tener y cuándo los desea tener. En tal sentido, la esterilización forzada de las mujeres con discapacidad mental e intelectual es una práctica inadmisibles y que constituye una discriminación múltiple por razón de género y de discapacidad hacia este colectivo. Las mujeres con discapacidad tienen derecho al acceso a información, orientación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a contar con los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos. En todo caso, si la mujer decidiera someterse a una anticoncepción quirúrgica voluntaria, debe brindar su previo consentimiento informado.

En relación a la patria potestad, la premisa es que la ejercen los padres y sólo mediante proceso judicial en el que se analice el interés superior del niño o niña en el caso concreto, ello podría cambiar. En esta lógica, no se puede separar a un niño de sus padres por motivo de discapacidad del niño o de los padres. Sobre el particular, el TEDH en el caso *T and K Vs. Finlandia*<sup>148</sup> ha señalado que separar al niño o niña de sus padres por alguna discapacidad mental, si bien puede ser aceptado, solo puede darse de forma excepcional y siempre se debe buscar que la reunificación familiar se produzca.

De igual modo, en el caso *Kruskovic Vs. Croacia*<sup>149</sup>, se encontró responsabilidad del Estado por violación al derecho a la vida familiar en perjuicio del Sr. Kruskovic puesto que al ser privado de su capacidad civil, se le negó la posibilidad de reconocer la paternidad de su hija a

<sup>148</sup> Cfr. TEDH. Caso de *T and K Vs. Finlandia*. Sentencia del 12 de julio de 2001.

<sup>149</sup> Véase: TEDH. Caso *Kruskovic Vs. Croacia*. Application N° 46185/08, Sentencia del 21 de junio de 2011. Para revisar un análisis del caso, se puede revisar: FERNÁNDEZ, Silvia E. "Identidades sospechadas. De la violación de derechos personalísimos por razón de discapacidad". En: BARIFFI, F. (coord.). *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*. *Op. Cit.*, pp. 170-177.

pesar de contar con el consentimiento de la madre, requisito de acuerdo a la legislación interna. Dado el carácter personalísimo de este derecho, el reconocimiento no pudo ser realizado por el curador. Por tanto, se vulneró el derecho a ejercer la patria potestad y el acceso a la justicia, vinculados a la capacidad jurídica del Sr. Kruskovic así como el derecho a la identidad de la niña.

En síntesis, el respeto al hogar y a la familia de las personas con discapacidad mental e intelectual desde el reconocimiento de su capacidad jurídica supone que estas personas pueden decidir libremente con quién y cuándo contraer matrimonio así como, cuántos hijos tener y cuándo. Del mismo modo, se debe reconocer su derecho a ejercer la patria potestad y exigir que no se les separe de sus hijos en razón de su discapacidad.

#### **1.2.5. Acceso a la justicia a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual**

Este derecho es reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>150</sup>.

Sobre el particular, el artículo 13° de la CDPD establece que:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan *acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales*, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.
2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la *capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia*, incluido el personal policial y penitenciario [las cursivas son nuestras].

En relación al paradigma de capacidad jurídica, el acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental e intelectual debe considerar lo siguiente:

---

<sup>150</sup> La protección del acceso a la justicia y de las garantías judiciales enmarcadas en el debido proceso están amparados en los artículos 2° y 14° del PIDCP; en los artículos 6° y 13° del CEDH; en los artículos 8° y 25° de la CADH y; el artículo 7° de la Carta Africana; entre otros.

**a) No discriminación en el acceso a tribunales de justicia en nombre propio y en cualquier etapa del proceso**

El acceso a la justicia, de acuerdo con Agustina Palacios y con quien coincidimos, “comprende al derecho a la tutela judicial efectiva, pero, amplía su alcance a todas aquellas circunstancias sociales, económicas, personales y, de cualquier otro tipo que pudieran en la práctica, dificultar o impedir a las personas acceder al amparo de la justicia”<sup>151</sup>. Cabe recordar que tradicionalmente las personas con discapacidad mental e intelectual han participado en los procesos como demandantes o demandados, denegándoles la posibilidad de participar en igualdad de condiciones en cualquier etapa del proceso y en otros roles como el de testigos o parte civil<sup>152</sup>. Por ello, el acceso a tribunales de justicia debe garantizar que las personas con discapacidad mental e intelectual puedan ejercer dicho derecho por sí mismas y en cualquier etapa y rol durante el proceso.

Al respecto, el Comité DH<sup>153</sup> ha manifestado que al ser un derecho que protege a todas las personas, toda distinción en el acceso a los tribunales que no se pueda justificar de manera objetiva y razonable será considerada discriminatoria. Sin embargo, la mayoría de ordenamientos jurídicos impiden el acceso a los tribunales a las personas con discapacidad mental e intelectual, lo que como bien señala Dhanda<sup>154</sup>, tiene relación directa con la percepción de que estas personas no tienen capacidad jurídica. En efecto, figuras como la interdicción que declaran la incapacidad y proponen un modelo de sustitución en la toma de decisiones, limitan el acceso a la justicia de estas personas en nombre propio.

<sup>151</sup> PALACIOS, Agustina. “Discapacidad y acceso efectivo a la justicia. Una asignatura pendiente desde los derechos Humanos”. En: BARRIFFI, F. (coord.). *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*. Óp. Cit., p. 66.

<sup>152</sup> Cfr. WORLD NETWORK OF USERS AND SURVIVORS OF PSYCHIATRY. *Implementation manual of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. 2008. p. 17.

<sup>153</sup> COMITÉ DH. *Observación General N° 32* Artículo 14: Derecho a la igualdad ante cortes y tribunales y a un ensayo justo, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), párr. 9.

<sup>154</sup> DHANDA, Amita. *Legal Capacity in the CRPD*. India: Centre for Disability Studies NALSAR University of Law, p. 3

En el sistema europeo, es pertinente mencionar que el TEDH en el caso *Shtukurov Vs. Rusia*<sup>155</sup>, aún siendo un caso anterior a la entrada en vigencia de la CDPD, cuestiona los sistemas tradicionales de tutela señalando que la decisión de dictar sentencia sin ver ni oír al Sr. Shtukurov no puede considerarse razonable y vulnera el principio de contradicción, por tanto, el derecho a un proceso equitativo. Sin embargo, se declaró la violación de su derecho a la vida privada pues la injerencia en la vida de esta persona fue muy grave al discutirse su incapacitación total. Por tanto, el TEDH refirió que la persona afectada debió participar en el proceso para asegurar su derecho de defensa.

Asimismo, en el caso *Mikhaylenko vs. Ucrania*<sup>156</sup>, el TEDH ha determinado que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de esta persona con esquizofrenia porque las autoridades le denegaron la posibilidad de cuestionar judicialmente la curatela a la que había sido sometida. En efecto, a Nataliya Mikhaylenko se le separó de su niña por considerar que no tenía la capacidad para cuidarla; incluso se le nombró una curadora -a través de un proceso en el que ella no pudo participar- para extinguir la patria potestad sobre su hija y darla en adopción. De otra parte, fue forzada a vivir con su curadora, una de sus hermanas que, a decir de la señora Mikhaylenko, abusaba físicamente de ella. Sin embargo, no se admitió su denuncia por carecer de la capacidad jurídica necesaria. Por tanto, es un caso paradigmático que refleja cómo la falta de acceso a la justicia afecta el ejercicio de otros derechos fundamentales como vida privada y familiar, e integridad.

A nivel interamericano, la Corte IDH<sup>157</sup> ha señalado que el acceso a la justicia es un derecho enmarcado dentro de las garantías judiciales, requisitos que deben respetarse en las instancias

---

<sup>155</sup> Véase: TEDH. *Case Shtukurov vs. Rusia*. Application N° 44009/05. Sentencia del 27 de marzo de 2008. Para revisar un análisis del caso, se recomienda consultar: CUENCA, Patricia. "Caso Shtukurov vs. Rusia". En: BARRIFFI, F. (coord.). *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*. Óp. Cit., pp. 211-225.

<sup>156</sup> Véase TEDH. *Caso Mikhaylenko Vs. Ucrania*. Application No. 49069/11. Sentencia del 30 de mayo de 2013, párr. 27 – 40.

<sup>157</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr. 102; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. párr. 116; entre otros. Para mayor información

procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado. Por tanto, es necesario que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad mental e intelectual puedan contar con estas garantías.

En este marco, en el caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*<sup>158</sup>, la Corte IDH ha sentenciado que se vulneraron los derechos a la vida e integridad personal, las garantías judiciales<sup>159</sup> por las falencias en la investigación de la muerte de Ximenes (tardanza en el inicio de las investigaciones, la no oportuna preservación y recolección de la prueba, la falta de inspección en la casa reposo, etc.). De igual manera, se afectó el derecho a la protección judicial<sup>160</sup> porque no se les brindó a los familiares un recurso efectivo para garantizar el acceso a la justicia, la investigación, procesamiento, sanción y reparación correspondiente. De otro lado, en el caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*<sup>161</sup>, la Corte IDH ha destacado el importante rol del acceso a la justicia en lo que concierne a personas con diversidad funcional y a la eliminación de barreras de todo tipo que deben enfrentar para ejercer sus derechos y luchar contra la discriminación.

Asimismo, es importante mencionar las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”<sup>162</sup> en las que se incluye el acceso formal de las

---

sobre el derecho al debido proceso en el marco de la jurisprudencia interamericana, se recomienda revisar: SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

<sup>158</sup> CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. *Op. Cit.*, párr. 262.

<sup>159</sup> Sobre el particular, el artículo 8° de la CADH señala que:

1. Toda persona tiene *derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el *traductor o intérprete*, [...];
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un *defensor* proporcionado por el Estado [...].

<sup>160</sup> Al respecto, el artículo 25° de la CADH dispone que:

1. Toda persona tiene *derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales [...] (las cursivas son nuestras).

<sup>161</sup> *Cfr.* CORTE IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C-246, párr. 135-137.

<sup>162</sup> Adoptadas en el marco XIV de la Cumbre Judicial Iberoamericana durante los días 4,5 y 6 de marzo de 2008.

personas con discapacidad a los procesos judiciales así como el acceso efectivo a todas las instancias y medidas disponibles por la administración de justicia para que ello se concrete.

#### **b) Garantía de accesibilidad física y comunicacional**

Entre las principales barreras que encuentran las personas con discapacidad para ejercer su derecho al acceso a la justicia se encuentran los obstáculos arquitectónicos y comunicacionales. En efecto, muchas instalaciones donde se imparte justicia casualmente no resultan ser accesibles para todas las personas, lo que tiene un valor simbólico muy negativo al reafirmar la exclusión de este colectivo. De igual manera, es necesario que se implementen métodos alternativos de comunicación como el Braille, la lengua de señas así como el uso de un lenguaje sencillo a fin de que todas las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad mental e intelectual puedan acceder a la información más relevante en el proceso.

La Corte IDH<sup>163</sup> ha señalado que si no existieran medios de compensación que contribuyan a reducir o eliminar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad, difícilmente se podría afirmar que se respeta su derecho al acceso a la justicia y al debido proceso legal. Por ejemplo, el artículo 8° inciso 2) de la CADH que obliga a los Estados a asignar un traductor a quien es juzgado, a la luz del artículo 2° y 12° de la CDPD permite ampliar el contenido de esta disposición utilizando nuevos mecanismos como la asignación de un intérprete de señas o el uso de un lenguaje sencillo que permitan un auténtico entendimiento de las diversas etapas del proceso de toda persona con discapacidad sensorial o mental<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> CORTE IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. OC -16/99 del 1 de octubre de 1999, párr. 119; CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02. *Óp. cit.*, párr. 97.

<sup>164</sup> Artículo 2° de la CDPD: "La comunicación incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso. Por lenguaje se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal".

En este sentido, a la luz del paradigma del artículo 12° de la CDPD, los Estados deben eliminar de su legislación cualquier trato discriminatorio que dificulte su acceso a los tribunales en igualdad de condiciones, sean barreras legales, físicas o comunicacionales así como, implementar los ajustes razonables que se requieran<sup>165</sup>. Ello a fin de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental e intelectual en nombre propio y en cualquier etapa del proceso, asunto en el que la capacitación de los operadores de justicia es fundamental.

### **1.2.6. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en igualdad de condiciones en materia de asuntos económicos**

El reconocimiento de la autonomía y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en lo que concierne al ejercicio de sus derechos en materia económica es una de las barreras más difíciles de eliminar. Ello no sólo en razón de la percepción de la sociedad que considera a estas personas como “incapaces” a quienes se debe proteger para salvaguardar sus bienes sino también, debido al proceso de interdicción y régimen de curatela vigente en diversos ordenamientos que, en suma, reafirman un modelo de sustitución en la toma de decisiones. Por ejemplo, pueden heredar pero no vender una propiedad si no cuentan con un curador o curadora. Ello constituye un acto discriminatorio pues debería ser la persona con discapacidad mental o intelectual quien manifieste su voluntad y decida por sí misma, utilizando si así lo requiere, los apoyos necesarios<sup>166</sup>.

Tomando en cuenta lo enraizado de este estereotipo y barrera legal, la CDPD en su artículo 12° inciso 5 estipula que:

---

<sup>165</sup> Para mayor información sobre el vínculo entre el acceso a la justicia y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, véase: CISTERNAS, Soledad. “Las obligaciones internacionales para los Estados Partes en virtud del artículo 12° de la CDPD, vínculos con el artículo 13° e impacto en el Derecho interno”. En: BARIFFI, F. y A. PALACIOS (coord.) *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Óp. Cit.*, pp. 237-261.

<sup>166</sup> Cfr. CONSEJO NACIONAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Capacidad Jurídica y estado de interdicción de las personas con discapacidad en México. Recomendaciones para la implementación del Artículo 12° de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. México: Seminario sobre Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia. 2010. p. 9

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* [las cursivas son nuestras].

Sobre el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad para administrar sus asuntos económicos, recientemente el Comité CDPD<sup>167</sup> en el caso *Szilvia Nyusti, Péter Takács and Tamás Fazekas Vs. Hungría* ha señalado que el Estado no ha cumplido con su obligación de fiscalizar a una institución financiera privada que no implementó los ajustes razonables para garantizar la accesibilidad de clientes con discapacidad visual por lo que se vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación, accesibilidad y capacidad jurídica. En este sentido, es un avance que podría contribuir a afirmar la capacidad jurídica en esta materia de las personas con discapacidad mental e intelectual.

No obstante, la Corte IDH ha seguido la lógica de percibir a las personas con discapacidad mental e intelectual como “incapaces” de hacerse responsable frente a sus actos y como un peligro para la correcta administración de sus bienes, en especial en jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la CDPD. En esta línea, la Corte IDH ha señalado que “no existe discriminación [...] en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”<sup>168</sup>. Sin embargo, este tipo de actos constituyen un claro ejemplo de discriminación por motivo de discapacidad por lo que se requiere una reinterpretación de estos estándares desfasados a la luz del artículo 12° de la CDPD.

Finalmente, es preciso mencionar que estas restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica en el ámbito financiero obstaculizan el derecho a la vida independiente de las personas con discapacidad mental e intelectual, tema en el cual el manejo de recursos es trascendental. Del

<sup>167</sup> COMITÉ CDPD. *Caso Szilvia Nyusti, Péter Takács and Tamás Fazekas Vs. Hungría*. Comunicación N° 1/2010, 21 de junio de 2013, párr. 10. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Jurisprudence.aspx>. Consulta: 20 de agosto de 2013.

<sup>168</sup> CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02. Óp. Cit.*, párr. 48.

mismo modo, la garantía de la accesibilidad, los ajustes razonables y un sistema de apoyos idóneo son herramientas claves para el ejercicio real de estos derechos en materia de asuntos económicos.

### **1.3. Medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y, salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos**

El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual no sólo supone el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica en todos los ámbitos de la vida de estas personas, sean actos personalísimos como de carácter patrimonial, sino también la implementación de medidas de apoyo y salvaguardias que promuevan su ejercicio.

En esta línea, Bach y Kerzner<sup>169</sup> señalan que la definición de capacidad jurídica desde el modelo social no se concentra en los atributos o limitaciones individuales de la persona, sino más bien en las barreras sociales, económicas y legales que la persona enfrenta a la hora de formular o ejecutar decisiones personales así como, en el apoyo y los ajustes que requieren ser dados para facilitar la toma de decisiones.

En este contexto, el artículo 12° inciso 3 de la CDPD dispone que “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*” [las cursivas son nuestras].

---

<sup>169</sup> BACH, M. y Kerzner, L., *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Prepared for the Law Commission of Ontario, October 2010, p. 18.

De igual manera, el artículo 12° inciso 4 de la CDPD establece que:

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* [las cursivas son nuestras].

Si bien el tema de medidas de apoyo y salvaguardias se profundizará en el tercer capítulo en relación a una propuesta de lineamientos para su implementación en el Perú; es importante resaltar tres aspectos establecidos por la misma CDPD:

**a) Medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual**

El colectivo de las personas con discapacidad es diverso por lo que, de acuerdo a Michael Bach<sup>170</sup>, es preciso distinguir dos supuestos en relación a las medidas de apoyo. Primero, el estado autónomo para la toma de decisiones en el que son suficientes los ajustes razonables. Por ejemplo, las personas con discapacidad sensorial pueden tomar y comunicar sus decisiones mediante la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje simple u otras tecnologías de la comunicación. Por tanto, las personas con discapacidad sensorial podrían manifestar su voluntad y ejercer su capacidad jurídica sin recurrir a terceras personas como medida de apoyo en la toma de decisiones. En el caso de las personas con discapacidad mental e intelectual, un ajuste razonable sería el de brindar información en un lenguaje sencillo y accesible. Por ejemplo, una estrategia es el uso de flujogramas.

---

<sup>170</sup> Cfr. BACH, Michael. "El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa". En: BARRIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2011, pp. 91-107.

En contraste, un segundo supuesto es el estado asistido para la toma de decisiones. En otras palabras, se trata de las personas con discapacidad mental e intelectual que, como ha señalado el ACNUDH<sup>171</sup>, si bien cuentan con capacidad jurídica pueden requerir del apoyo de terceros para facilitar la toma de sus decisiones.

Evidentemente la prioridad es la de un familiar<sup>172</sup> o amistad, una persona de confianza elegida por la persona con discapacidad mental o intelectual a fin de que la asistencia brindada sea conforme a sus propias intenciones y objetivos de vida. Ello constituiría una red de apoyo informal. Sin embargo, cabe recordar que el Estado es el responsable de garantizar la idoneidad y calidad de los apoyos y que existirán situaciones en las que se pueden requerir redes de apoyo formales, dependiendo de la complejidad del acto, del grado de intromisión en la vida de la persona con discapacidad o de las circunstancias. Este aspecto sobre ejemplos prácticos de apoyos se retomará en el último capítulo de la tesis.

Finalmente, es preciso destacar que el concepto de apoyo es flexible y está en constante evolución como el concepto de discapacidad y capacidad jurídica. En este sentido, de acuerdo al Comité CDPD<sup>173</sup>, apoyo es un término que incluye una variedad de acuerdos de carácter formal e informal, acuerdos que pueden ser de distintas intensidades según los requerimientos de la persona que los solicita. Por ejemplo, se puede elegir una o más personas de confianza para varios tipos de decisiones: asistencia en la comunicación, un asistente personal, o la de un familiar, o la de un grupo de amigos, o la de una asociación, o la de un *ombudsman* o defensor oficial.

---

<sup>171</sup> ACNUDH. *Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos*. 2010, p. 19, 60 y 61.

<sup>172</sup> Se debe reconocer el importante papel que la CDPD otorga a las familias de las personas con discapacidad, lo que se evidencia en el literal x) del preámbulo y en los artículo 8° inciso 1 literal a), artículo 22° inciso 1, artículo 23° y artículo 28° de la CDPD.

<sup>173</sup> Cfr. COMITÉ CDPD. *Proyecto de Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. 25 de noviembre de 2013, párr. 15.

Independientemente de la implementación de un sistema de apoyos, el Estado peruano tiene la obligación de garantizar la accesibilidad conforme al artículo 9° de la CDPD (entorno físico, transporte, información y comunicaciones) y, los ajustes razonables conforme al artículo 2° de la CDPD (adaptaciones adecuadas que no impongan una carga desproporcionada cuando se requieran en un caso particular) en todos los ámbitos en los que las personas con discapacidad mental e intelectual ejercen su capacidad jurídica. Ello constituye garantías de no discriminación.

- b) Salvaguardias que aseguren que los apoyos respeten los derechos, la voluntad y las preferencias, sin conflicto de intereses ni influencia indebida; proporcionales y adaptadas a las circunstancias; aplicadas en el plazo más corto posible y sujetas a exámenes periódicos**

Las salvaguardias son garantías, mecanismos para evitar abusos por parte de las personas a quienes se confía el apoyo en la toma de decisiones. Cabe precisar que, al cumplir un rol de control al sistema de apoyo, las salvaguardias deberían ser ejercidas por personas distintas a las que proveen estos apoyos. Como señala la misma CDPD, los apoyos deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Al respecto, coincidimos con Agustina Palacios<sup>174</sup> que señala que las medidas de apoyo deben implementarse desde el modelo social, por ende, deben ser coherentes con la narrativa de vida de la persona con discapacidad, sus preferencias, valores, deseos, etc. La decisión debe ser tomada para la persona con discapacidad mental o intelectual, y no por ella. Por tanto, se trata de un mecanismo de promoción y, no de restricción o sustitución de la capacidad jurídica de la

---

<sup>174</sup> Véase: Presentación de Agustina Palacios “Introducción a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” y “Desde el modelo de sustitución hacia el modelo de apoyo en la toma de decisiones: la capacidad jurídica en la CIDPD”. En: *Seminario “Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos”*, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid del 15 al 18 de febrero de 2010. Sus materiales pueden consultarse en: [http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/eventos\\_actividades/seminarios\\_cursos\\_jornada\\_s\\_en\\_el\\_idhbc/materiales/seminario\\_capacidad\\_juridica\\_discapacidad\\_derechos\\_humanos](http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/eventos_actividades/seminarios_cursos_jornada_s_en_el_idhbc/materiales/seminario_capacidad_juridica_discapacidad_derechos_humanos). Consulta: 10 de junio de 2013.

persona con discapacidad. Asimismo, es fundamental que la persona que brinde el apoyo no tenga ningún conflicto de intereses ni influencia indebida en relación al acto jurídico sobre el que se le ha solicitado ayuda, sea de carácter patrimonial o personal.

De otro lado, las medidas de apoyo deben ser proporcionales y adaptarse a la situación de cada persona. Recordemos que el grupo de personas con discapacidad mental e intelectual también es diverso y que existen distintos grados de discapacidad. A mayor interferencia en los derechos de la persona con discapacidad, mayores medidas de protección deben aplicarse.

De igual manera, las medidas de apoyo deben aplicarse en el plazo más corto posible y deben sujetarse a exámenes periódicos pues deben brindarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir con el acto en cuestión. Esta salvaguardia está pensada para casos excepcionales en los que es muy difícil que la persona pueda manifestar su voluntad o preferencias. Por ejemplo, una persona en estado de coma. En este marco, la asistencia debe brindarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir con el acto en cuestión y debe evaluarse periódicamente su necesidad por parte del juez o autoridad competente e imparcial. Este aspecto se retomará en el último capítulo de la tesis.

### ***Conclusiones preliminares***

El primer capítulo de la tesis nos ha permitido conceptualizar el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual a la luz de lo dispuesto en el artículo 12° de la CDPD, tema que es uno de los mayores desafíos que plantea este tratado. Ello es de especial relevancia para el sistema interamericano donde nos encontramos con estándares desfasados que requieren ser reinterpretados conforme a la CDPD y a los instrumentos que la respaldan, por ejemplo, pronunciamientos del Comité CDPD,

del ACNUDH así como de las Relatorías Especiales para el tema de salud y, tortura y otros actos crueles, inhumanos o degradantes.

De igual modo, se ha afirmado que el reconocimiento de la capacidad jurídica supone el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 12° inciso 1 de la CDPD), norma entendida como la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. Es una condición inherente de toda persona que no está sujeta a ninguna restricción y forma parte del núcleo duro de derechos humanos.

Asimismo, se ha aclarado que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual engloba la capacidad de goce y de ejercicio, en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida (artículo 12° inciso 2 de la CDPD). En este sentido, la capacidad jurídica es un derecho en sí mismo y, a la vez, su reconocimiento es una condición necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales (civiles y políticos como económicos, sociales y culturales).

Por último, se determinó que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual implica garantizar el acceso a un sistema de apoyos y salvaguardias (artículo 12° incisos 3 y 4 de la CDPD) que debe estar orientado a promover la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad y su autonomía.

## Capítulo 2.- La situación de exclusión de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú y, las barreras para el reconocimiento de su capacidad jurídica asociadas a la interdicción y a la curatela

El objetivo del segundo capítulo es demostrar la situación de discriminación y exclusión que viven a diario las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú, incidiendo de manera particular en las barreras asociadas al proceso de interdicción y al régimen de la curatela, que enfrentan para ejercer su capacidad jurídica en diferentes ámbitos de su vida, razón por la cual se puede afirmar que las personas con discapacidad mental e intelectual son un grupo en condición de vulnerabilidad. Sobre el particular, la Corte IDH considera que:

Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad<sup>175</sup>.

Para efectos de mostrar la problemática que la tesis aborda, el capítulo está dividido en tres subcapítulos. En primer lugar, se presentará la situación de exclusión de las personas con discapacidad mental e intelectual en el país a partir de los perfiles sociodemográficos, la valoración de este colectivo en la sociedad así como su relación con la pobreza. En el segundo subcapítulo, se evaluarán los principales instrumentos de la política pública en el marco del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, entre los que destaca la Ley N° 29973 - Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad. En el último subcapítulo, se identificarán las principales barreras que enfrentan las personas con discapacidad mental e intelectual, asociadas al proceso de interdicción y a la curatela y, que limitan el ejercicio de su capacidad jurídica en relación a otros derechos fundamentales.

---

<sup>175</sup> CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Óp. Cit., párr. 103. Para un análisis del caso, se recomienda consultar: GALVÁN. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil". En: BARIFFI, F. (coord.). *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*. Óp. Cit., pp. 179-188.

## 2.1. Discriminación y exclusión de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú

Al igual que en la mayoría de países de la región, las personas con discapacidad en el Perú constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad al estar más expuestas a la afectación de sus derechos y a la restricción al acceso de servicios públicos, siendo aún más vulnerable la condición de las personas con discapacidad mental, grupo históricamente invisibilizado, discriminado y excluido.

De acuerdo al preámbulo de la CDPD, la discapacidad es una construcción social que evoluciona en base a las actitudes y a la valoración de la sociedad hacia las personas con esta condición<sup>176</sup>. Por tanto, es una categoría social, dinámica y en permanente cambio. En este contexto, cabe recordar que conforme al modelo de prescindencia y al modelo médico rehabilitador, las personas con discapacidad mental e intelectual son consideradas anormales, dependientes e incapaces debido a un pensamiento dicotómico que como señala Rodrigo Jiménez<sup>177</sup> ha llevado a percibir a estas personas como objetos de discriminación y exclusión.

En contraste, el modelo social consolidado en la CDPD, como señala el ACNUDH, “constituye un cambio paradigmático de actitud que va de la percepción de las personas con discapacidad como objetos de caridad, del tratamiento médico y de la protección social, a la de sujetos de derechos capaces de reclamar esos derechos como miembros activos de la sociedad”<sup>178</sup>. De este modo, se promueve la valoración positiva de la diversidad.

---

<sup>176</sup> Aún es frecuente escuchar “minusválido”, “inválido”, “enfermo” o “discapacitado” que suponen la idea de que la discapacidad es intrínseca a la persona. De igual manera, se hace referencia a “personas con habilidades diferentes” o “personas con diversidad funcional” que tampoco son términos adecuados ya que todos podríamos ingresar en estas categorías. Sería más idóneo referirse a “personas en situación de discapacidad” para reforzar la idea de que la discapacidad está principalmente en las barreras del entorno. No obstante, en la tesis se utilizará “personas con discapacidad” por ser la denominación reconocida por la CDPD y por el mismo movimiento de personas con discapacidad.

<sup>177</sup> Cfr. JIMÉNEZ S., Rodrigo. Capítulo I Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos: “Patriarcado y Discapacidad”. En *Derecho y Discapacidad*. San José: Universidad Nacional de Costa Rica, 2008, p.7.

<sup>178</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad*. Op. Cit., párr. 21.

En este marco y según lo dispuesto por la CDPD, los Estados partes tienen la obligación de contar con información estadística confiable, actualizada y desagregada sobre la situación de las personas con discapacidad<sup>179</sup>, lo que es importante para el diseño de una política pública que responda a las necesidades específicas y reales de la población a la cual está dirigida.

No obstante, contar con este tipo de información ha sido una de las mayores dificultades para implementar una política pública efectiva que garantice la inclusión real de las personas con discapacidad en el país. Por ello es que los recientes resultados de la ENEDIS<sup>180</sup>, primera encuesta especializada en materia de discapacidad a nivel nacional y que fueron presentados el 15 de julio de 2013, constituyen un avance importante. Sin embargo, es preciso señalar algunas observaciones a los resultados que arroja esta encuesta.

En primer lugar, llama la atención la brecha entre la cifra total de personas con discapacidad a nivel nacional puesto que parece existir un sub registro en el reporte de la ENEDIS en relación a la ENCO del primer semestre 2006<sup>181</sup>. En efecto, la ENEDIS señala que son 1'575 402 personas con discapacidad a nivel nacional, lo que equivale al 5.2% de la población nacional<sup>182</sup>. Sin embargo, la ENCO arrojó que el 8.9% de la población peruana cuenta con

<sup>179</sup> Artículo 31° de la CDPD: Los Estados Partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención. [...] 2. La información recopilada de conformidad con el presente artículo se desglosará, en su caso, y se utilizará como ayuda para evaluar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones conforme a la presente Convención, así como para identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos [...].

<sup>180</sup> INEI. *Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad*. Aprobada mediante Resolución Jefatural N° 277-2012-INEI, de fecha 15 de octubre de 2012. Se trata de un esfuerzo del INEI en coordinación con el MIMP y el CONADIS. Sus resultados se encuentran disponibles en: <http://www.inei.gob.pe/estadisticas/encuestas/>. Consulta: 20 de agosto de 2013.

<sup>181</sup> Sobre los resultados de la ENCO 2006 y, el Censo Nacional de Población y Vivienda de 2007, se recomienda consultar: SODIS. *Estadísticas sobre la situación de las personas con discapacidad*. Lima, 2009. Al respecto, se debe considerar que el Censo de 2007 reveló que existe una prevalencia de 10.9% de hogares con al menos una persona con discapacidad en el país. Disponible en: <http://desa.inei.gob.pe/censos2007/tabulados/?id=CensosNacionales>. Consulta: 13 de mayo de 2013. De igual manera, se recomienda revisar: BREGAGLIO, Renata. *¿Quiénes son, dónde están y qué necesitan? Las cifras del censo del INEI sobre discapacidad*. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/notas-informativas/quienes-son-donde-estan-y-que-necesitan-las-cifras-del-censo-del-inei-sobre-discapacidad/>. Consulta: 17 de julio de 2013.

<sup>182</sup> Cabe precisar que para la ENEDIS, del 5.2% de la población con discapacidad a nivel nacional, sólo el 38.6% presenta un único tipo de limitación, el 30,3% dos limitaciones, 17,7% tres limitaciones, 9,2% cuatro limitaciones y el 4,3% cinco o más limitaciones.

algún tipo de dificultad o limitación física o mental<sup>183</sup>. Por tanto, ¿cómo se explica que en el 2013 la ENEDIS registre un 3.7% menos de personas con discapacidad en relación a la ENCO de 2006?<sup>184</sup> La respuesta podría estar en el tipo de población encuestada y en la metodología utilizada.

Respecto al primer punto, es preciso mencionar que la encuesta se aplicó en un periodo de seis meses a una muestra de 350 000 familias, excluyendo a la población residente en viviendas colectivas como cárceles, cuarteles, hospitales, claustros religiosos, entre otros. Ello porque de acuerdo a la ficha técnica de la ENEDIS, el estudio se centró en las personas residentes de las viviendas tanto del área urbana, como del área rural de los veinticuatro Departamentos y la Provincia Constitucional del Callao. De esta manera, se dejó de lado, por ejemplo, a todas las personas con discapacidad mental e intelectual que viven en centros de salud.

En relación con la metodología utilizada, la ENCO formuló preguntas en términos de discapacidad, entendida como algún tipo de dificultad o, limitación física o mental mientras que la ENEDIS planteó preguntas en términos de limitaciones para realizar actividades diarias, lo que es un acierto pues identifica las deficiencias frente a las barreras, conforme a la CDPD. De esta manera se planteaba, por ejemplo, si alguna de las personas en el hogar presentaba limitaciones permanentes de comunicación, de aprendizaje o de relación con los demás.

---

<sup>183</sup> INEI. *Resultados de la Encuesta Nacional Continua –ENCO 2006. Primer semestre*. Capítulo 8 Discapacidad. Lima, noviembre 2006, pp. 95-103. Disponible en: <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0692/libro.pdf>. Consulta: 27 de agosto de 2013.

<sup>184</sup> En el mismo sentido, la ENEDIS arroja que del 5.2% de la población con discapacidad a nivel nacional, existen 32.1% de personas con limitaciones para entender o aprender (506 mil personas) y 18.8% de personas con limitaciones de relacionarse con los demás o psicosociales (295 438 mil personas). En contraste, según la ENCO 2006, del 8.9% de la población con discapacidad a nivel nacional, la discapacidad visual representa el 4.7%; la discapacidad motora, el 2.9%; la discapacidad auditiva, el 2.2%; la discapacidad mental, el 1.2%; la discapacidad de lenguaje, el 1.2% y; quienes presentan otros tipos de discapacidad, el 0.1%. Por tanto, mientras para la ENEDIS, del total de población con discapacidad, el 50.9% son personas con discapacidad mental e intelectual (con limitaciones para entender o aprender y con limitaciones psicosociales); la ENCO 2006 reportó que del total de población con discapacidad, sólo existía el 2.4% de personas con discapacidad mental e intelectual.

Resulta interesante para la tesis que la ENEDIS haya indagado acerca de la utilización de apoyos para superar la limitación (objetos o personas de apoyo), así como respecto a la característica de la limitación (grave, ligera, moderada, completa o desconocida), aspectos que se retomarán en el tercer capítulo al proponer los lineamientos para la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias en el país. Sobre el particular, se reportó que el 41% de familiares de las personas con discapacidad deben dejar de lado actividades cotidianas por dedicarse al cuidado de aquellas personas con algún grado de dependencia ante la falta de apoyos que debería implementar el Estado.

La ENEDIS permite también mostrar la situación de exclusión que atraviesan las personas con discapacidad. En efecto, preocupa que el 38.2% de las personas con discapacidad señale que no tiene seguro de salud<sup>185</sup>; que el 22.5% refiera tener educación secundaria y que sólo el 11.4% señale que tiene educación superior<sup>186</sup>. Además, se reporta que el 12.1% de la población con discapacidad, en edad de trabajar, está desocupada. En consecuencia, se requiere de una política pública más articulada y que realmente responda a las necesidades de la población con discapacidad en el Perú, con particular atención en las personas con discapacidad mental e intelectual que son quienes enfrentan mayores barreras para desarrollarse plenamente.

Precisamente, la situación de exclusión descrita es difícil de comprender si consideramos que la discapacidad forma parte de la condición humana pues casi todas las personas tendremos algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de la vida. A pesar de

---

<sup>185</sup> Preocupa que no se implementen programas de salud, seguridad social y mayores servicios de rehabilitación para personas con discapacidad y que, la mayoría de seguros privados de salud discriminen a estas personas. Cabe resaltar el caso de Sandra Celiz cuya familia denunció a Seguros Rímac por impedir que su hija con Síndrome Down acceda a una de sus pólizas de seguro médico equiparando discapacidad con enfermedad y alegando que la persona con esta condición representa un riesgo muy elevado. Al respecto, el INDECOPI ha sentado un precedente favorable pues mediante Resolución 3329-2011/CPC del 13 de diciembre de 2011, ratificada por la Resolución 2135-2012/SC2 del 11 de julio de 2012, multó a la compañía y reafirmó que la libertad de empresa no puede afectar el derecho a la igualdad y no discriminación. Sobre este caso, la Clínica Jurídica sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la PUCP presentó un *amicus curiae*. Para mayor información sobre el trabajo de esta Clínica Jurídica, se puede visitar: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/clinica-juridica/>. Consulta: 25 de agosto de 2013.

<sup>186</sup> Ello nos plantea el reto de incidir en la política de educación inclusiva en todos los niveles. Un análisis sobre implementación de la política de educación inclusiva en la primaria, se puede revisar en: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 155 "Los niños y niñas con discapacidad: Alcances y limitaciones en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas del nivel primaria"*. Lima, 2011.

ello, persisten diversas barreras en la sociedad que las personas con discapacidad deben enfrentar a diario. Por ejemplo, en el acceso a la salud y servicios de rehabilitación, en el ámbito de la educación de calidad y del empleo digno y, en el acceso al transporte y a las comunicaciones.

Además de estos obstáculos, se imponen barreras legales, en especial, a las personas con discapacidad mental e intelectual que restringen o limitan el ejercicio de sus derechos en diferentes ámbitos de su vida, como se abordará en la siguiente sección. Son estas restricciones para la toma de sus propias decisiones y, lo más complejo, los prejuicios y la discriminación<sup>187</sup> que en conjunto demuestran que la sociedad peruana no es inclusiva sino “discapacitante”<sup>188</sup>. Sin embargo, no sólo se trata de que la sociedad o los familiares consideren a las personas con discapacidad mental e intelectual como ciudadanos y ciudadanas plenas sino que estas mismas personas tengan esta valoración. En este sentido, como afirman Quinn y Degener, “el cambio hacia el modelo social se produce cuando las personas con discapacidad se ven a sí mismas como sujetos de derechos y son vistas por otros de esta manera”<sup>189</sup>.

A pesar de los avances en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual como la adopción de la CDPD y la Nueva Ley General de las Personas con Discapacidad – Ley N° 29973, a poco más de cinco años de la entrada en vigor de la CDPD, muchas de estas personas viven segregadas en sus casas con sus familiares o en instituciones, como consecuencia de las múltiples barreras de la sociedad para su inclusión.

---

<sup>187</sup> Respecto a la discriminación, cabe recordar el caso emblemático de Vilma Palma Calle, quien con el apoyo de la Defensoría del Pueblo, logró una sentencia a su favor por la discriminación de cuatro docentes del Instituto Superior Tecnológico Público “Manuel Arévalo Cáceres”. Estos docentes se oponían a que Vilma Palma realizara sus prácticas en dicho lugar y se negaban a ser asistidos por ella en un laboratorio por motivo de su discapacidad física y de lenguaje. El caso se resolvió a su favor con una sentencia de tres años de pena privativa de libertad suspendida, inhabilitación por un año y el pago de una reparación civil. Véase: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE. *Sentencia de la Segunda Sala Especializada Penal de Reos Libres*. 11 de marzo de 2010.

<sup>188</sup> DE LORENZO, Rafael y Agustina PALACIOS. *Loc. Cit.*

<sup>189</sup> QUINN, Gerard y Theresia DEGENER. *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, documento HR/PUB/02/1, 2002, p. 12.

Y es que como afirmó Bengt Lindqvist<sup>190</sup>, ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Discapacidad, la exclusión es la palabra que mejor define la situación de las personas con discapacidad. Por ello, la importancia de la concientización sobre los derechos de todas las personas con discapacidad y sus capacidades.

Sobre la relación entre discapacidad y pobreza, el preámbulo de la CDPD señala que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza<sup>191</sup>. De igual manera, un estudio de Naciones Unidas<sup>192</sup> estimó que el 80% de las personas con discapacidad viven en países en desarrollo. Por tanto, se puede afirmar que discapacidad y pobreza son condiciones que se refuerzan mutuamente. Como plantea Barnes<sup>193</sup>, la pobreza genera discapacidad pues muchas deficiencias son causadas por malnutrición, condiciones de trabajo deficientes, entre otros; pero también, la discapacidad genera pobreza por la falta de oportunidades y por los sobrecostos relacionados a la atención de la discapacidad. Al respecto, como afirma Elizabeth Salmón<sup>194</sup>, resulta importante plantear este debate en términos de obligaciones jurídicas puesto que no solo permite que se hable de necesidades, sino también de derechos humanos en las políticas públicas.

Asimismo, cabe mencionar que existe un costo social y económico de segregar y excluir a las personas con discapacidad mental e intelectual por los efectos adversos sobre los procesos de desarrollo<sup>195</sup>. Por ejemplo, no sólo se puede limitar el acceso al empleo de las propias

---

<sup>190</sup> Discurso de Bengt Lindqvist, ex relator especial de las Naciones Unidas sobre Discapacidad, en la sesión 54 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Marzo – abril 1998. Disponible en: <http://www.independentliving.org/standardrules/Lindqvist804.html>. Consulta: 28 de febrero de 2014.

<sup>191</sup> Al respecto, la Asamblea General de la OEA aprobó la Declaración del Derecho de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (2006-2016) y, el Programa de Acción para el Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (2007) que destaca la necesidad de mitigar el impacto negativo de la pobreza en la población con discapacidad.

<sup>192</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS. *Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, Serie de Capacitación Profesional N° 17, documento HR/P/PT/17, 2010, p. 7.

<sup>193</sup> Cfr. BARNES, Colin. “Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?” En BROGNA, Patricia (comp.) *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México D.F.: FCE, 2010, p. 13.

<sup>194</sup> Cfr. SALMÓN, Elizabeth. “El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos”. SUR – *Revista internacional de Derechos Humanos*, año 4, número 7. Sao Paulo: Red Universitaria de Derechos Humanos. 2007, pp. 152 - 167.

<sup>195</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS. *Informe del Secretario General. Quinto examen y evaluación quinquenal del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*. Nueva York y Ginebra documento A/63/183, 2008, párr. 11.

personas con discapacidad sino también de los familiares que, al tener que ocuparse del cuidado de la persona con discapacidad, suelen tener trabajos a medio tiempo o trabajos informales que tampoco les permiten generar ingresos significativos.

Sin embargo, coincidimos con Amartya Sen<sup>196</sup>, al señalar que pobreza no significa solamente la escasez de recursos materiales o económicos sino que expresa principalmente la incapacidad de las personas de poder elegir el estilo de vida que ellas más prefieren. En consecuencia, se puede afirmar que las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú no sólo viven en situación de pobreza por la falta de recursos económicos o por las limitaciones al acceso de servicios públicos sino también por las barreras legales y actitudinales que les impiden tomar sus propias decisiones de manera libre y participar de manera plena en la sociedad.

Finalmente, es importante destacar que la situación de exclusión de las personas con discapacidad no se manifiesta de la misma manera en relación a todos los tipos de discapacidad. Así, como lo ha sostenido el Comité CDPD<sup>197</sup>, las personas con discapacidad mental suelen ser las más estigmatizadas, excluidas e invisibilizadas en la sociedad peruana al enfrentarse a estereotipos muy arraigados en la sociedad que equipara a la discapacidad mental con incapacidad así como a barreras legales que les impiden tomar sus decisiones de manera autónoma.

Al respecto, coincidimos con Gábor Gombos<sup>198</sup> quien afirma que no reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual las coloca en un escenario de “muerte civil” porque la capacidad jurídica no sólo es un derecho en sí mismo sino también una

---

<sup>196</sup> Véase SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Barcelona, Editorial Planeta, 2000. Traducción de “*Development as Freedom*”, New York: Knopf, 1999. Además, SEN, Amartya “Disability and Justice”, discurso brindado en el 2004 World Bank International Disability Conference, “Disability and Inclusive Development: Sharing, Learning and Building Alliances”, Diciembre 2004. Se puede acceder al discurso en: [http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/214576-1092421729901/20291152/Amartya\\_Sen\\_Speech.doc](http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/214576-1092421729901/20291152/Amartya_Sen_Speech.doc).

Consulta: 7 de agosto de 2013.

<sup>197</sup> Cfr. COMITÉ CDPD. *Proyecto de Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. 25 de noviembre de 2013, párr. 9.

<sup>198</sup> GOMBOS, Gábor. “From civil death to full personhood: Ireland’s challenges to implement CRPD”. En: Conferencia *Supported decision making in theory and practice*, realizado en Irlanda el 29 de abril de 2013. Su presentación está disponible en: <http://www.amnesty.ie/our-work/supported-decision-making-theory-and-practice>. Consulta: 7 de octubre de 2013.

condición necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales vinculados al respeto de la dignidad humana y a la autonomía.

## 2.2 Instrumentos de la política pública en materia de discapacidad: ¿una protección efectiva de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual?

Luego de haber analizado la situación de exclusión de las personas con discapacidad mental e intelectual en el país, es pertinente evaluar si los principales instrumentos de la política pública<sup>199</sup> sobre la materia garantizan una protección efectiva de la capacidad jurídica de este colectivo, en el marco del proceso de implementación de la CDPD<sup>200</sup> y de sus principios<sup>201</sup>. De igual manera, es importante evaluar si se está incorporando la transversalización de la discapacidad o *mainstreaming disability*<sup>202</sup> como una estrategia de diseño de políticas, pero, también de participación de este colectivo en todo su proceso de desarrollo (diseño, ejecución, evaluación y monitoreo). Ello en concordancia con el lema del movimiento de personas con discapacidad: “nada sobre nosotros sin nosotros”<sup>203</sup>.

<sup>199</sup> Las políticas públicas, entendidas como una serie de acciones estatales a fin de diseñar e implementar una obligación internacional, o cualquier ámbito de control estatal (laboral, tributario, educativo, médico, entre otros). Cfr. LINDBLOM, Charles. *El proceso de elaboración de políticas públicas. Capítulo 1: La política desde la perspectiva del proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid: MAP, 1991, p. 13.

<sup>200</sup> Para ello, se creó la Comisión Multisectorial Permanente, mediante Decreto Supremo N° 080-2008-PCM de fecha 4 de diciembre de 2008, como mecanismo de coordinación. Esta Comisión está conformada por representantes del MIMP que la preside, del CONADIS que está a cargo de la Secretaría, del Congreso de la República, de la PCM, del MTC, del MINSA, del MINTRA, del MINEDU y de organizaciones de personas con discapacidad. Sin embargo, hace falta que se aclaren sus funciones y las del CONADIS para garantizar la plena participación de las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan.

<sup>201</sup> Los principios establecidos en el artículo 3° de la CDPD son la *dignidad*; la *autonomía individual*, incluida la *libertad de tomar las propias decisiones y su independencia*; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad y, la igualdad entre el hombre y la mujer [las cursivas son nuestras].

<sup>202</sup> La primera vez que se utilizó el término “*mainstreaming disability*” fue en el Estudio de Línea de Base sobre Inclusión y Discapacidad en las actividades del Banco Mundial, haciéndose paralelos con el enfoque de género. Véase: STIENSTRA, Deborah y Henry ENNS, et alia. *Baseline Assessment: Inclusion and Disability in World Bank activities*, 2002. Además, se recomienda revisar: ONU. *Incorporación de la perspectiva de la discapacidad en el programa de desarrollo. Consejo Económico y Social*. Doc. E/CN.5/2008/6. <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=1110>. Consulta: 15 de mayo de 2013.

<sup>203</sup> CHARLTON, James I. *Loc. Cit.*

### 2.2.1. Constitución Política del Perú de 1993<sup>204</sup>

Nuestra Carta Magna se refiere a la protección general de los derechos de la población con discapacidad en su artículo 7° señalando que “la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. De igual manera, el artículo 16° dispone que “es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de limitaciones mentales o físicas”. Finalmente, el artículo 23° señala que “el impedido que trabaja es objeto de protección prioritaria por el Estado”.

Si bien los términos utilizados para referirse a las personas con discapacidad, así como una lectura aislada de estos artículos, nos podría acercar más a un modelo médico (enfocado en los derechos de educación y trabajo); una interpretación sistemática de la Constitución nos orienta hacia un modelo social y hacia el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad.

Esta interpretación se hace tomando en consideración el artículo 1° de la Constitución que afirma que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. De igual manera, el artículo 2° numeral 2 recoge el principio de igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación por lo que “se prohíbe cualquier distinción que se base en motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Además, de acuerdo al artículo 3°, “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Por último, la Cuarta

---

<sup>204</sup> Publicada el 30 de diciembre de 1993 en El Diario Oficial El Peruano.

Disposición Final y Transitoria de la Constitución dispone que “el contenido de los derechos que reconoce la Constitución debe interpretarse de conformidad con la DUDH y con los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Estado peruano”.

En consecuencia, si bien es criticable la utilización de términos como “persona incapacitada” o “impedido” así como el énfasis en las “deficiencias o limitaciones” para definir la discapacidad, el contenido de los derechos de este colectivo se debe interpretar en concordancia con la misma CDPD. En esta lógica, se puede afirmar que existe un reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, amparado en el artículo 12° de la CDPD. Ello se refuerza por el mandato de igualdad y no discriminación (artículo 2°) así como con el reconocimiento de derechos constitucionales implícitos que se fundan en la dignidad humana (artículo 3°) de nuestra Carta Magna.

### **2.2.2. Ley N° 29973 - Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad<sup>205</sup>**

Su antecedente es la Ley N° 27050 - actualmente derogada - que adoptó esencialmente el modelo médico rehabilitador utilizando una definición de la discapacidad centrada en las deficiencias y validando un modelo de sustitución en la toma de decisiones y, no reconocía plenamente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual<sup>206</sup>.

En contraste, la Ley N° 29973 - Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad, adopta esencialmente el modelo social, reconociendo en su artículo 2° que:

---

<sup>205</sup> Publicada el 24 de diciembre de 2012 en El Diario Oficial El Peruano. Fue propuesta por una iniciativa ciudadana que contó con el apoyo de más de cien mil personas. Cabe destacar el importante rol de Javier Diez Canseco en la lucha de los derechos de las personas con discapacidad en el país quien se convirtió en uno de los principales promotores de esta Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad.

<sup>206</sup> Sin embargo, la derogada Ley N° 27050 dispuso algunas medidas para promover la igualdad de oportunidades. Por ejemplo, la creación del CONADIS como responsable de la formulación y aprobación de políticas de atención de las personas con discapacidad; la disposición de que los gobiernos regionales y municipalidades deben contar con OREDIS y OMAPED y, se estableció que la Defensoría del Pueblo contara con una Adjuntía especializada en la defensa de este colectivo. De igual manera, se prohibió la negación del acceso, retiro o expulsión de centros educativos por razones de discapacidad y se dispuso que las entidades públicas deben contratar personas con discapacidad en una proporción no menor al 3% de su personal. Además, se estableció que toda infraestructura de uso comunitario, público y privado, debe ser accesible para las personas con discapacidad.

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

Si bien la definición de discapacidad planteada por la ley aborda la interacción de la deficiencia y la barrera, como afirma el Grupo de Trabajo Nacional de Perú para la Red CDPD<sup>207</sup>, es interesante plantear el debate sobre si el cambio de “deficiencias a largo plazo” establecido en la CDPD por “deficiencias de carácter permanente” que introduce la Ley N° 29973, reduce o no el estándar de protección. Al respecto, consideramos que pueden existir deficiencias que sin ser permanentes generen una discapacidad por lo que hubiera sido más idóneo mantener la redacción de la CDPD.

En relación con la concepción de la discapacidad, otro aspecto que es perfectible es el artículo 76° de la Ley N° 29973 pues se presenta como un rezago del modelo médico al señalar como requisito la certificación médica para que las personas con discapacidad puedan registrarse en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad a cargo del CONADIS<sup>208</sup>, descartando una evaluación multidisciplinaria y centrada en las capacidades, de acuerdo al modelo social.

No obstante estas observaciones, la Ley N° 29973 es el avance más significativo en la política pública en discapacidad<sup>209</sup>. En efecto, incorpora los principios de la CDPD como orientadores

---

<sup>207</sup> RED CDPD. *Propuesta de reformas legislativas en relación a las normas incompatibles del ordenamiento jurídico nacional con el artículo 12° de la CDPD*. Grupo de Trabajo Nacional de Perú, 2012, Lima, p. 2.

<sup>208</sup> Artículo 76° de la Ley N° 29973: “El certificado de discapacidad acredita la condición de persona con discapacidad. Es otorgado por todos los hospitales de los ministerios de Salud, de Defensa y del Interior y EsSalud. La evaluación, calificación y la certificación son gratuitas”.

<sup>209</sup> Es valioso que esta nueva Ley disponga la incorporación del enfoque de la discapacidad de manera transversal y que proponga medidas concretas para este fin. Por ejemplo, en salud, entre los artículos 26° y 34° se afirma el derecho de las personas con discapacidad a acceder a prestaciones de salud que cubran su rehabilitación integral, la atención domiciliaria, la asistencia personal, los centros de atención intermedia y residenciales y, se prohíbe su discriminación por parte de seguros públicos y privados. En educación, se reconoce en el artículo 35°, el derecho a la educación inclusiva en todas las modalidades del sistema educativo, garantizando la accesibilidad y calidad del servicio. En cuanto al trabajo, el artículo 49° extiende la cuota mínima de 3% de trabajadores con discapacidad a los empleadores privados con más de cincuenta trabajadores. Además, se establece que las entidades públicas tienen la obligación de contratar al menos un 5% de personas con discapacidad como parte su personal. Todas estas medidas relacionadas a la salud, educación y trabajo nos permitirá promover una mayor inclusión de las personas con discapacidad mental e intelectual. También se debe mencionar que el artículo 59° establece una pensión no contributiva del Estado a favor de las personas con discapacidad severa en situación de pobreza, reconociendo la especial condición de vulnerabilidad de este grupo. Por último, entre el artículo 80° y 85° se consignan tres tipos de sanciones por el incumplimiento de la presente Ley, lo que en definitiva es una forma de promover el respeto hacia esta norma.

de las distintas políticas y programas del Estado (artículo 4º) y, crea el SINAPEDIS para asegurar el cumplimiento de las políticas públicas sobre la materia (artículo 72º). De igual manera, un acierto importante es que se especifica el derecho a la no discriminación por motivos de discapacidad considerando que la denegación de ajustes razonables<sup>210</sup> constituye un acto discriminatorio (artículo 8º)<sup>211</sup>.

Otro aspecto a mencionar es la garantía de la accesibilidad<sup>212</sup>, regulada entre los artículos 15º y 25º, en relación a espacios públicos, medios de transporte, información y comunicaciones así como servicios de salud, educación, empleo y justicia. Este tema es importante porque en diversas ocasiones se restringe la capacidad jurídica de las personas con discapacidad alegando que son personas que no pueden manifestar su voluntad, desconociendo la existencia de herramientas alternativas de comunicación.

Por último y en relación directa con el tema de esta tesis, cabe resaltar el artículo 9º de la Ley N° 29973 que dispone:

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.

9.2 El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.

<sup>210</sup> El artículo 2º de la CDPD señala que son ajustes razonables, “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”. Al respecto, cabe destacar el caso de Edwin Béjar en el que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco señaló que Edwin sufrió discriminación por motivos de su discapacidad visual ya que el Consejo Nacional de la Magistratura le denegó los ajustes razonables debidos y no le permitió rendir un examen de conocimientos en igualdad de oportunidades, siendo excluido del concurso público para ocupar una plaza como fiscal en Cusco. Para mayor información, véase: OLIVERA, Jean Franco y Carla VILLARREAL. “Caso Edwin Béjar: Denegación de ajustes razonables como vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación”. En: BARIFFI, F. (coord.) *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos. Algunas experiencias de Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, pp. 381-396.

<sup>211</sup> El artículo 8º inciso 2 de la Ley N° 29973 señala que discriminación por motivo de discapacidad es “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”.

<sup>212</sup> Sobre este tema es preciso conocer leyes como la Ley N° 27408, publicada el 23 de enero de 2000 en el Diario Oficial El Peruano, que establece la atención preferente a mujeres embarazadas, niños y adultos mayores en lugares de atención al público así como que los servicios y establecimientos de uso público, de carácter estatal o privado, deben implementar medidas para facilitar su acceso. También, la Ley N° 29830, publicada el 6 de enero de 2012 en el Diario Oficial El Peruano, que promueve y regula el uso de perros guía por parte de personas con discapacidad visual para garantizar su libre acceso a lugares públicos o privados de uso público.

Asimismo, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad<sup>213</sup>.

Por tanto, es la primera norma de nuestro ordenamiento jurídico que de manera específica reconoce la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida, con especial incidencia en el manejo de los asuntos económicos, el derecho a contraer matrimonio y, a decidir sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad. En el mismo sentido, es valioso lo dispuesto sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluida en la comunidad (artículo 11°), reconocido también por primer vez en una norma interna, así como el derecho a la participación en la vida política y pública (artículo 12°). Precisamente estos son los principales ámbitos en los que las personas con discapacidad mental e intelectual han encontrado barreras para desarrollarse.

Por todo lo expuesto, coincidimos con la Defensoría del Pueblo<sup>214</sup> que afirma que la Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad supone un mayor desarrollo de los derechos de este colectivo en relación a lo establecido por la derogada Ley N° 27050. La nueva Ley N° 29973 es un gran logro en la implementación de la CDPD pues reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad mental e intelectual y, la importancia de un sistema de apoyo en la toma de decisiones en el marco de un modelo social.

Sin embargo, aún está pendiente la reglamentación de la Ley N° 29973 al igual que de otras normas relevantes en materia de discapacidad como la Ley N° 30150 - Ley de protección de las personas con trastorno del espectro autista (TEA)<sup>215</sup>; la Ley N° 29535 - Ley que otorga

---

<sup>213</sup> Es preciso recordar que la Ley N° 29973 se aprobó por el Pleno del Congreso en segunda votación pues a pesar de haber sido aprobada por unanimidad en una primera votación, el Ejecutivo observó el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo que evidencia las resistencias en torno a este tema.

<sup>214</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Nota de Prensa 312/OCII/DP/2012*. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/portal-noticias.php?n=9396>. Consulta: 13 de mayo de 2013. Cabe mencionar que, de acuerdo al artículo 86° de la Ley N° 29973, la Adjuntía para la defensa y promoción de los derechos de la persona con discapacidad realiza el seguimiento de la aplicación de la CDPD. Para mayor información del Programa de Discapacidad de esta institución, se puede consultar: <http://www.defensoria.gob.pe/grupos-eatencion.php?des=18>. Consulta: 15 de mayo de 2013.

<sup>215</sup> Publicada el 8 de enero de 2014 en El Diario Oficial El Peruano.

reconocimiento oficial a la Lengua de Señas Peruana<sup>216</sup>; la Ley N° 29830 - Ley que promueve y regula el uso de perros guías por personas con discapacidad visual<sup>217</sup> y; la Ley N° 29889- Ley que garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental<sup>218</sup>.

### **2.2.3. Plan de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (PIO) 2009-2018<sup>219</sup>**

Este Plan tiene como antecedente el PIO 2003-2007, uno de los primeros instrumentos de la política pública sobre discapacidad en nuestro país. Sin embargo, fue objeto de algunos cuestionamientos<sup>220</sup>. Por ejemplo, se trabajó sin estadística confiable pues se elaboró antes de la realización de la ENCO 2006; no contó con metas ni indicadores que permitan su evaluación y monitoreo y, no tuvo la asignación de presupuesto necesaria. Asimismo, la sociedad civil y las organizaciones de personas con discapacidad intervinieron de manera parcial en el diseño del PIO y casi no participaron en el monitoreo. Además, si bien se formó una Comisión Multisectorial Permanente encargada de su seguimiento y monitoreo, a cargo del entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social; el CONADIS no asumió ninguna función específica formal.

Por otro lado, el nuevo PIO 2009 – 2018 es una propuesta de la Comisión Especial de Discapacidad del Congreso de la República formulada en el marco del Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú (2006-2016)<sup>221</sup>. A diferencia del PIO anterior, este nuevo instrumento sí cuenta con indicadores y metas aprobadas por la Comisión Multisectorial Permanente encargada de su monitoreo y seguimiento, aunque varias de estas metas no precisan el plazo en que deberán cumplirse ni existen indicadores de impacto sino sólo de

<sup>216</sup> Publicada el 21 de mayo de 2010 en El Diario Oficial El Peruano.

<sup>217</sup> Publicada el 7 de enero de 2012 en El Diario Oficial El Peruano.

<sup>218</sup> Publicada el 24 de junio de 2012 en El Diario Oficial El Peruano.

<sup>219</sup> Aprobado mediante D.S. No 007-2008-MIMDES, publicado el 23 de diciembre de 2008 en El Diario Oficial El Peruano. Disponible en: [http://conadisperu.gob.pe/web/documentos/pio\\_convencion/pio.pdf](http://conadisperu.gob.pe/web/documentos/pio_convencion/pio.pdf). Consulta: 13 de mayo de 2013.

<sup>220</sup> Véase: FRANCKE, Pedro y otros. *Plan de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad 2003-2007. Balance y Propuestas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2006.

<sup>221</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2006- MIMDES, de fecha 13 de diciembre de 2006.

resultado. Cabe precisar que la Comisión es presidida por el MIMP y, el CONADIS está a cargo de la Secretaría Técnica.

Asimismo, este PIO involucra a los sectores Mujer; Salud; Educación y Trabajo; pero, también a la Presidencia del Consejo de Ministros; Vivienda; Construcción y Saneamiento; Transportes y Comunicaciones; e inclusive al Ministerio de Economía y Finanzas. En esta línea, diversas políticas sociales deberían tener en cuenta al PIO o a los temas de discapacidad. No obstante, no existe un presupuesto comprometido<sup>222</sup>. Además, si bien ha contado con la participación de la sociedad civil y asociaciones de personas con discapacidad en el diseño, esta participación se reduce en el monitoreo del proceso. Otro cuestionamiento es que no se hayan incluido las propuestas del PNDH 2006-2010<sup>223</sup>.

Por último, es cierto que el PIO 2009 -2018 implicó una mejora en relación al PIO 2003 -2007, pero, se centra en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como la educación, la salud y el trabajo<sup>224</sup>. Por tanto, no se aborda directamente temas como el reconocimiento de la capacidad jurídica y la promoción de la autonomía de la persona con discapacidad.

---

<sup>222</sup> Para implementar toda política pública es indispensable la asignación de un presupuesto. Cfr. ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Estudios del Puerto. 2006, p. 143.

<sup>223</sup> El Decreto Supremo N° 021-2010-JUS, de fecha 29 de diciembre de 2010, amplió la vigencia del PNDH hasta el 31 de diciembre de 2011. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/peru\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/peru_sp.pdf). Consulta: 28 de febrero de 2014. El PNDH 2006-2010, en su Objetivo Estratégico 3 correspondiente al Lineamiento Estratégico 4, incide en el derecho de las personas con discapacidad a vivir con sus familias y no en ambientes segregados; el derecho a ser incluidas en el SIS; el derecho a la educación inclusiva; la accesibilidad en establecimientos de uso público; la integración a la vida laboral; la mejora de los servicios de rehabilitación y la creación de un Banco de ayuda biomecánicas y medicinas. Sin embargo, muchas de estas acciones no se han concretado por la falta de metas, indicadores y recursos por lo que se espera que estas debilidades se subsanen en el próximo PNDH, aún pendiente de publicación.

<sup>224</sup> Un análisis completo del PIO 2009-2018 se puede revisar en: DEL AGUILA, Luis Miguel. *Análisis y evaluación del plan de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad : aportes de la gerencia social para mejorar las políticas de discapacidad en el Perú*. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1380>. Consulta: 13 de mayo de 2013.

#### 2.2.4. Acuerdo Nacional<sup>225</sup>

Este instrumento es producto de un acuerdo adoptado en 2002 por los principales representantes de las organizaciones políticas y de sociedad civil en aras del desarrollo sostenible y de la gobernabilidad democrática en el país. Para ello, establece un conjunto de políticas con metas, indicadores y propuestas normativas al 2006, 2011, 2016 y 2021.

El tema de discapacidad es abordado en el área de “Equidad y Justicia Social” asociado a metas de accesibilidad, educación, empleo, salud y seguridad social, áreas que con mayor frecuencia se abordan cuando se piensa en las necesidades de las personas con discapacidad.

Sin embargo, no existe ninguna referencia específica a la promoción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Además, es lamentable que las metas planteadas en el Acuerdo Nacional no hayan sido plasmadas en el PIO 2009-2018, lo que muestra la falta de coordinación entre los distintos actores de la política pública.

#### 2.2.5. Políticas Nacionales de Obligatorio Cumplimiento<sup>226</sup>

Se trata del conjunto de políticas fijadas para los Ministerios y demás entidades del Gobierno Nacional con la finalidad de definir objetivos prioritarios, lineamientos y contenidos principales de la política pública así como estándares para asegurar la adecuada prestación de servicios. En este sentido, cada entidad fija metas e indicadores anualmente para permitir su evaluación y monitoreo.

---

<sup>225</sup>Se suscribió en Palacio de Gobierno el 22 de julio de 2002 y se puede revisar en: <http://www.acuerdonacional.pe/>. Consulta: 13 de mayo de 2013.

<sup>226</sup>Establecidas mediante Decreto Supremo N° 027-2007-PCM, publicado el 25 de marzo de 2007 en El Diario Oficial El Peruano. Disponible en: <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/opp/2008/DS-027-2007-PCM.pdf>. Consulta: 15 de mayo de 2013.

En cuanto a la materia de discapacidad, estas políticas establecen la obligación de respetar y promover los derechos de las personas con discapacidad adoptando medidas como la contratación y acceso a cargos de dirección en los sectores e instituciones públicas, evidenciando una especial preocupación por la promoción del empleo de esta población. Sin embargo, ¿cómo se puede garantizar el derecho al empleo de una persona con discapacidad mental o intelectual interdictada que no podrá firmar su propio contrato de trabajo?

De igual manera, se reafirma la obligación de contribuir a que este sector de la población participe en la vida social, económica, política y cultural del país así como la importancia de erradicar toda forma de discriminación hacia estas personas. Además, se señala que se deben implementar medidas eficaces para la supervisión del cumplimiento de las normas que regulan sus derechos. Por lo tanto, si bien no se reconoce de manera específica el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, al referirse a la no discriminación, a la promoción de la participación plena de este colectivo y a la garantía de sus derechos, las Políticas Nacionales de Obligatorio Cumplimiento deben incluir el reconocimiento de todas las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12° de la CDPD y al artículo 9° de la Ley N° 29973.

### **2.2.6. Presupuesto por Resultados en materia de discapacidad<sup>227</sup>**

El Presupuesto por Resultados es una estrategia de gestión pública que vincula la asignación de recursos a productos y resultados medibles a favor de la población. En este marco, la Ley N° 29812 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2012<sup>228</sup> dispuso que se priorizara el diseño e implementación de un programa presupuestal para lograr resultados especialmente en educación inclusiva; intervención temprana, salud y rehabilitación así como en inserción laboral de las personas con discapacidad.

<sup>227</sup> Véase CONADIS. *Programa Presupuestal dirigido a las personas con discapacidad*. Disponible en: <http://conadisperu.gob.pe/programapresupuestal/>. Consulta: 20 de agosto de 2013.

<sup>228</sup> Publicada el 9 de diciembre de 2011 en El Diario Oficial El Peruano.

Posteriormente, la Ley N° 29951 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013<sup>229</sup> incluyó por primera vez en el presupuesto público tres programas presupuestales en materia de discapacidad bajo la estrategia “Inclusión social de las personas con discapacidad”, a cargo de CONADIS. El monto inicial asignado para los programas presupuestales fue de S/. 44.6 millones. Ello es un avance aunque representa apenas el 0.1% del total destinado a programas presupuestales. Al respecto, como señala Sodis<sup>230</sup>, preocupa que en la ejecución de estos tres programas presupuestales se perdieron unos 30 millones de soles. En efecto, el Ministerio de Educación sólo ejecutó 65.8 % en el programa de educación inclusiva; el Ministerio de Salud ejecutó el 79.4% en el programa presupuestal de salud y; el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ejecutó el 72.5% para la inclusión de jóvenes con discapacidad en el mercado de trabajo.

Finalmente, cabe mencionar que el Ejecutivo aprobó la Ley N° 30114– Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014<sup>231</sup>, con un presupuesto estimado de S/. 118,934 millones, lo cual significa un incremento del 9.7% respecto al año 2013. Ello también ha implicado un aumento en el presupuesto en materia de discapacidad. Mientras que el monto asignado para el año 2013 fue de apenas S/. 42.5 millones, se ha asignado alrededor de S/.603 millones de soles para el 2014, lo que constituye un incremento sustancial.

En este marco, destaca que los gobiernos locales y los gobiernos regionales hayan sido autorizados por la Ley N° 30114 para utilizar hasta el 0,5% de su presupuesto institucional a efectos de mejorar la accesibilidad de la infraestructura urbana de las ciudades así como para el financiamiento de sus oficinas de atención a las personas con discapacidad.

---

<sup>229</sup> Publicada el 4 de diciembre de 2012 en El Diario Oficial El Peruano.

<sup>230</sup> Sodis. *Ejecutivo dejó de usar unos S/. 30 millones de su presupuesto en discapacidad*. Disponible en: <http://Sodisperu.org/2014/01/31/ejecutivo-dejo-de-usar-unos-s-30-millones-de-su-presupuesto-en-discapacidad/>.

Nota de opinión del 31 de enero de 2014. Consulta: 28 de febrero de 2014.

<sup>231</sup> Publicada el 2 de diciembre de 2013 en El Diario Oficial El Peruano.

De otro lado, si bien el presupuesto inicial de apertura del CONADIS de S/. 11.3 millones es superior a los S/. 8.5 millones recibidos el 2013, preocupa que siga siendo uno de los pliegos con menores recursos del presupuesto público. Del mismo modo, compartimos la preocupación de Sodis<sup>232</sup> por la poca atención a la reforma de los servicios de salud mental, en el que se debe empezar a incorporar la atención desde un enfoque comunitario.

Por último, si bien es importante la inversión en educación, salud y empleo para las personas con discapacidad; también debe asignarse presupuesto para el diseño y la implementación de un sistema de apoyos al que todas las personas con discapacidad puedan tener acceso a fin de promover el ejercicio de su plena capacidad jurídica.

### **2.3. Barreras asociadas a la interdicción y a la curatela en relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú**

A pesar del reconocimiento explícito de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en el artículo 9° de la reciente Ley N° 29973, persisten barreras en nuestro Código Civil, asociadas al proceso de interdicción y a la curatela como institución de representación de las personas con discapacidad mental e intelectual, que son importantes de visibilizar para presentar el problema que aborda esta tesis.

Al ser la personalidad jurídica uno de los elementos del concepto de capacidad jurídica es relevante identificar de manera previa el régimen general de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú. De un lado, la Constitución establece que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo

---

<sup>232</sup> Sodis. *La discapacidad en la Ley de Presupuesto 2014*. Boletín Informativo N° 4 del 13 de setiembre de 2013. Disponible en: <http://Sodisperu.org/2013/09/13/la-discapacidad-en-la-ley-de-presupuesto-2014-boletin-Sodis-no-4/>. Consulta: 18 de setiembre de 2013.

cuanto le favorece” (artículo 2°). En la misma línea, el Código Civil dispone que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción<sup>233</sup>. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece [...]” (artículo 1°). Por tanto, en ambas normas se reconoce la personalidad jurídica de toda persona, incluyendo a las personas con discapacidad mental e intelectual pues como señala Ley N° 29973, “la persona con discapacidad tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por motivos de discapacidad” (artículo 8° inciso 1).

En relación al régimen de la capacidad jurídica propiamente dicha, cabe resaltar que de acuerdo al artículo 42° del Código Civil “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°”. Precisamente, el artículo 43° señala que son absolutamente incapaces para el ejercicio de sus derechos:

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*<sup>234</sup>. [las cursivas son nuestras].

Por su parte, el artículo 44° señala que son relativamente incapaces para el ejercicio de sus derechos:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. *Los retardados mentales* [las cursivas son nuestras].
3. *Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad* [las cursivas son nuestras].
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.

<sup>233</sup> Si bien la CDPD no impone obligaciones específicas respecto al momento de inicio de la vida, recientemente la Corte IDH ha señalado que la vida comienza desde el momento de la implantación o anidación del cigoto en el útero de la mujer por lo que es recién a partir de ese momento que se puede brindar al concebido la protección prevista en el artículo 4° inciso 1 de la CADH. Además, en esta misma sentencia se considera a la infertilidad como discapacidad, lo que no compartimos pues la definición de discapacidad debe analizarse en función de que las deficiencias y barreras identificadas puedan impedir la participación plena de estas personas en la sociedad y en igualdad de condiciones. Así, en el caso concreto no existe una restricción a la autonomía de la persona ni se genera exclusión. Véase: CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) del 28 de noviembre de 2012, párr. 293.

<sup>234</sup> Conforme a la Disposición Complementaria Derogatoria única de la Ley N° 29973 se ha derogado el numeral 3 del artículo 43° que se refería a “los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable”. En este sentido, se ha dado un paso importante en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sensorial.

Por tanto, el Código Civil peruano presume la incapacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual, contradiciendo lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley N° 29973 y el artículo 12° de la CDPD que, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, constituye un parámetro de interpretación vinculante y que reconoce la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad (capacidad de goce y de ejercicio). En este sentido, la CDPD, que es parte del bloque de constitucionalidad<sup>235</sup>, contrasta con la legislación civil que adopta el modelo de sustitución en la toma de decisiones y que perpetúa prejuicios hacia las personas con discapacidad mental e intelectual en lugar de afirmar que “discapacidad no es incapacidad”<sup>236</sup>.

### **2.3.1. Régimen de interdicción o declaratoria de incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú**

La interdicción es el proceso mediante el que se declara judicialmente la incapacidad absoluta o relativa de determinadas personas mayores de edad para el ejercicio de sus derechos. Dentro de este grupo de personas susceptibles de ser declaradas interdictas, conforme al artículo 581° del Código Procesal Civil<sup>237</sup>, se incluye a las personas con discapacidad mental e intelectual.

Al respecto, el artículo 43° del Código Civil dispone que pueden ser declaradas absolutamente incapaces para el ejercicio de sus derechos, “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (numeral 2). De igual forma, el artículo 44° del mismo cuerpo normativo estipula que pueden ser declaradas relativamente incapaces para el ejercicio de sus derechos “los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide

<sup>235</sup> Utilizaremos la denominación “bloque de constitucionalidad” en sentido amplio. Al respecto, cabe recordar que el TC ha dispuesto que los tratados de derechos humanos constituyen un parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. *Cfr.* TC. *Sentencia Exp. N° 047-2004-AI/TC*, de fecha 24 de abril de 2006 (fundamento jurídico 22). Por tanto, la CDPD es un tratado de rango constitucional, parte del Derecho interno y que se debe implementar.

<sup>236</sup> *Cfr.* BACH, Michael. “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”. *Óp. Cit.* pp. 61 - 63.

<sup>237</sup> Aprobado mediante Resolución Ministerial 10-93-JUS, de fecha 8 de enero de 1993.

expresar su libre voluntad” (numerales 2 y 3). En consecuencia, se presume la incapacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual. Incluso, una lectura de estas disposiciones y del artículo 33° inciso 1 de la Constitución, puede suponer la suspensión del ejercicio de su ciudadanía por la resolución judicial de interdicción, lo que sería un acto de discriminación y una contradicción con las otras disposiciones de la Carta Magna que amparan los derechos de las personas con discapacidad.

Sobre la igualdad y no discriminación, recordemos que la Corte IDH<sup>238</sup> ha establecido que “el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”. Por tanto, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, combatir las prácticas de este tipo y establecer normas y, otras medidas que reconozcan y aseguren una efectiva igualdad entre todas las personas como las personas con discapacidad mental e intelectual.

Esta situación se agrava porque de acuerdo a nuestra legislación civil, la interdicción en la práctica es plena en el Perú porque no sólo tiene efectos en relación a los actos patrimoniales y a la protección de los bienes de las personas interdictadas sino que también supone un sistema de sustitución en la toma de decisiones asociada a actos personalísimos. En este sentido, es una figura incompatible con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y se presenta como un rezago del modelo médico rehabilitador. En efecto, el certificado médico sobre el estado de la persona que se

---

<sup>238</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 184; CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101; entre otros.

solicita interdicción es uno de los requisitos para la presentación de la demanda<sup>239</sup>, la misma que debe dirigirse contra la persona cuya interdicción se pide<sup>240</sup>.

Asimismo, es importante mencionar que las personas legitimadas para solicitar la interdicción son el cónyuge, los parientes y el Ministerio Público. Incluso, el Código Procesal Civil señala que la demanda puede ser presentada por cualquier otra persona en caso el “incapaz” sea un peligro para la tranquilidad pública<sup>241</sup>, lo que refuerza la idea de las personas con discapacidad mental e intelectual como seres peligrosos.

De otra parte, se puede apreciar la influencia del modelo médico en los criterios que utiliza el juez para declarar la interdicción, establecidos en el artículo 571° del Código Civil: “que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena”, lo que se relaciona con los estereotipos que consideran a las personas con discapacidad mental e intelectual como personas dependientes, peligrosas e incapaces de tomar sus propias decisiones. Además, se requiere la presencia del médico que emitió el certificado en la audiencia para declarar la interdicción, desconociendo que la discapacidad no sólo se construye a partir de las deficiencias de las personas sino también de las barreras del entorno.

Por último, es pertinente señalar que la persona declarada interdicta no tiene en la práctica manera de cuestionar esta medida. Si bien existe la declaración de rehabilitación<sup>242</sup>, los jueces sólo podrían levantar la interdicción si se comprueba que el motivo que propició la incapacidad

---

<sup>239</sup> Artículo 582° del Código Procesal Civil: “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”.

<sup>240</sup> Artículo 581° del Código Procesal Civil: “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”.

<sup>241</sup> Artículo 583° del Código Procesal Civil: “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”.

<sup>242</sup> Artículo 584° del Código Procesal Civil: “La declaración de rehabilitación puede ser pedida por el interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar [...]”.

ha desaparecido, lo que no sucederá pues la evaluación es exclusivamente médica<sup>243</sup>. Además, preocupa que no exista una revisión periódica de las sentencias que declaran la interdicción<sup>244</sup>, lo que viola la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y podría dar lugar a abusos por parte de quienes ejercen la curatela.

### **2.3.2. Curatela como institución de protección y representación de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú**

Las personas que pueden solicitar la interdicción de las personas con discapacidad mental e intelectual (artículo 43° inciso 2 y artículo 44° incisos 2 y 3 del Código Civil) y que, luego de ser consentida la sentencia, les corresponde ser designadas como sus curadores conforme al artículo 569° del Código Civil, son:

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.

No obstante este orden de prelación establecido para la curatela legítima, existen algunos casos especiales en el Código Civil. En este sentido, de acuerdo al artículo 572°, los padres pueden designar a un curador por testamento o escritura pública para sus hijos “incapaces” que podrían estar sujetos a tutela y que no cuentan con ninguno de los parientes señalados en el artículo 569° del mismo cuerpo normativo. De igual manera, se dispone que 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° CC). Además, los directores de los asilos son considerados como curadores legítimos interinos de los “incapaces” asilados (artículo 570° CC). En estos tres supuestos, es evidente el modelo de sustitución en la toma de

<sup>243</sup> Artículo 612° del Código Civil: “La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, sólo se concede cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo”.

<sup>244</sup> Artículo 610° del Código Civil: “La curatela instituida conforme a los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción. La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado”.

decisiones. Sin embargo, resulta aún más preocupante la figura de la curatela provisional pues permite que el juez prive del ejercicio de los derechos civiles a quien se encuentra en el proceso de interdicción y se le asigne un curador, sin siquiera existir sentencia firme (artículo 567° CC).

De otra parte, cabe resaltar la figura de la voluntad anticipada, amparada en el artículo 568°-A del Código Civil que establece:

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 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<sup>245</sup>.

Esta disposición supone un cierto avance hacia el respeto de la toma de decisiones de las personas adultas mayores que conforman en mayor medida el colectivo de personas con discapacidad en el país. Sin embargo, aún se mantiene la posibilidad de interdicción cuando “no tengan capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles” para que los curadores designados tomen las decisiones por estas personas.

De otra parte, preocupa que de acuerdo al Código Civil, el juez determinará la duración de la curatela según el grado de “incapacidad” de la persona. En caso de duda sobre los límites de la curatela, o si el curador considerara necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción (artículo 581°). Por tanto, la “incapacidad” se determinará de manera exclusiva en base a un criterio médico lo que podría generar la continuidad de la curatela y, la consiguiente restricción de los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual.

---

<sup>245</sup> Esta figura fue incorporada por el artículo 1° de la Ley N° 29633, publicada el 17 de diciembre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano.

En relación a las funciones del curador o curadora, el artículo 576° del Código Civil establece que “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”. En este sentido, la función de “proteger al incapaz” está asociada con la visión paternalista enraizada en la sociedad hacia las personas con discapacidad mental e intelectual. Sin embargo, en la práctica se genera la sustitución en la toma de decisiones de estas personas que ni siquiera suelen ser consultadas para decidir sobre los asuntos que les conciernen.

De igual manera, la facultad de “proveer en lo posible su restablecimiento” se enmarca en el modelo médico rehabilitador pues se considera que el problema está en la persona y que el principal objetivo es de alguna manera curarla para que pueda desenvolverse dentro de los parámetros de la “normalidad”. Sin embargo, aún es más cuestionable que una de las funciones del curador sea “colocar a la persona considerada incapaz en un establecimiento adecuado de ser necesario” pues admite los internamientos involuntarios, práctica contraria a la libertad personal y a la capacidad jurídica de estas personas.

Finalmente, la facultad de “representar o asistir conforme al grado de incapacidad” es la única que podría resultar compatible con el modelo de apoyo en la toma de decisiones de la CDPD, asumiendo que la representación o asistencia se haría en función al grado de discapacidad. No obstante, en los hechos existe una sustitución en la toma de decisiones que deviene en muchos casos en situaciones de abuso pues al aplicarse muchas veces en Perú la figura de la interdicción plena, el curador o la curadora suele tomar todas las decisiones por la persona con discapacidad y no para ella, en desmedro del respeto de su voluntad y de sus preferencias.

### 2.3.3. Efectos jurídicos de la interdicción y de la curatela en la vida de las personas con discapacidad mental e intelectual en Perú: sustitución en la toma de decisiones y restricción de derechos que requieren el reconocimiento previo de su capacidad jurídica

En esta sección se analizarán las implicancias de la denegación o falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el país, reflejada en las restricciones o limitaciones a otros derechos fundamentales y en prácticas que los órganos de protección de derechos humanos consideran prohibidas<sup>246</sup>. Para identificar esta problemática nos apoyaremos en las Observaciones Finales del Comité CDPD sobre el primer informe presentado por Perú<sup>247</sup>.

#### 2.3.3.1. Internamientos involuntarios e institucionalización

El Comité CDPD<sup>248</sup> ha expresado su preocupación por el internamiento involuntario de las personas con discapacidad mental y, de personas con dependencia de los estupefacientes o del alcohol (discapacidad percibida). Por ello, ha exhortado al Estado peruano a que examine exhaustivamente la legalidad del internamiento de pacientes en esas instituciones y, establezca servicios de tratamiento de salud mental voluntarios, con el fin de que las personas con discapacidad puedan ser incluidas en la comunidad y abandonar las instituciones donde estén internadas. En este sentido, las principales restricciones al derecho a la libertad personal y, a la vida independiente e inclusión en la comunidad se refieren al internamiento involuntario y a la institucionalización de las personas con discapacidad mental.

<sup>246</sup> Sobre el particular, se recomienda el video que prepararon los estudiantes de la Clínica jurídica de acciones de interés público, sección discapacidad de la PUCP, en el que se muestran las barreras legales y actitudinales generadas por la interdicción en el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual. Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=YoC88BReFDc&feature=youtu.be>. Consulta 20 de enero de 2014.

<sup>247</sup> Perú como Estado parte de la CDPD debe presentar un informe al menos cada cuatro años para evaluar el cumplimiento de lo dispuesto por este tratado en el país. El primer informe de Perú fue presentado el 8 de julio de 2010. A partir de este documento y del informe alternativo presentado por la CONFENADIP, el Comité CDPD aprobó el 20 de abril de 2012 sus Observaciones Finales.

<sup>248</sup> Cfr. COMITÉ CDPD. *Observaciones Finales finales en relación al primer informe presentado por Perú*, aprobadas el 20 de abril de 2012. COMITÉ CDPD/C/PER/CO/1. Disponible en: <http://acnudh.org/2012/05/comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-crpd-peru-2012/>, párr. 28 y 29.

En cuanto al internamiento involuntario, la Defensoría del Pueblo<sup>249</sup> en el 2009 ha informado sobre intervenciones dirigidas al internamiento de personas con trastornos mentales que viven en situación de indigencia en las calles, quienes no tienen la oportunidad de brindar su consentimiento. De igual manera, se ha detectado la falta y/o deficiencias en los procedimientos formales para el consentimiento del internamiento en la mayoría de establecimientos de salud mental supervisados<sup>250</sup>. Esta situación muestra la falta de garantías para salvaguardar el derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad.

En esta lógica, en 2011 se promulgó la Ley N° 29737 que admitía la posibilidad de internamientos involuntarios de personas con discapacidad mental, lo que generó la movilización de distintos sectores como la sociedad civil; organizaciones de personas con discapacidad; instituciones públicas como la Defensoría del Pueblo; organizaciones internacionales como *Human Rights Watch* y, la academia como el IDEHPUCP. Ante esta situación, en el 2012 se publicó la Ley N° 29889<sup>251</sup> que derogó la Ley N° 29737 y que modifica el artículo 11° de la Ley N° 26842 – LGS<sup>252</sup>.

<sup>249</sup> Véase: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 140. Salud mental y derechos humanos: Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables*. Lima, 2009, pp. 141 – 149. También se puede revisar un estudio previo: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 102. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*. Lima, 2005.

<sup>250</sup> A propósito del Informe Defensorial N° 140, se encontró que sólo cuatro establecimientos (Instituto Especializado de Salud Mental Honorio Delgado – Hideyo Noguchi, Hospital Víctor Larco Herrera, Hospital Hermilio Valdizán y CREMI) cuentan con formatos de consentimiento para el internamiento, los cuales contemplan la firma del propio paciente y permiten diferenciar a ésta respecto de la de sus familiares o representantes. Dos establecimientos (Hospital Hipólito Unanue de Tacna y CREMPT) cuentan con formatos que sólo permiten la firma del familiar o los representantes. Finalmente, cuatro establecimientos (Hospital Departamental de Ica, Hospital Honorio Delgado, Hospital Domingo Olavegoya y Hospital Regional de Trujillo) no cuentan con formatos de consentimiento informado para el internamiento.

<sup>251</sup> Publicada el 24 de junio de 2012 en el Diario Oficial El Peruano. Al respecto, el nuevo artículo 11° de la LGS dispone que: “Toda persona tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación. El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; y el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Además de los procedimientos y derechos establecidos en el artículo 15° de la presente Ley, en la atención de la salud mental se considera:

- a. La atención de la salud mental se realiza en el marco de un abordaje comunitario, interdisciplinario, integral, participativo, descentralizado e intersectorial.
- b. La atención de la salud mental se realiza preferentemente de manera ambulatoria, dentro del entorno familiar, comunitario y social.
- c. El internamiento es un recurso terapéutico de carácter excepcional y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos para el paciente que el resto de intervenciones posibles. Se realiza por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario.
- d. El tratamiento e internamiento se realizan con el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia.
- e. La revisión médica periódica de los diagnósticos e informes que recomiendan el internamiento de pacientes. El internamiento tendrá una segunda opinión médica.

Precisamente, la Ley N° 29889 plantea la atención de la salud mental ambulatoria, dentro del entorno familiar, comunitario y social. De igual manera, establece que el internamiento es un recurso excepcional, que sólo puede aplicarse por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio de la persona, cuando le aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de intervenciones.

También se afirma que el tratamiento y el internamiento se realizan con el consentimiento informado, libre y voluntario de la persona, salvo en situaciones de emergencia. Además, estipula que las personas con discapacidad mental e intelectual mantienen el pleno ejercicio de sus derechos durante su internamiento y tratamiento. Sin duda, es un logro en la protección de la libertad e integridad personal de estas personas; pero, hubiera sido correcto que también se prohibiera el internamiento involuntario en el caso de personas con adicciones.

Por último, es relevante que la Ley N° 29889 disponga que “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” (artículo 2°) puesto que se trata de un reconocimiento explícito de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Para ello, se señala que el Estado garantiza el acceso a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo en la comunidad a fin de que se garantice su derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad.

Asimismo, es preciso resaltar que el Tribunal Constitucional<sup>253</sup> declaró fundada una demanda de hábeas corpus en 2008 por la violación del derecho a la libertad personal de un grupo de pacientes del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado – Hideyo Noguchi que

---

f. Los usuarios de los servicios de salud mental, incluidas las personas con discapacidad mental, mantienen el pleno ejercicio de sus derechos durante su tratamiento e internamiento.

g. Las personas con adicciones gozan de los mismos derechos y garantías que se reconocen a los demás usuarios de los servicios de salud. Su tratamiento e internamiento involuntario no requiere de su consentimiento informado y se realiza a solicitud de la familia cuando su capacidad de juicio esté afectada, lo cual debe ser determinado por una Junta Médica”.

<sup>252</sup> Publicada el 20 de julio de 1997 en el Diario Oficial El Peruano.

<sup>253</sup> Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentencia Exp. N° 05842-2006-PHC/TC* del 7 de noviembre de 2008, fundamentos jurídicos 109 – 118; 139 - 140.

ingresaron a este establecimiento sin haber otorgado su consentimiento. Además, el TC ha sostenido que es necesaria una revisión periódica de las órdenes de interdicción, siempre y cuando se compruebe que la rehabilitación de la persona ha sido verificada. En este sentido, de alguna manera se reconoce el derecho de las personas con discapacidad mental e intelectual a tomar su propia decisión para proceder a un internamiento y se establece un sistema de control ante las situaciones de abuso. Aunque sabemos que la rehabilitación será difícil de conseguir pues se determina en función de un examen médico.

Sin embargo, también se señala que son admisibles los internamientos involuntarios en supuestos de excepción o emergencia. Por ejemplo, un caso de potencial amenaza sustentada en una conducta agresiva comprobada de la persona hacia sus familiares o hacia sí mismo. Al respecto, coincido con un estudio del IDEHPUCP<sup>254</sup> sobre la materia cuando señala que existen únicamente dos supuestos en los que procede el internamiento involuntario desde el modelo social: a) Carácter de urgencia o emergencia cuando la persona con discapacidad mental se encuentre inconsciente o en una situación de crisis. A fin de que este internamiento sea válido, el personal de los centros de salud puede proceder al internamiento como medida temporal, mientras se estabiliza a la persona y revisarla constantemente para asegurar el momento en que la situación de crisis haya finalizado; b) Comisión de un delito pues el internamiento involuntario también podrá darse en los casos en que, tras cometer un delito, el juez penal ordene el internamiento de la persona con discapacidad mental.

En materia de la institucionalización en centros de salud mental, el Comité CDPD<sup>255</sup> ha manifestado su preocupación por la falta de recursos y servicios para garantizar el derecho a la vida independiente de las personas con discapacidad y su inclusión en la comunidad, en especial, en zonas rurales por lo que exhorta al Estado peruano a la implementación de programas integrales de rehabilitación domiciliaria, residencial, comunitaria o de otro tipo.

---

<sup>254</sup> IDEHPUCP. *Los derechos de las personas con discapacidad mental. Manual para aplicar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los centros de salud mental del Perú*. Lima, 2012, p. 19.

<sup>255</sup> COMITÉ CDPD. *Observaciones finales en relación al primer informe presentado por Perú*. *Óp. Cit.*, párr. 31 - 33.

Asimismo, se insta al Estado a que agilice los planes y programas para que las instalaciones, los medios de comunicación y los medios de transporte públicos, en las zonas urbanas y rurales, sean accesibles para las personas con discapacidad y a que también se garantice la accesibilidad en las entidades públicas y privadas<sup>256</sup>.

Cabe recordar que la Defensoría del Pueblo<sup>257</sup> reportó en el 2009 que al menos 429 personas con discapacidad mental e intelectual vivían institucionalizadas en hospitales y centros de salud mental en el país, la mayoría en condiciones poco óptimas. Esta situación es contraria a los estándares internacionales que sostienen que se debe cambiar el modelo de atención intramural y centralizado a una atención con enfoque comunitario y ambulatorio de la salud mental. Al respecto, existen algunas buenas prácticas como la de la Casa Hogar HANOPREM<sup>258</sup> donde vive un grupo de cinco personas con discapacidad mental que estuvieron institucionalizadas por abandono de sus familias en el Hospital Víctor Larco Herrera y que, actualmente, residen de manera independiente con el apoyo de un equipo multidisciplinario del mismo hospital constatándose una notable mejora en su calidad de vida.

Sobre el particular, el TC<sup>259</sup> ha reconocido que las personas con discapacidad mental tienen el derecho a no permanecer internadas de manera indefinida. Sin embargo, en 2008 se declaró fundada una demanda de amparo por las circunstancias del caso - una madre de más de 70 años de edad que no estaba en condiciones de atender y ayudar a ingerir la medicina a su hijo con esquizofrenia, lo que podía originar que se reagudice su psicosis- dejando sin efecto el informe médico psiquiátrico de alta. Además, se ordenó la atención médica y hospitalización permanente e indefinida, y la provisión constante de los medicamentos necesarios de esta persona en el Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1-

<sup>256</sup> Para mayor información sobre accesibilidad a nivel de infraestructura, se puede consultar: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Barreras físicas que afectan a todos. Supervisión de las condiciones de accesibilidad de palacios municipales*. Informe Defensorial N°114, Lima, 2006. Es preocupante la inaccesibilidad de las personas con discapacidad en los servicios públicos como establecimientos de salud.

<sup>257</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 140. Salud mental y derechos humanos: Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables*. Óp. Cit., p. 209.

<sup>258</sup> Para conocer más de esta iniciativa de casa hogar, se puede ingresar a: <http://www.youtube.com/watch?v=7kf5NTi6iW4>. Consulta: 25 de agosto de 2013.

<sup>259</sup> Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentencia N° 02480-2008-PA/TC* del 11 de julio de 2008, fundamentos jurídicos 21-26.

Huarica-Pasco. Al respecto, si bien entendemos la situación del caso concreto, consideramos que se debe enfatizar más la idea de la institucionalización como una práctica contraria a lo dispuesto por la CDPD.

En este contexto, el Estado no sólo debe eliminar la institucionalización sino que además, tiene la obligación de realizar un trabajo multisectorial donde los centros de salud mental colaboren activamente y sean el nexo con las familias de las personas con discapacidad para que se pueda materializar el cambio del enfoque. En esta línea, cabe reconocer la creación de la Dirección de Salud Mental en el Ministerio de Salud<sup>260</sup>; la promulgación de los Lineamientos para la Acción en Salud Mental<sup>261</sup>, el Plan General de la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Mental y Cultura de Paz<sup>262</sup> y, el Plan Nacional de Salud Mental<sup>263</sup>. Estos instrumentos destacan la necesidad de reorganizar la atención en salud mental y psiquiatría para implementar de manera progresiva servicios centrados en la comunidad como casas de medio camino, hospitales de día y hogares protegidos, conforme al modelo social adoptado por la CDPD.

### **2.3.3.2. Condiciones precarias en centros de salud mental y falta de exigencia del consentimiento informado para tratamientos y/o experimentos médicos**

El Comité CDPD<sup>264</sup> ha expresado su preocupación por la ingesta forzada de medicamentos y las precarias condiciones de las instituciones psiquiátricas en el Perú donde algunas personas han estado internadas durante más de diez años sin recibir servicios de rehabilitación adecuados. En tal sentido, se insta al Estado a que investigue sin demora las denuncias de

<sup>260</sup> Fue incorporada en la estructura organizativa del MINSA mediante el Decreto Supremo N° 023-2005-SA, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, publicado el 5 de enero de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

<sup>261</sup> Aprobados mediante Resolución Ministerial N° 075-2004/MINSA, del 28 de enero de 2004.

<sup>262</sup> Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 012-2006/MINSA, del 6 de enero de 2006.

<sup>263</sup> Aprobado mediante Resolución Ministerial N 943-2006/MINSA, del 6 de octubre de 2006. Disponible en: [http://www.minsa.gob.pe/dgsp/archivo/salud\\_mental\\_documentos/01\\_Plan\\_Nacional\\_de\\_Salud\\_Mental.pdf](http://www.minsa.gob.pe/dgsp/archivo/salud_mental_documentos/01_Plan_Nacional_de_Salud_Mental.pdf).

Consulta: 20 de enero de 2014.

<sup>264</sup> COMITÉ CDPD. *Óp. Cit.*, párr. 30-31.

este tipo que podrían constituir tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Sobre el particular, Defensoría del Pueblo<sup>265</sup> ha reportado falta de procedimientos formales para el consentimiento de los tratamientos médicos pues en el mejor de los casos la información se brinda a los familiares para la firma de la autorización; deficientes condiciones de la infraestructura e higiene. De igual manera, se ha constatado la aplicación de terapias electroconvulsivas sin el uso de formatos de consentimiento informado y con equipos antiguos e inseguros; el empleo de medidas de contención mecánica bajo criterios ajenos al terapéutico como, por ejemplo, para sancionar conductas. Por último, se ha detectado que las condiciones de vida en la mayoría de establecimientos supervisados son poco óptimas (camas y colchones en mal estado; hacinamiento; entre otros).

Sin embargo, cabe resaltar la experiencia del Hospital Víctor Larco Herrera en el que se ha constatado la existencia de ropa personalizada; condiciones de higiene de los ambientes y de los propios pacientes adecuadas; aplicación de la terapia electroconvulsiva con anestesia y relajante muscular; existencia de un mecanismo regular y formalmente establecido para que los pacientes puedan presentar sus quejas ante eventuales maltratos por parte del personal de salud.

En este contexto, el Tribunal Constitucional<sup>266</sup> afirma que es indispensable contar con el consentimiento informado para someterse a cualquier tratamiento, salvo que exista una emergencia, es decir, riesgos para la salud de la persona con discapacidad. En este sentido, coincidimos con el IDEHPUCP<sup>267</sup> al reconocer que, de acuerdo a los estándares internacionales, prácticas como el aislamiento y los electroshocks deberían ser erradicados.

Sin embargo, sólo excepcionalmente en situaciones de alto riesgo se podría usar la sujeción

<sup>265</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Óp. Cit.*, pp. 155 - 200.

<sup>266</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentencia Exp. N° 05842-2006-PHC/TC. Óp. Cit.*, fundamentos jurídicos 115 -118.

<sup>267</sup> IDEHPUCP. *Óp. Cit.*, p. 29 y 30.

como medida temporal mientras se establece a la persona, previa orden médica explícita, cumplimiento de un protocolo de aplicación y evaluación constante posterior.

Asimismo, un avance importante que afirma el respeto de la autonomía de las personas con discapacidad mental e intelectual es la Ley N° 29414<sup>268</sup> que modificó el artículo 15° de la LGS que permitía al representante legal validar las prácticas médicas experimentales aplicadas a estas personas. La nueva norma establece que toda persona tiene derecho a elegir libremente al médico de su preferencia, a ser informadas adecuada y oportunamente sobre sus derechos como pacientes y sobre cómo ejercerlos, en términos comprensibles así como, sobre su derecho a recibir, continuar o no recibir algún tratamiento. De igual modo, protege el derecho a recibir información sobre la condición experimental de medicamentos o tratamientos así como los riesgos y efectos secundarios.

Sin embargo, persisten normas como el artículo 4° de la LGS<sup>269</sup> que señala que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo, con excepción de las emergencias. En esta lógica, si la persona que ejerce la curatela negase su consentimiento para el tratamiento, el médico tratante o el establecimiento de salud deben

---

<sup>268</sup> Publicada el 2 de octubre de 2009 en el Diario Oficial El Peruano. En este sentido, el nuevo artículo 15° de la LGS establece que toda persona tiene derecho a [...] 15.4 Consentimiento informado: a) A otorgar su consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, para el procedimiento o tratamiento de salud, en especial en las siguientes situaciones:

a.1) En la oportunidad previa a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento así como su interrupción. Quedan exceptuadas del consentimiento informado las situaciones de emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública.  
a.2) Cuando se trate de pruebas riesgosas, intervenciones quirúrgicas, anticoncepción quirúrgica o procedimientos que puedan afectar la integridad de la persona, supuesto en el cual el consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión [...]  
a.3) Cuando se trate de exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes, el consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión [...]  
b) A que su consentimiento conste por escrito cuando sea objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos. El consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión [...]

<sup>269</sup> Artículo 4° de la LGS: "Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso. Si los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44° del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos".

comunicarlo a la autoridad judicial competente para las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de su vida y salud. Por tanto, esta disposición se presenta como un obstáculo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

### **2.3.3.3. Barreras para ejercer el derecho al voto y para participar en los procesos de toma de decisiones**

El Comité CDPD<sup>270</sup> lamenta que no haya una participación significativa de las personas con discapacidad en la Comisión Multisectorial Permanente y el CONADIS, en particular de las mujeres y de las organizaciones que los representan. En esta línea, recomienda su participación efectiva en la planificación, la ejecución y el seguimiento de los procesos públicos de adopción de decisiones a todos los niveles, y en particular en los asuntos que les afectan.

De igual manera, muestra su preocupación ante la falta de información de gobiernos locales y regionales sobre el cumplimiento por parte de los municipios de las disposiciones sobre presupuestos por resultados. No obstante, resalta el Programa Piloto “Tumbes Accesible”<sup>271</sup> que constituye la primera experiencia sobre la implementación de políticas públicas regionales en discapacidad basadas en presupuestos por resultados y que cuenta con participación significativa del movimiento de personas con discapacidad.

De otra parte, el Comité CDPD señala como una tarea pendiente la expedición de documentos de identidad para las personas con discapacidad, en especial en zonas rurales y en entornos institucionales de larga permanencia. En este último caso preocupa que no puedan ejercer su derecho de voto porque se les prohíbe salir de la institución, no disponen de asistencia especial o se encuentran a distancia del colegio electoral.

<sup>270</sup> COMITÉ CDPD. *Óp. Cit.*, párr. 8-11, 22-23 y 44-45.

<sup>271</sup> CONADIS. *Tumbes Accesible. Programa Piloto en Discapacidad*. Para mayor información se puede visitar: [http://www.conadisperu.gob.pe/tumbes\\_accesible/](http://www.conadisperu.gob.pe/tumbes_accesible/). Consulta: 25 de agosto de 2013. El programa propone una estrategia integral basada en tres fases: censo; evaluación biopsicosocial y la fase de respuesta.

En este contexto, es necesario que se redoblen esfuerzos a fin de que todas las personas con discapacidad sean inscritas en el registro electoral para que puedan ejercer su derecho al voto. Al respecto, *Human Rights Watch*<sup>272</sup> en un informe mostró la negación arbitraria del ejercicio del derecho al voto de personas con discapacidad sensorial, al considerarlos como “incapaces” de tomar este tipo de decisiones. También se reflejaron las dificultades de las personas con discapacidad mental e intelectual para obtener sus documentos de identidad, y la falta de asistencia o apoyos para que puedan ejercer su participación política.

A propósito de este tema, cabe resaltar el caso de María Alejandra Villanueva<sup>273</sup>, joven líder con discapacidad intelectual, quien con el apoyo de la Defensoría del Pueblo<sup>274</sup> y la Sociedad Peruana de Síndrome Down<sup>275</sup>, denunció en 2011 la exclusión de más de 24 mil personas con discapacidad mental e intelectual del Padrón Electoral del RENIEC. En efecto, esta exclusión del padrón electoral limitó su derecho a contar con un documento de identidad pues sólo se les podía otorgar si acudían con una tercera persona. Sin embargo, aún si estas personas lo hubieran obtenido, también se les limitaba su derecho a votar porque no se les consignaba un grupo de votación.

A partir de esta situación, se aprueba la Resolución Jefatural N° 508-2011-JNAC/RENIEC<sup>276</sup> que dispone la emisión de nuevos documentos nacionales de identidad y la asignación de grupos de votación para todas las personas con discapacidad, incluyendo a las

---

<sup>272</sup> Véase HUMAN RIGHTS WATCH. *Informe “Yo quiero ser una ciudadana como cualquier otra. Obstáculos para la participación política de personas con discapacidad en Perú”*. Nueva York, 2012. Disponible en: <http://www.hrw.org/es/reports/2012/05/15/yo-quiero-ser-una-ciudadana-como-cualquier-otra-0>. Consulta: 25 de agosto de 2013.

<sup>273</sup> Fue invitada por *Open Society Foundations* a la 4ta. Sesión de la Conferencia de los Estados Miembros para la CDPD en el local de la ONU en Nueva York. Su discurso para este evento se puede revisar en: <http://www.unicef.org/peru/spanish/discursomaria.pdf>. Consulta: 25 de agosto de 2013.

<sup>274</sup> Anteriormente la Defensoría del Pueblo ha elaborado el Informe Defensorial N° 37 “*El derecho de sufragio de las personas con discapacidad*”, aprobado mediante Resolución Defensorial N° 16-DP-2000 del 20 de marzo de 2000.

<sup>275</sup> Es una asociación civil sin fines de lucro, creada en 1995, conformada por personas con síndrome Down y sus familias con el fin de favorecer y promover condiciones que contribuyan a mejorar la calidad de vida de las personas con esta condición. Actualmente agrupa a 3,300 familias de todo el Perú. Para mayor información sobre su trabajo, se puede visitar: <http://www.spsd.org.pe/>. Consulta: 20 de setiembre de 2013.

<sup>276</sup> La Resolución Jefatural N° 508-2011-JNAC/RENIEC del 14 de marzo de 2011 establece disposiciones referidas al Registro Único de Identificación de las Personas Naturales (RUIPN), al DNI y otros. Además, deja sin efecto la Resolución Jefatural N° 035-2001-JEF/RENIEC del 14 de marzo de 2001 que generó la exclusión del padrón electoral de las personas con discapacidad mental e intelectual.

personas con discapacidad mental e intelectual. Para ello, se implementaron procedimientos gratuitos y en forma domiciliaria, tomando la declaración de voluntad de los titulares de consignar o no en su DNI su condición de discapacidad. Además, se dispone que, en adelante, la inscripción y los trámites de mayores de edad con discapacidad en el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales pueden ser efectuados por los interesados personal y directamente o si lo prefieren, siendo asistidos por “quien ejerza su cuidado”. Esto último no debe interpretarse como una vulneración a la capacidad jurídica de estas personas sino como una medida de apoyo.

Asimismo, se cuenta con la Ley N° 29478 - Ley que establece facilidades para la emisión del voto de las personas con discapacidad<sup>277</sup> que incide en garantizar la accesibilidad de las mesas de sufragio; que las personas con discapacidad, a su solicitud, puedan ser acompañadas a la cámara secreta por una persona de su confianza y, de ser posible, que se les proporcione una cédula especial que les permita emitir su voto. Si bien esta medida es positiva; la entrega de la cédula accesible debería ser una obligación y no un acto facultativo del Estado.

No obstante estas normas, aún se requiere una implementación efectiva, en especial de la accesibilidad en relación a los procedimientos, instalaciones y materiales a utilizar en los procesos electorales. Además existe el riesgo de una interpretación errada por la lectura conjunta del artículo 33° inciso 1 de la Constitución que señala que “el ejercicio de la ciudadanía se suspende por declaración judicial de interdicción” y, de los artículos 43° y 44° del Código Civil que restringen la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual.

---

<sup>277</sup> Publicada el 18 de diciembre de 2009 en El Diario Oficial El Peruano.

### 2.3.3.4. Impedimentos para contraer matrimonio, decidir sobre el ejercicio de la sexualidad y fertilidad, ejercer la patria potestad y, otorgar testamentos

El Comité CDPD<sup>278</sup> ha manifestado su preocupación por algunas interferencias arbitrarias en la vida privada y familiar de las personas con discapacidad mental e intelectual establecidas en el Código Civil. Por ejemplo, no se reconoce su capacidad para contraer matrimonio. Si bien la Ley N° 29973 ha eliminado el impedimento que existía para personas con discapacidad sensorial “que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable”<sup>279</sup>; el artículo 241° del Código Civil aún dispone que no podrán contraer matrimonio “los que padecieren crónicamente de enfermedad mental aunque tuvieren intervalos lúcidos”<sup>280</sup>. Por tanto, es un impedimento para las personas con discapacidad mental e intelectual que afecta su capacidad jurídica y su derecho a formar una familia.

En relación al ejercicio de la sexualidad y fertilidad de las mujeres con discapacidad mental e intelectual, cabe destacar que el Ministerio de Salud, mediante la Resolución Ministerial N° 603-2012-MINSA del 17 de julio de 2012, decidió suspender los efectos de la disposición de la Norma Técnica de Planificación Familiar que permitía que una junta médica con el consentimiento de un familiar o curador pueda solicitar la anticoncepción quirúrgica de la mujer con discapacidad mental o intelectual<sup>281</sup>. Ello vulnera su integridad, su capacidad jurídica y su

<sup>278</sup> Cfr. COMITÉ CDPD. *Óp. Cit.*, parágrafos 22-23 y 44-45.

<sup>279</sup> Esta disposición desconocía que las personas con discapacidad sensorial pueden utilizar medios alternativos de comunicación para manifestar su voluntad. Cabe recordar casos como el de Frank González y Keyla Caballero, pareja de sordos a quienes se les impidió contraer matrimonio en el municipio de San Juan de Lurigancho. Véase la nota en La República. *Discriminaron a novios sordomudos*. 2 de octubre de 2008. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/02-10-2008/discriminaron-novios-sordomudos>. Consulta: 17 de agosto de 2013.

<sup>280</sup> Artículo 241° del Código Civil.- No pueden contraer matrimonio:

1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.
- 2.- Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole.
- 3.- *Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.*
- 4.- *Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable.* (Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973).
- 5.- *Los casados [las cursivas son nuestras].*

<sup>281</sup> MINSA. *Norma Técnica N° 032 – MINSADGSP-V01*, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA del 18 de julio de 2005, p. 34. La norma señalaba en el literal m) del numeral 1) de las Disposiciones Generales, del rubro A) Disposiciones para la Atención en los Servicios de Planificación Familiar, del acápite VI Componente Técnico de la Norma Técnica de Planificación Familiar que “para los casos de personas con incapacidad mental, las condiciones a considerar para la realización de anticoncepción quirúrgica voluntaria (AQV),

derecho a la autonomía reproductiva por lo que sería importante la derogación de la norma en cuestión y no solo su suspensión.

Esta suspensión se enmarca en el artículo 15° de la Ley N° 29414 que afirma la necesidad de contar con el consentimiento informado, libre y voluntario de la mujer involucrada, en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión, para los casos de anticoncepción quirúrgica. Sin embargo, sería importante su derogación para reforzar la prohibición de este tipo de intervenciones. Por otra parte, en relación al respeto a la vida familiar, la Defensoría del Pueblo<sup>282</sup> ha reportado que existen mujeres con discapacidad mental que son separadas de sus hijos permanentemente al ingresar a un centro de salud mental, lo que constituye una afectación a sus derechos.

Respecto a la patria potestad, es preciso señalar que las personas con discapacidad mental e intelectual y algunas con discapacidad sensorial enfrentan barreras para ejercer este derecho. Así, el Código Civil señala que la patria potestad se suspende, entre otras causales, por la interdicción del padre o de la madre o, cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla (artículo 466°)<sup>283</sup>.

Del mismo modo, se establece que “el curador de un incapaz que tiene hijos menores será tutor de éstos” (artículo 580° CC), lo que no sólo impide la posibilidad de criar a sus propios hijos sino también afecta el interés superior del niño pues por lo general su mayor bienestar está al lado de sus padres. Por último, el artículo 389° del Código Civil señala que “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43° incisos 2) y, “los

---

la determinará una junta médica conformada por tres médicos con por lo menos un médico psiquiatra y con el consentimiento del familiar más cercano, o del tutor legal, quienes firmarán la solicitud de intervención. El familiar o tutor se responsabilizará de llevar a la persona usuaria al establecimiento de salud para los controles y seguimiento post-quirúrgico”.

<sup>282</sup> Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 102. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*. Lima, 2005, pp. 140-145.

<sup>283</sup> Artículo 466° del Código Civil.- La patria potestad se suspende:

- 1) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.
- 2) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
- 3) Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla [...] (las cursivas son nuestras).

retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad de manera indubitable” (artículo 44° incisos 2 y 3) con hijos extramatrimoniales, pueden no reconocerlos y dejar que sean los abuelos quienes lo hagan<sup>284</sup>.

En cuanto al otorgamiento de testamentos, la principal barrera se encuentra en el artículo 687° del Código Civil al sostener que son “incapaces” de otorgar testamento, entre otros, “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43° inciso 2); “los retardados mentales”; “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad de manera indubitable” (artículo 44° incisos 2 y 3) y, “los que carecen por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de las libertades necesarias para otorgarlo”<sup>285</sup>. Ello supone que las personas con discapacidad mental e intelectual se vean imposibilitadas de testar, sea que hayan sido declaradas interdictadas o no.

Además, el Código Civil señala que entre los impedidos de ser testigos testamentarios, se encuentran los “incapaces” de otorgar testamento (artículo 705°)<sup>286</sup>, es decir, el mismo colectivo referido líneas arriba, lo que resulta ser discriminatorio hacia las personas con discapacidad mental e intelectual pues se trata de una denegación de ajustes razonables y medidas de apoyo. No obstante, es preciso reconocer el avance logrado con las recientes modificaciones al Código Civil, a propósito de la Ley N° 29973, que reconocen la importancia

<sup>284</sup> Artículo 389° del Código Civil.- “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 reconocer a su hijo”.

<sup>285</sup> Artículo 687° del Código Civil.- Son incapaces de otorgar testamento:

- 1.- Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.
- 2.- Los comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2, 3, 6 y 7.
- 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.

<sup>286</sup> Artículo 705° del Código Civil.- Están impedidos de ser testigos testamentarios:

- 1.- Los que son incapaces de otorgar testamento.
- 2.- *Los sordos, los ciegos y los mudos.* (Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973).
- 3.- Los analfabetos [...].

de los ajustes razonables y los incorporan para el otorgamiento de testamentos por parte de las personas con discapacidad sensorial<sup>287</sup>.

Por todo expuesto, se requiere una revisión de todas estas normas para garantizar la capacidad jurídica y, el respeto por el hogar y la familia de las personas con discapacidad mental e intelectual.

### **2.3.3.5. Barreras en el acceso a la justicia para participar en los procesos en cualquier etapa y rol; barreras arquitectónicas y comunicacionales**

El Comité CDPD<sup>288</sup> ha manifestado su preocupación por la falta de recursos efectivos y de una revisión independiente así como del incumplimiento del derecho a apelar de las personas con discapacidad mental e intelectual en relación con las sentencias que las declaran como interdictadas. Sin embargo, el Comité CDPD saluda la aprobación de la Ley N° 29535 sobre el lenguaje de señas que dispone la obligación de contar con intérpretes en toda entidad o institución, pública o privada, que brinde un servicio público o atención al público (artículo 4°). En esta línea, todas las instituciones del sistema de justicia deberían implementar esta medida.

<sup>287</sup> De acuerdo al artículo 697° CC, si el testador es una persona con discapacidad visual, el testamento podrá ser leído por ella misma mediante alguna ayuda técnica o podrá leérselo el notario o testigo testamentario que el testador designe. En cambio, si el testador es una persona con discapacidad auditiva, el testamento puede ser leído por ella misma en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Finalmente, si el testador no sabe o no puede firmarlo hará a su pedido el testigo testamentario que designe.

Asimismo, se señala entre las formalidades del testamento cerrado que, si el testador tiene alguna deficiencia visual, el testamento podrá ser otorgado en sistema braille o mediante algún otro medio o formato de comunicación adecuado (artículo 699° CC). Sin embargo, no se modificó el requisito de expresión de la voluntad por escrito cuando el testador es mudo, lo que limita las posibilidades de estas personas para comunicarse. La misma adaptación se ha producido para el caso de los testamentos ológrafos estipulados en el artículo 707° CC.

Además, se dispone entre las formalidades del testamento otorgado por escritura pública que durante la lectura del testamento, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de la voluntad de quien lo otorga. 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° CC).

De igual modo, sobre la apertura judicial del testamento ológrafo, se establece que en caso de un testamento otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación, la comprobación se hará sobre la firma y huella digital del testador (artículo 709° CC).

Finalmente, se estipula sobre la traducción oficial del testamento, entre otras medidas, que el juez podrá nombrar un traductor si el testamento hubiera sido otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación (artículo 710° CC).

<sup>288</sup> COMITÉ CDPD. *Observaciones finales en relación al primer informe presentado por Perú. óp. Cit.*, párr. 5 y 24.

En relación a la capacidad para comparecer en un proceso, el Código Procesal Civil dispone que toda persona tiene capacidad para ser parte material de un proceso (artículo 57°). Sin embargo, también se estipula que pueden comparecer las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, las demás deben comparecer por medio de representante legal (artículo 58°)<sup>289</sup>. Por tanto, “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43° inciso 2), “los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad de manera indubitable” (artículo 44° incisos 2 y 3) que hayan sido interdictados, no pueden comparecer en un proceso por sí mismos.

En esta misma línea, las personas interdictadas tampoco podrían participar como testigos, dado el Código Procesal Civil señala que sólo las personas capaces pueden serlo (artículo 222°). Incluso existe la figura de la incapacidad circunstancial en la que el juez tiene la potestad de impedir la participación en la audiencia a la persona que aún no ha sido incapacitada civilmente por la declaratoria de interdicción, pero, que considera como “incapaz” (artículo 207°)<sup>290</sup>.

En el ámbito penal y procesal penal tampoco existe un marco jurídico que facilite la participación de las personas con discapacidad mental e intelectual durante el proceso. En efecto, el Código de Procedimientos Penales<sup>291</sup> establece que la persona que no ejerza por sí sus derechos, será representada por sus personeros legales (artículo 54°).

---

<sup>289</sup> Artículo 58° del Código Procesal Civil.- “Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculte. Las demás deben comparecer por medio de representante legal.

También pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos [...]

<sup>290</sup> Artículo 207° del Código Procesal Civil.- “No participará en la audiencia, a criterio del Juez, el convocado que al momento de su realización se encuentre manifiestamente incapacitado. El Juez tomará las medidas que las circunstancias aconsejen, dejando constancia en acta de su decisión”.

<sup>291</sup> Asimismo, el Código de Procedimientos Penales señala que los sordomudos que sepan escribir, prestarán juramento o promesa y declaración por escrito, mientras que los que no sepan, lo harán por signos siempre que éstos revelen hechos de fácil percepción y comprensibles a juicio del juez (artículo 144°). Por tanto, se percibe a la discapacidad como un problema de la persona y no de las barreras del entorno.

En relación al nuevo Código Procesal Penal, se mantiene el modelo de sustitución en la toma de decisiones en el caso de las personas con discapacidad mental e intelectual pues los agraviados “incapaces” serán representados por quien la ley designe (artículo 94°). Sin embargo, se pueden identificar esfuerzos para eliminar las barreras comunicacionales y facilitar una mayor participación de las personas con discapacidad en los procesos. Por ejemplo, si el agraviado es “incapaz” puede ser acompañado por una persona de confianza durante las actuaciones en las que intervenga (artículo 95°), lo que puede constituir una medida de apoyo para las personas con discapacidad mental e intelectual. También se establece que se debe brindar la ayuda necesaria en las actuaciones procesales a quienes no se expresen con facilidad. Del mismo modo, se dispone que se otorgue intérprete a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender (artículo 114°)<sup>292</sup>.

Por último, en lo que concierne a las barreras arquitectónicas, es importante señalar que el Poder Judicial se ha comprometido con las “Cien reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad”<sup>293</sup> que supone, entre otras medidas, la eliminación de barreras arquitectónicas y comunicacionales que enfrentan las personas con discapacidad. Sin embargo, en la práctica persisten estos obstáculos. Por ejemplo, de acuerdo a la ENEDIS 2012, el 17.5% de las personas con discapacidad reportó que tiene dificultad para ingresar y/o desplazarse en las oficinas públicas incluyendo, entre otras, a las entidades del sistema de administración de justicia<sup>294</sup>.

Por todo lo expuesto, existen barreras legales, físicas y comunicacionales en la legislación que restringen el derecho de las personas con discapacidad mental e intelectual a comparecer por sí mismas en los procesos y, a ejercer roles como el de ser testigo.

---

<sup>292</sup> En esta misma línea, el Código Procesal Penal señala que en caso el testigo sea mudo, sordo o sordomudo declarará por medio de intérprete (artículo 171°). Si bien estas normas asumen erróneamente que las personas con discapacidad no pueden manifestar su voluntad mediante herramientas de comunicación alternativas y se les asigna directamente un intérprete, privándoles de la oportunidad de hacerlo de forma autónoma; constituye una mejora para garantizar la participación de las personas con discapacidad en los procesos.

<sup>293</sup> Mediante Resolución Administrativa 266-2010-CE-PJ, publicada el 23 de octubre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano, se dispone la adhesión del Poder Judicial a la implementación de las “100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad”.

<sup>294</sup> INEI. *Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad, Óp. Cit.*, p. 30.

### 2.3.3.6. Impedimentos para adquirir propiedad, heredar, contratar, controlar los asuntos económicos propios y acceder a crédito financiero

El Comité CDPD<sup>295</sup> ha exhortado al Estado a eliminar la interdicción y revisar las normas relacionadas con la curatela a fin de reemplazar el modelo de sustitución por el de apoyo en la toma de decisiones, tema imprescindible para ejercer los derechos de carácter económico. Sin embargo, nuestra legislación civil impone diversas barreras que dificultan que se pueda reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en este ámbito.

Si bien el artículo 2° de la Constitución señala que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público (inciso 14) y, a la propiedad y herencia (inciso 16); el artículo 140° del Código Civil impone restricciones para las personas con discapacidad mental e intelectual. En efecto, se establece como uno de los requisitos para la validez de un acto jurídico que sea realizado por un agente “capaz”<sup>296</sup>, por ende, excluye a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43° inciso 2), “los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad de manera indubitable” (artículo 44° incisos 2 y 3).

Asimismo, el artículo 219° en relación con el 1358° del Código Civil determina que los actos practicados por personas “absolutamente incapaces”, salvo el caso que no estén privados de discernimiento y contraten sobre asuntos cotidianos para su vida diaria, son nulos<sup>297</sup>. Por tanto,

<sup>295</sup> COMITÉ CDPD. *Óp. Cit.*, párr. 25 y 32.

<sup>296</sup> Artículo 140° del Código Civil.- 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.
2.-Objeto	física	y	jurídicamente	posible.
3.-Fin				lícito.

4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad [las cursivas son nuestras].

<sup>297</sup> Artículo 219° del Código Civil.- *El acto jurídico es nulo:*

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 (Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria).
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

estos actos no generan ningún efecto jurídico. De similar manera, el artículo 221° del Código Civil establece que los actos practicados por personas “relativamente incapaces” son anulables<sup>298</sup>. Por tanto, ambas normas suponen una clara vulneración a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

En la misma lógica, el Código Civil señala que la oferta realizada por una persona que deviene en incapaz es obligatoria para sus representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransmisible (artículo 1383°). Además, se establece la caducidad de la oferta si la declaratoria de incapacidad del destinatario es sobreviniente a la oferta realizada (artículo 1387° CC). Por tanto, se presume la incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Estas normas se enmarcan en un sistema de sustitución en la toma de decisiones justificado por una supuesta protección a los intereses de las personas con discapacidad mental e intelectual, pero, que en realidad se trata de una restricción a sus derechos a adquirir propiedad, acceder a créditos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. No obstante, cabe destacar iniciativas como la del Banco de la Nación cuyo portal permite el acceso a personas con discapacidad visual<sup>299</sup>, lo que les facilitará la realización de transacciones financieras y el control de sus asuntos económicos.

- 
- 4.- Cuando su fin sea ilícito.
  - 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
  - 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
  - 7.- Cuando la ley lo declara nulo.
  - 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa [las cursivas son nuestras].

<sup>298</sup> Artículo 221° del Código Civil.- El *acto jurídico es anulable*:

- 1.- *Por incapacidad relativa del agente.*
- 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
- 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
- 4.- Cuando la ley lo declara anulable [las cursivas son nuestras].

<sup>299</sup> En cumplimiento de la Ley N° 28530 – Ley de promoción de acceso a Internet para personas con discapacidad y de adecuación del espacio físico en cabinas públicas de Internet, publicada el 25 de mayo de 2005 en el Diario Oficial El Peruano y; la Resolución Ministerial N°126-2009-PCM sobre la accesibilidad en todas las páginas webs institucionales del Estado, del 25 de marzo de 2009 y que aprueba lineamientos para accesibilidad a páginas web y Aplicaciones para telefonía móvil para instituciones públicas del Sistema Nacional de Informática.

En este sentido, es necesario que todas las entidades financieras eliminen las barreras que enfrentan las personas con discapacidad para la adquisición de productos y garanticen las medidas adecuadas para que estas personas puedan celebrar un contrato y adquirir un producto bancario. En el caso de las personas con discapacidad mental e intelectual e intelectual, se requiere que la información brindada sea accesible, por ejemplo, en un lenguaje sencillo y, la implementación de un sistema de apoyo idóneo que facilite la toma de decisiones.

Por último, resulta pertinente mencionar que también existen barreras a nivel de servicios o transacciones en las notarías. Por ejemplo, una persona con discapacidad mental o intelectual no puede realizar una compraventa porque el TUO del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, señala que es una infracción disciplinaria muy grave “dar fe de capacidad cuando el compareciente sea notoriamente incapaz al momento de otorgar el instrumento”<sup>300</sup>. Ello afecta directamente la autonomía y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual e intelectual pues se sanciona a los notarios que otorguen fe de capacidad a quienes son visiblemente incapaces, característica que se asocia en la sociedad con las personas con discapacidad mental e intelectual.

### ***Conclusiones preliminares***

El segundo capítulo de la tesis ha demostrado la situación de discriminación y exclusión que viven a diario las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú. Precisamente, son los prejuicios y estereotipos de la sociedad que equipara discapacidad con incapacidad así como las barreras actitudinales y legales que enfrentan estas personas asociadas al proceso de interdicción y al régimen de curatela, los factores que limitan el ejercicio de su capacidad

---

<sup>300</sup> Aprobado el 22 de julio de 2010 mediante Decreto Supremo 010-2010-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo 1049 – Decreto Legislativo del Notariado (artículo 76° inciso 11). Disponible en: <http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/consejonotariado/decretos/DS-010-2010-JUS.pdf>. Consulta: 28 de febrero de 2014.

jurídica y, por ende, de otros derechos fundamentales. Ello nos permite afirmar que son un grupo en condición de vulnerabilidad.

El proceso de interdicción y el régimen de curatela para las personas con discapacidad mental e intelectual están asociados a un modelo de sustitución en la toma de decisiones. En este contexto, las funciones del curador o curadora - proteger al “incapaz”; proveer en lo posible su restablecimiento; representarlo conforme al grado de su “incapacidad” y colocarlo en un establecimiento adecuado de ser necesario (artículo 570° del Código Civil) – son incompatibles con el artículo 12° de la CDPD.

La falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual se manifiesta en la vulneración de otros derechos fundamentales. Por ejemplo, en Perú esta problemática se refleja en los internamientos involuntarios y la institucionalización que viola la libertad personal y, la vida independiente e inclusión en la sociedad; las condiciones precarias en centros de salud mental y, tratamientos médicos sin consentimiento informado que vulneran la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. De igual modo, existen barreras para votar y, participar en la vida política y pública; impedimentos para contraer matrimonio, ejercer la patria potestad, otorgar testamentos y, para ejercer su autodeterminación sexual y reproductiva; barreras para participar en los procesos y de tipo comunicacional que afectan su acceso a la justicia así como impedimentos para adquirir propiedad, heredar, controlar asuntos económicos propios y acceder a créditos.

Ante esta problemática y a más de cinco años de la entrada en vigencia de la CDPD, el avance más importante del Estado peruano en materia de capacidad jurídica es la promulgación de la Ley N° 29973 - Nueva Ley General de las Personas con Discapacidad que, en su artículo 9°, reconoce este derecho de manera específica. Sin embargo, está pendiente la publicación de su reglamento que ya ha sido aprobado en Consejo de Ministros.

De igual manera, se ha instalado recientemente la Comisión Revisora del Código Civil en materia de capacidad jurídica que tiene el desafío de preparar un anteproyecto para adecuar el Código Civil, que adopta el modelo de sustitución en la toma de decisiones, al paradigma del artículo 12° de la CDPD. Sin embargo, no sólo es necesaria la reforma de este cuerpo normativo sino que también se requiere diseñar e implementar un sistema de apoyos al que todas las personas con discapacidad puedan tener acceso a fin de promover su plena capacidad jurídica y autonomía.

### **Capítulo 3.- Lineamientos para la reforma del Código Civil de 1984 en materia de capacidad jurídica y, para el diseño y la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú**

El tercer y último capítulo de esta tesis busca proponer lineamientos para la reforma del Código Civil y, para el diseño y la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias en el país, que permitan la adecuación de nuestro Derecho interno a lo dispuesto por la CDPD en términos del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Para estos fines, en el primer subcapítulo se analizarán los diferentes modelos de atribución de incapacidad en el Derecho comparado que operan en los países donde es necesaria una reforma a la luz del artículo 12° de la CDPD. En este sentido, se evaluará con especial énfasis el modelo de atribución directa por estatus; el modelo de atribución indirecta por estatus; el modelo basado en resultados o consecuencialista y, el modelo funcional.

En el segundo subcapítulo, se presentarán los lineamientos para la reforma del Código Civil peruano en relación a tres aspectos. Primero, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, por ende, la derogación de su régimen de incapacitación y del proceso de interdicción al que son sometidas. Segundo, la derogación del régimen de curatela y, la incorporación del proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica como medida temporal hasta que se implemente un sistema de apoyos. Luego, sólo se podría aplicar de manera excepcional. Tercero, la reforma de las normas del Código Civil y de otros cuerpos normativos que vulneran la capacidad jurídica y otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Por último, el tercer subcapítulo planteará los lineamientos para el diseño y la implementación de un sistema de apoyos como herramienta de promoción de la autonomía y capacidad jurídica

de todas las personas con discapacidad y, que debe estar en constante evolución. Se plantea establecer tres niveles de acuerdo al tipo de discapacidad y/o a las circunstancias de cada persona: apoyo mínimo, apoyo en la toma de decisiones y asistencia en la toma de decisiones. Además, se analizarán algunas experiencias como el *ombudsman* personal de Suecia y los acuerdos de representación del Estado de Columbia Británica (Canadá).

### 3.1. Modelos de atribución de incapacidad en el Derecho comparado

La identificación de los modelos de atribución de incapacidad en el Derecho comparado es un tema relevante para la investigación puesto que se trata de comprender cómo se ha venido restringiendo o privando del ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad mental e intelectual, tanto en el Derecho Civil o *Civil Law* como en el Derecho Común o *Common Law* y cómo ello contrasta con los postulados de la CDPD. En efecto, nos referimos a normas que explícita o implícitamente determinan que una persona sea considerada como “incapaz” o inapta para tomar decisiones por sí misma, sean de carácter personal como patrimonial.

Sobre el particular, Amita Dhanda<sup>301</sup> ha identificado tres modelos o métodos de atribución de incapacidad que han venido operando en países en los que se sustituye la voluntad de la persona con discapacidad mental o intelectual, razón por la cual se requiere de una reforma que reconozca la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad y que garantice el apoyo en su ejercicio, conforme al artículo 12° de la CDPD.

#### 3.1.1. Modelo de atribución por estatus

Se presenta en legislaciones en las que una vez que se establece que una persona tiene una discapacidad, el Derecho presume su falta de capacidad jurídica. En efecto, como señala el

---

<sup>301</sup> DHANDA, Amita. “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?” En: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2007, p. 431 y ss.

Comité CDPD<sup>302</sup>, para este modelo llamado también criterio basado en la condición o *status attribution*, el retiro de la capacidad jurídica de una persona se decide en función del diagnóstico de una discapacidad. Sobre el particular, Francisco Bariffi<sup>303</sup> ha distinguido dos modalidades enmarcadas en el modelo de atribución por estatus:

#### a) Modelo de atribución directa por estatus

Este modelo supone la existencia de tres elementos: una deficiencia, principalmente mental o intelectual; una sentencia judicial y la imposición de una interdicción<sup>304</sup>. En este sentido, se atribuye incapacidad de modo directo, en especial hacia las personas con discapacidad mental e intelectual, porque la legislación dispone que tienen “incapacidad” para ejercer válidamente actos jurídicos y, por el proceso de interdicción que básicamente afirma los resultados de un examen médico. Precisamente, este modelo es criticado desde el paradigma del artículo 12° de la CDPD porque refuerza estereotipos que equiparan discapacidad con incapacidad y por la concepción de la discapacidad desde el modelo médico rehabilitador.

Un claro ejemplo de este modelo lo encontramos en el Código Civil argentino<sup>305</sup> pues señala que “tienen incapacidad absoluta: 1) Las personas por nacer; 2) Los menores impúberes; 3) Los dementes; 4) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito” (artículo 54°). De igual manera, se establece que “ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente” (artículo 140°).

<sup>302</sup> Cfr. COMITÉ CDPD. *Proyecto de Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. 25 de noviembre de 2013, párr. 13.

<sup>303</sup> BARIFFI, Francisco. “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del Derecho Comparado”. En: *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. EDIAR, Buenos Aires, 2011, pp. 289 -330.

<sup>304</sup> *Ídem*, p. 298.

<sup>305</sup> Aprobado el 29 de setiembre de 1869 mediante Ley N° 340 y entró en vigencia el 1 de enero de 1871. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>. Consulta: 7 de octubre de 2013.

Estas normas atribuyen directamente la incapacidad a las personas con discapacidad mental–equivocadamente llamadas “dementes” – que han sido declaradas incapaces en un proceso judicial, en razón de un examen médico. En este sentido, el Código Civil argentino requiere de una reforma<sup>306</sup> a la luz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual así como del reemplazo de terminología peyorativa como “dementes” y “disminuidos en sus facultades”.

Este modelo de atribución directa de incapacidad para las personas con discapacidad mental e intelectual también lo encontramos en el Código Civil peruano. En efecto, como se analizó en el segundo capítulo, este cuerpo normativo dispone que pueden ser declarados absolutamente incapaces para el ejercicio de sus derechos, “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43° numeral 2) así como que pueden ser declarados relativamente incapaces para el ejercicio de sus derechos “los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” (artículo 44° numerales 2 y 3, respectivamente).

De otra parte, el Código Procesal Civil peruano requiere de una certificación médica que acompañe la demanda de interdicción (artículo 582°), lo que se asocia al igual que en el Código Civil argentino a la concepción de la discapacidad desde el modelo médico. Por lo tanto, en la legislación civil peruana existe una presunción de incapacidad general hacia las personas con discapacidad mental e intelectual y, se le asigna un rol preponderante al examen médico lo que es incompatible con el artículo 12° de la CDPD que adopta el modelo social de la discapacidad.

---

<sup>306</sup> Cabe señalar que el proyecto de reforma del Código Civil argentino ha sido aprobado por el Senado el 28 de noviembre de 2013 y se ha remitido a la Cámara de Diputados. Este proyecto se puede revisar en: <http://www.infojus.gov.ar/home;jsessionid=l6lbn08weh6x22t7hd5ousb?0>. Consulta: 22 de febrero de 2014. Al respecto, preocupa que se conserve la figura de la interdicción judicial y que se deje a discreción del juez la decisión de designar un curador o de determinar los apoyos necesarios para la toma de decisiones de las personas con discapacidad.

## b) Modelo de atribución indirecta por estatus

Este modelo implica la existencia de cuatro elementos: una deficiencia, principalmente mental o intelectual; el efecto de dicha deficiencia que debe imposibilitar la autodeterminación de la persona asociada a los aspectos personales y patrimoniales de su vida; una sentencia judicial y la imposición de una interdicción<sup>307</sup>. En otras palabras, se atribuye incapacidad de modo indirecto, en especial hacia las personas con discapacidad mental e intelectual, no por su condición de discapacidad sino por su incapacidad para autogobernarse. Por tanto, este modelo es criticado desde el paradigma del artículo 12° de la CDPD porque no reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual para tomar decisiones sobre su vida, tanto de carácter personal como patrimonial.

Un ejemplo de este modelo lo encontramos en el Código Civil español<sup>308</sup> pues establece que pueden ser declaradas incapaces las personas que tienen enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que les impiden gobernarse por sí mismas (artículo 200°). En esta línea, la Ley de Enjuiciamiento Civil española<sup>309</sup> dispone que el juez debe examinar al presunto incapaz aunque no está obligado a escucharle ni a tener en cuenta su voluntad; también el juez debe oír a los parientes más próximos del incapaz y contar con los dictámenes facultativos necesarios (artículo 759°), lo que en la práctica suele limitarse a un informe pericial psiquiátrico.

De igual manera, la sentencia de incapacitación debe establecer la extensión y los límites de la restricción de la capacidad de obrar y determinar el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. En este sentido, la incapacitación supone, en función de que se declare la incapacitación parcial o total, la restricción o la anulación de la capacidad de obrar

<sup>307</sup> BARRIFFI, Francisco. *Óp. Cit.*, p. 304.

<sup>308</sup> Aprobado mediante Real Decreto del 24 de julio de 1889 y publicado mediante Real Orden del 29 de julio de 1889.

<sup>309</sup> Ley 1/2000 del 7 de enero del 2000.

de las personas afectadas y puede extenderse tanto a actos de carácter patrimonial como a actos de carácter personal (artículo 760° de la Ley de Enjuiciamiento Civil española).

Otro ejemplo lo podemos encontrar en el Código Civil argentino cuando dispone que pueden ser declaradas “incapaces por demencia” aquellas personas que, a causa de enfermedades mentales, no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, previa verificación médica y declaración judicial a pedido de parte (artículo 141°). De igual modo, se señala que se podrá requerir la inhabilitación judicial de los “disminuidos en sus facultades” cuando el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio (artículo 152° *bis*). En efecto, en ambas disposiciones se atribuye incapacidad por la falta de capacidad para decidir sobre asuntos personales y/o para administrar el patrimonio.

En consecuencia, al igual que en el modelo de atribución directa por estatus, un dictamen médico es el parámetro de evaluación de la capacidad de una persona para el modelo de atribución indirecta por estatus. Ello nos lleva a resultados que estigmatizan a las personas con discapacidad mental e intelectual como “incapaces”. Sin embargo, el modelo de atribución indirecta por estatus atribuye incapacidad a las personas con discapacidad mental e intelectual que se vean imposibilitadas de determinar los aspectos personales y patrimoniales de su vida, lo que debe ser declarado en un proceso judicial.

### 3.1.2. Modelo basado en resultados

Este modelo se presenta en legislaciones que cuestionan la capacidad jurídica cuando la persona con discapacidad mental o intelectual toma una decisión que no es considerada como socialmente aceptable. En efecto, como señala el Comité CDPD<sup>310</sup>, para este modelo llamado también *outcome test*, el retiro de la capacidad jurídica de una persona se aplica en función a si

---

<sup>310</sup> COMITÉ CDPD. *Loc. Cit.*

toma decisiones con consecuencias negativas. Así, este modelo se encuentra en la mayoría de legislaciones mentales. Por ejemplo, una persona con discapacidad mental sería considerada capaz si opta por acceder a un tratamiento psiquiátrico; pero, no si decide detener su tratamiento. Esta decisión no estaría acorde con lo “socialmente aceptable”.

En relación a los modelos de atribución por estatus y al modelo basado en resultados, Quinn<sup>311</sup> llama la atención de que mientras el enfoque tradicional o de estatus asume automáticamente la falta de capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual; el enfoque de resultado atribuye la falta de capacidad jurídica como producto de decisiones incorrectas tomadas por la persona con discapacidad. En este marco, ambos enfoques son criticados desde el paradigma del artículo 12° de la CDPD, en el primer caso por basarse en estereotipos y en el segundo porque todas las personas pueden tomar decisiones equivocadas. Y es que como afirma Quinn, “nos gobernamos a nosotros mismos, porque somos autónomos, a través de una mezcla de lo racional y lo irracional, o a través de una mezcla de preferencias y de elecciones”<sup>312</sup>. De allí la crítica al criterio de discernimiento para determinar si una persona puede o no ejercer su capacidad jurídica. Sobre este aspecto, se volverá en la siguiente sección.

### 3.1.3 Modelo funcional

Este modelo se presenta en legislaciones en las que las personas con discapacidad mental e intelectual son consideradas incapaces sólo si, por causa de su discapacidad, no puede realizar una función específica. En efecto, como señala el Comité CDPD<sup>313</sup>, para el modelo llamado *functional test* o *functional approach*, la restricción de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad mental o intelectual se aplica cuando se considera que su aptitud

---

<sup>311</sup> Cfr. QUINN, Gerard. “Personalidad y capacidad jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD”. En: BARRIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2011, pp. 44-45.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>313</sup> COMITÉ CDPD. *Loc. Cit.*

para tomar decisiones es deficiente. Por tanto, si bien hay una contextualización para evaluar la incapacidad, finalmente se admite la restricción de la capacidad jurídica de este colectivo, lo que resulta incompatible con el artículo 12° de la CDPD.

Un ejemplo lo encontramos en la Ley sobre Capacidad Mental de Inglaterra y Gales<sup>314</sup> que apunta entre sus principios generales a la presunción de capacidad de las personas salvo que se establezca lo contrario (artículo 1°). En este sentido, se exige que se hayan adoptado todas las medidas posibles y que éstas no hayan tenido éxito, antes de tratar a una persona como incapaz de tomar una decisión. Además, se prohíbe señalar que una persona es incapaz de tomar una decisión bajo el único argumento de calificar sus decisiones como equivocadas.

En cuanto al criterio de determinación de incapacidad, la Ley sobre Capacidad Mental de Inglaterra y Gales establece en su artículo 2°:

- 1) A los efectos de la presente Ley, una persona *carece de capacidad en relación con un asunto, si al momento específico, la misma es incapaz de adoptar una decisión por sí misma sobre cierto asunto debido a una deficiencia, o disturbio en el funcionamiento de la mente o el cerebro.*
- 2) Resulta irrelevante si la deficiencia es permanente o temporaria.
- 3) La falta de capacidad no puede ser establecida por simple referencia a:
  - i) la edad o apariencia de la persona, o
  - ii) el comportamiento o su aspecto que pueda llevar a otros a conclusiones injustificadas sobre su capacidad.
- 4) En los procedimientos en virtud de la presente Ley, toda incertidumbre sobre si una persona tiene o no capacidad debe ser decidida sobre un balance de probabilidades [las cursivas son nuestras].

En este marco, si bien la Ley sobre Capacidad Mental de Inglaterra y Gales presenta como una premisa la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, es posible que una persona con esta condición sea privada del ejercicio de su capacidad jurídica para que un tercero la sustituya en la toma de sus decisiones. Sin embargo, la norma excluye de esta sustitución a los derechos de familia como la decisión de contraer matrimonio; los asuntos

<sup>314</sup> *Mental Capacity Act 2005, Chapter 9.* Disponible en: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga\\_20050009\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga_20050009_en.pdf). Para una recopilación específica en materia de capacidad jurídica véase BARRIFFI, F. y Agustina PALACIOS (Comps.) *Capacidad Jurídica y Discapacidad, Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo N° 13. REINO UNIDO, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009.

asociados con la salud mental como la exigencia del consentimiento informado previo a cualquier tratamiento y; el derecho a votar.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en la nueva Ley Nacional de Salud Mental argentina<sup>315</sup> que dispone que las declaraciones judiciales de incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias, es decir, ya no sólo se realizará una evaluación médica. Además se ha establecido que estas declaraciones judiciales no podrán extenderse por más de tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible, lo que constituye un avance en relación con lo dispuesto por su Código Civil.

De otra parte, se puede afirmar que el propio Código Civil peruano adopta de alguna manera el modelo funcional porque establece que “los alcances y los límites de la curatela son fijados por el juez, cuando declara la interdicción del incapaz, en función de su grado de incapacidad” (artículo 581°). De esta forma, el juez puede delimitar los alcances de la curatela en relación a determinados aspectos y no atribuir incapacidad de manera general.

En este contexto, el modelo funcional supone un avance puesto que la incapacidad no es atribuida de manera general como en el sistema de atribución por estatus sino que se trata de evaluar la capacidad de manera personalizada y en función de una situación específica. Ello elimina la figura de incapacitación absoluta que restringe tanto derechos personales como patrimoniales de la persona con discapacidad mental o intelectual.

De acuerdo a lo analizado, se pueden encontrar características del modelo de atribución directa por estatus y del modelo funcional en el Código Civil peruano que suponen una doble barrera. De un lado, resulta ser una barrera legal que se proyecta en todo el ordenamiento

---

<sup>315</sup> La Ley N° 26.657 fue promulgada el 2 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>. Consulta: 7 de octubre de 2013.

jurídico, no sólo en lo civil. Por ejemplo, el modelo de atribución directa por estatus, como se abordará más adelante, tiene impacto en el Código Civil y en normas como el Código Procesal Civil, la Ley General de Salud, el Código Penal, entre otras. Sin embargo, también es una barrera social por la percepción estereotipada de la sociedad que considera a las personas con discapacidad mental e intelectual como “incapaces”. Sin duda, esta última barrera es la más difícil de eliminar pues supone un largo proceso de concientización que nos permita comprender a la discapacidad como un asunto de derechos humanos y valorar la diversidad de manera positiva.

### 3.2. Lineamientos para la reforma del Código Civil peruano de 1984<sup>316</sup>

La mayoría de Estados iberoamericanos tiene el gran desafío de reformar y adecuar sus legislaciones civiles a lo dispuesto por la CDPD. Al respecto, cabe recordar que el artículo 4° de este tratado establece que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias (modificar o derogar leyes) para hacer efectivos los derechos reconocidos por este tratado y para erradicar las prácticas que puedan suponer algún tipo de discriminación para todas las personas con discapacidad.

En este contexto, el Comité CDPD<sup>317</sup> ha expresado su especial preocupación por la legislación civil peruana que adopta un modelo de sustitución en la toma de decisiones y permite la restricción de los derechos civiles de las personas con discapacidad mental e intelectual en los casos de interdicción judicial. De igual manera, se ha llamado la atención sobre la falta de información acerca del número de personas sujetas a curatela; la falta de recursos y garantías jurídicas; así como la carencia de exámenes independientes y del derecho a recurrir para revocar la imposición de esas medidas.

<sup>316</sup> Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295, publicado el 25 de julio de 1984 y entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

<sup>317</sup> COMITÉ CDPD. *Observaciones finales en relación al primer informe presentado por Perú*. COMITÉ CDPD/C/PER/CO/1, párr. 22-25.

Por ello, el Comité CDPD<sup>318</sup> recomienda al Estado peruano que derogue la práctica de la interdicción judicial y que revise las leyes que permiten la curatela a fin de garantizar su plena conformidad con el artículo 12° de la CDPD. Le recomienda también que reemplace el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad mental e intelectual en la toma de decisiones.

Precisamente, en este subcapítulo se plantearán los lineamientos para la reforma del Código Civil peruano que, a pesar de las modificaciones y derogatorias de la nueva Ley General de la Persona con Discapacidad – Ley N° 29973, aún requiere ser revisado a la luz de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual e intelectual.

Para estos efectos, se analizarán tres aspectos fundamentales. Primero, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, por ende, la derogación de su régimen de incapacitación y del proceso de interdicción al que son sometidas. Segundo, la derogación del régimen de curatela para las personas con discapacidad mental e intelectual proponiendo como medida temporal la asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica; proceso que luego de implementado el sistema, sólo podría ser aplicado de manera excepcional. Por último, la reforma de las normas del Código Civil y de otros cuerpos normativos que vulneran derechos conexos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

### **3.2.1. Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual: derogación de su régimen de incapacitación y del proceso de interdicción**

La presunción de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad es un aspecto medular en la reforma del Código Civil. Ello significa que la discapacidad nunca debe ser

---

<sup>318</sup> *Ibidem.*

motivo de una restricción y/o limitación de la capacidad jurídica pues sería discriminatorio. En esta línea, Bach sostiene que “poseer capacidad jurídica es un elemento central para la forma en que uno se agencia como persona”<sup>319</sup>.

En este sentido, se debe asumir que las personas con discapacidad mental e intelectual tienen capacidad jurídica (la capacidad de goce y de ejercicio) y pueden tomar sus propias decisiones en todos los ámbitos de su vida, conforme al artículo 12° de la CDPD y al artículo 9° de la reciente Ley General de la Persona con Discapacidad. Además, el ordenamiento jurídico debe reconocer la validez de estas decisiones en respeto de la dignidad, independencia y autonomía de estas personas, principios reconocidos en el artículo 3° de la CDPD.

En este contexto, cabe señalar que las reivindicaciones del último medio siglo en derechos humanos ya no apuntan tanto al reconocimiento de derechos, sino más bien a su cumplimiento para lo cual se requiere centrarse en la capacidad de una persona de ejercer según su propia voluntad, los derechos reconocidos<sup>320</sup>, aspecto del cual han sido históricamente excluidas las personas con discapacidad mental e intelectual.

Por ello, la importancia de la derogación del régimen de incapacitación y del proceso de interdicción para estas personas.

#### **a) Derogación del régimen de incapacitación para las personas con discapacidad mental e intelectual**

Desde la perspectiva del modelo social adoptado por la CDPD, las normas que contengan causales de incapacitación como consecuencia directa o indirecta de una discapacidad son

---

<sup>319</sup> BACH, Michael. “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”. En: BARIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2011, p. 59.

<sup>320</sup> Véase STEINER H., ALSTON P., GOODMAN R., *International human rights in context: law, politics morals: text and materials*. Oxford University Press 2008.

normas de carácter discriminatorio. Por tanto, los modelos de atribución de incapacidad deben ser derogados de la legislación civil para empezar a quebrar la equiparación errada de discapacidad como incapacidad.

Cabe recordar que el régimen de incapacitación para el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual, se puede encontrar en las siguientes normas del Código Civil:

Artículo 42°.- Plena capacidad de ejercicio  
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 43°.- Incapacidad absoluta  
*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 [las cursivas son nuestras].*

Artículo 44°.- Incapacidad relativa  
*Son relativamente incapaces:*

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

Para empezar el análisis y coincidiendo con Juan Espinoza, es importante mencionar que “el sujeto de derecho, por definición, siempre tiene capacidad por lo que no caben expresiones como personas incapaces, incapacidad absoluta o relativa sino que lo que se presenta en el ordenamiento jurídico son los sujetos de derecho con capacidad relativa o restringida y, plena o absoluta”<sup>321</sup>. En este marco, la premisa conforme a la CDPD es la presunción de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluyendo a las personas con discapacidad mental e intelectual.

---

<sup>321</sup> ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 876.

Para efectos de esta tesis que está enfocada en las personas con discapacidad mental e intelectual, no nos pronunciaremos respecto de “los menores de dieciséis años” (artículo 43° inciso 1); “los mayores de dieciséis y menores de dieciocho” (artículo 44° inciso 1); los pródigos (artículo 44° inciso 4); “los que incurren en mala gestión” (artículo 44° inciso 5); “los ebrios habituales” (artículo 44° inciso 6); “los toxicómanos” (artículo 44° inciso 7) y “los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil” (artículo 44° inciso 8).

En lo que concierne al artículo 43°, cabe precisar que el supuesto de “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” no se debería referir a personas con discapacidad mental o intelectual. Recordemos que el discernimiento es la “distinción intrínseca que hace la persona para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese algo es bueno o malo”<sup>322</sup>. En esta línea, las personas con discapacidad mental o intelectual son capaces de tomar decisiones y de conocer las consecuencias de las mismas. En efecto, de acuerdo al modelo social, todas las personas con discapacidad tienen la capacidad de tomar sus propias decisiones en todos los ámbitos de su vida, decisiones que deben tener validez para el ordenamiento jurídico.

Así, se debería reconocer que las personas con discapacidad mental e intelectual son personas con discernimiento, aspecto que en la práctica se niega por lo que la disposición en análisis termina siendo discriminatoria. Por tanto, el numeral 2 del artículo 43° se debería relacionar más bien con situaciones excepcionales como las de personas en estado de coma. Respecto del artículo 44°, se señala que “los retardados mentales” (numeral 2) son incapaces relativos para ejercer derechos. Esta disposición resulta discriminatoria y debe ser en definitiva derogada porque vulnera la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual además de utilizar un lenguaje poco respetuoso que refuerza estereotipos hacia esta población.

---

<sup>322</sup> *Ídem*, p. 917. Para Juan Espinoza, la voluntad está conformada por dos elementos. Primero, el discernimiento que es la distinción intrínseca que hace la persona para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese “algo” es bueno o malo. Segundo, la volición que es la materialización de tal decisión.

Finalmente, el supuesto “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” (artículo 44° numeral 3) también debe ser derogado. Bajo este supuesto se encuentran las personas con un daño progresivo, en menor o mayor medida, de sus facultades mentales; lo que puede ser consecuencia de la vejez o de trastornos como la arterioesclerosis. En este sentido, se debe erradicar la idea de que una persona con discapacidad mental tiene en sí misma un deterioro mental que le impide expresar su voluntad pues se presumiría la incapacidad de estas personas; se desconocería la diversidad de este colectivo y la existencia de medios alternativos de comunicación.

Cabe recordar que el Comité CDPD ha sostenido que:

Negar la capacidad jurídica con el propósito o el efecto de obstaculizar el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley es una violación de los artículos 5 y 12 de la Convención. El Estado puede efectivamente limitar la capacidad jurídica de una persona en función de determinadas circunstancias, como la quiebra o la condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, debe hacerlo por los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente<sup>323</sup>.

Por todo lo expuesto, se plantea la derogación del régimen de incapacitación que restringe el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual en nuestro Código Civil.

#### **b) Derogación del proceso de interdicción para las personas con discapacidad mental e intelectual**

Si bien la concreción de un sistema de apoyos y salvaguardias supone un proceso progresivo de implementación al ser una norma de desarrollo a mediano y largo plazo, una medida inmediata que debe adoptarse es la derogación de los procesos de interdicción que en muchos

---

<sup>323</sup> COMITÉ CDPD. *Proyecto de Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. 25 de noviembre de 2013, párr. 28.

casos es de carácter plena<sup>324</sup>. Es preciso mencionar que este tipo de procesos no sólo afecta la autonomía de la persona interdictada para manejar sus asuntos económicos y controlar sus bienes sino que también limita el ejercicio de derechos personalísimos como el voto o el contraer matrimonio<sup>325</sup>. Por tanto, es una figura que resulta ser abiertamente incompatible con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual al no permitirles tomar sus propias decisiones tanto sobre su patrimonio como sobre asuntos personales.

Entre los cuestionamientos más relevantes de la interdicción vigente en nuestro ordenamiento jurídico podemos mencionar que es la persona con discapacidad mental o intelectual quien es demandada<sup>326</sup> y, que son terceras personas las legitimadas para solicitar la interdicción (cónyuge, parientes y el Ministerio Público)<sup>327</sup>. Incluso, la demanda puede ser presentada por cualquier otra persona en caso que el “incapaz” sea un peligro para la tranquilidad pública<sup>328</sup>.

Otra crítica importante se refiere a los criterios que utiliza el juez para declarar la interdicción. En efecto, el artículo 571° del Código Civil dispone como parámetro “que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena”, lo que refuerza el estereotipo de las personas con discapacidad mental e intelectual como personas dependientes, incapaces de tomar sus propias decisiones e inclusive peligrosas. Estos criterios no se ajustan a la concepción de la discapacidad que postula la CDPD en donde el problema no está en la persona con discapacidad sino en las barreras del entorno para que se pueda desarrollar.

---

<sup>324</sup> Recordemos que el CEDDIS en su Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2 inciso b de la CIADDIS, en el marco del artículo 12° de la CDPD (28 de abril de 2011), ha recomendado la inaplicación o derogación de este tipo de procesos.

<sup>325</sup> En los casos de interdicción parcial, un representante tomará las decisiones relacionadas sólo con los asuntos patrimoniales y/o financieros.

<sup>326</sup> Artículo 581° del Código Procesal Civil: “La demanda de interdicción procede en los casos previstos por los incisos 2 y 3 del artículo 43° y, los incisos 2 a 7 del artículo 44° del Código Civil. La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide [...]”.

<sup>327</sup> Artículo 583° del Código Civil: “Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público”.

<sup>328</sup> Artículo 583° del Código Procesal Civil: “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”.

Además, se requiere la presencia del médico que emitió el certificado en la audiencia para declarar la interdicción<sup>329</sup>, lo que es un rezago del modelo médico. En esta medida, la presunción de incapacidad es equivocada porque se parte de un concepto de discapacidad en el que ésta sólo es entendida desde parámetros médicos que suponen la sustitución en la toma de decisiones, desconociendo nuevamente que las barreras del entorno forman parte del concepto de discapacidad.

Por último, preocupa que la persona declarada interdicta no tiene en la práctica manera de cuestionar la medida de interdicción. Si bien existe la declaración de rehabilitación<sup>330</sup>, los jueces sólo podrían levantar la interdicción si se comprueba que el motivo que propició la incapacidad ha desaparecido, lo que no sucederá pues la evaluación es exclusivamente médica<sup>331</sup>. Además, preocupa que no exista una revisión periódica de las sentencias que declaran la interdicción<sup>332</sup>.

Frente a esta situación, se propone la derogación inmediata del proceso de interdicción que ha venido siendo aplicado desde el modelo médico y que, en la práctica, en muchos casos ha sido una interdicción plena. En su lugar, se propone incorporar el proceso de “asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica”<sup>333</sup> como medida temporal y de transición hacia la implementación de un sistema de apoyos. Al respecto, coincidimos con Luis Miguel del

---

<sup>329</sup> Artículo 582° del Código Procesal Civil: “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”.

<sup>330</sup> Artículo 584° del Código Procesal Civil: “La declaración de rehabilitación puede ser pedida por el interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar [...]”.

<sup>331</sup> Artículo 612° del Código Civil: “La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los artículos 43°, incisos 2 y 3, y 44°, incisos 2 y 3, sólo se concede cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo”.

<sup>332</sup> Artículo 610° del Código Civil: “La curatela instituida conforme a los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción. La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado”.

<sup>333</sup> Esta denominación sería similar a la que propone Patricia Cuenca para el caso español, “un procedimiento de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”. Para mayor información, revisar: CUENCA, Patricia. *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del artículo 12° de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III. 2010.

Águila<sup>334</sup> quien sostiene que debería aplicarse un tipo de tolerancia cero sobre la interdicción a fin de que no se inicien más procesos de este tipo en el país.

Una vez implementado el sistema de apoyos, el nuevo proceso de “asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica” debería ser aplicado sólo para casos excepcionales. Este proceso debería cumplir con algunas garantías mínimas de debido proceso<sup>335</sup> como que sea la persona con discapacidad mental o intelectual quien lo solicite y que se respete su voluntad y/o preferencias para la asistencia en la toma de decisiones.

Asimismo, debería delimitarse la asistencia a determinado tipo de actos, excluyendo los de carácter personalísimo y, se debería garantizar el acceso a recursos sencillos para cuestionar esta medida. Del mismo modo, la asignación del asistente debería estar sujeta a revisiones periódicas desde un enfoque multidisciplinario, no sólo médico, para evaluar su necesidad y para evitar los abusos.

Finalmente, las personas que ya tienen una sentencia de interdicción podrían sujetarse al nuevo proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica, si así lo requieren, como una medida temporal hacia la implementación del sistema de apoyos. Sobre el particular, Malena Pineda<sup>336</sup>, jefa del Programa del Programa de Defensa y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo, sostiene que es necesario que el Estado peruano recopile información sobre el número de personas interdictadas y que se

---

<sup>334</sup> Entrevista de fecha 28 de febrero de 2014 con Luis Miguel del Águila, líder del movimiento de las personas con discapacidad en el Perú y asesor de la Comisión Revisora del Código Civil en materia de capacidad jurídica.

<sup>335</sup> Cabe mencionar que el Comité del Consejo de Ministros de Europa en 1999, antes de la entrada en vigor de la CDPD, ya había establecido principios para la protección de las personas “incapaces adultas”. Por ejemplo, el máximo respeto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual; proporcionalidad de la medida de protección en relación al grado de discapacidad y al caso concreto; el derecho a ser oída de la persona a quien se le restringiría la capacidad jurídica; las medidas deben ser temporales y sujetas a revisión periódica. Véase: *Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on principles concerning the legal protection of incapable adults*. 23 de febrero de 1999. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Rec%2899%294E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec%2899%294E.pdf). Consulta: 27 de setiembre de 2013.

<sup>336</sup> Información obtenida en entrevista a Malena Pineda, Jefa del Programa del Programa de Defensa y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo de Perú. Fecha de entrevista: 9 de setiembre de 2013. Además, para la Dra. Pineda, sería interesante una implementación del sistema de apoyos por proyectos pilotos en distintas zonas del país. Ello a fin de ir perfeccionando el sistema a partir de las experiencias de quienes hayan accedido a alguna medida de apoyo.

indague sobre las condiciones de vida de estas personas. En esta misma línea, Alberto Vásquez<sup>337</sup>, presidente de Sodis, mencionó que la fuente de información para un registro sería el Poder Judicial, Registros Públicos y el RENIEC. Además, coincidimos con Vásquez en la necesidad de contar con un estudio de jurisprudencia sobre la aplicación de la interdicción en el país.

### **3.2.2. Derogación del régimen de curatela para las personas con discapacidad mental e intelectual: La asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica como medida temporal durante el periodo de transición y como medida excepcional en un sistema de apoyos**

Un segundo aspecto fundamental de la reforma del Código Civil es la derogación del régimen de curatela vigente porque supone un modelo de sustitución en la toma de decisiones para las personas con discapacidad mental e intelectual. En efecto, de acuerdo a lo analizado en el segundo capítulo, preocupa que las personas mayores de edad con discapacidad mental e intelectual puedan estar sujetas a un régimen de curatela<sup>338</sup>, una vez que hayan sido declaradas interdictas<sup>339</sup>, lo que supone en la práctica que terceras personas llamadas curadores ejerzan sus derechos civiles (artículo 45° del Código Civil)<sup>340</sup>.

Sobre el particular, recordemos que el TC ha sostenido que:

La discapacidad mental no es sinónimo, *prima facie*, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las personas que adolecen de enfermedades mentales, suelen tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta puesto que ello es una manifestación de su

<sup>337</sup> Información obtenida en entrevista a Alberto Vásquez, presidente de SODIS a quien agradezco sus comentarios en relación al tercer capítulo de esta tesis. Fecha de entrevista: 3 de marzo de 2014. Vásquez ha señalado que sería importante contar con un estudio de jurisprudencia sobre la interdicción aplicada a personas con discapacidad en el Perú puesto que si bien la percepción de la población es que se viene aplicando una interdicción plena, el Código Civil no lo regula de esta forma y, los mismos jueces y juezas a quienes ha podido entrevistar sostienen que no siempre se aplica una interdicción plena pues podría ser parcial. Además, Vásquez nos comunicó que el Dr. Carlo Magno Salcedo, representante del RENIEC ante la Comisión Revisora del Código Civil en materia de capacidad jurídica, señaló que esta institución tiene un registro de 1931 personas interdictadas.

<sup>338</sup> Artículo 564° del CC: “Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2, 3, y 44, incisos 2 a 8”.

<sup>339</sup> Artículo 566° del CC: “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°”. Al respecto, el artículo 565° del CC dispone: “La curatela se instituye para: 1.- Los incapaces mayores de edad; 2.- La administración de bienes; 3.- Asuntos determinados”.

<sup>340</sup> Artículo 45° del CC: “Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela”.

autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad. Ahora bien, el que las decisiones de las personas con discapacidad mental tengan que ser tomadas en cuenta, no implica la desaparición o la caducidad de la figura de la curatela. De acuerdo al artículo 576 del Código Civil, el curador protege al incapaz, procurando su restablecimiento y lo representa y asiste en sus negocios, según el grado de la incapacidad. Esto -que no es más que una concretización del principio de respeto de la dignidad del ser humano- implica que el curador no debe prescindir de la voluntad del interdictado, sino protegerle en todo aquellos aspectos en donde éste no se puede valorar adecuadamente la toma de decisiones<sup>341</sup>.

Si bien el TC considera que las decisiones de las personas con discapacidad mental deben ser tomadas en cuenta, se protege la figura de la curatela que supone una sustitución en la toma de decisiones y un menoscabo a la autonomía de la persona con discapacidad mental.

Precisamente, esta sustitución en la toma de decisiones lo encontramos en normas como las asociadas a la designación de los curadores. Por ejemplo, conforme al artículo 572° del CC, los padres pueden designar a un curador por testamento o escritura pública para sus hijos “incapaces” y que no cuentan con ninguno de los parientes señalados en el artículo 569° del Código Civil. De igual manera, a falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, el consejo de familia designará al curador (artículo 573° del CC). Además, los directores de los asilos son considerados como curadores legítimos interinos de los “incapaces” asilados (artículo 570° del CC). Sin embargo, resulta aún más preocupante la curatela provisional que permite al juez privar del ejercicio de los derechos civiles a quien se encuentra en el proceso de interdicción y que se le asigne un curador, sin siquiera existir sentencia firme (artículo 567° del CC). Ello vulnera garantías mínimas del debido proceso.

Incluso la figura de la voluntad anticipada (artículo 568°-A del Código Civil)<sup>342</sup> mantiene la posibilidad de interdicción cuando “las personas adultas mayores no tengan capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles” para que los curadores designados tomen las decisiones por estas personas. Por tanto, se debe revisar la norma desde el modelo de apoyo en la toma de decisiones.

<sup>341</sup> Cfr. TC. *Sentencia del Exp. N° 2313-2009-HC/TC* del 24 de setiembre de 2009, fundamento jurídico 6.

<sup>342</sup> Artículo 568°-A del Código Civil: “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 testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro [...]. 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”.

En esta misma lógica, es indispensable que se reforme el artículo 576° del Código Civil que sobre las funciones del curador señala lo siguiente: “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”.

Una primera crítica es el enfoque que no promueve la autonomía de la persona con discapacidad mental o intelectual pues en la práctica genera la sustitución en la toma de sus decisiones, incluso admitiendo internamientos involuntarios. En segundo lugar, la función “proveer en lo posible su restablecimiento” se enmarca en el modelo médico al considerar que el problema está en la persona por lo que se le debe “curar” y “normalizar”. Finalmente, el “representar o asistir conforme al grado de incapacidad” es la única función que podría ser compatible con el modelo social, siempre y cuando no se equipare discapacidad con incapacidad. No obstante, en la realidad, las potestades del curador no suelen tener límites por lo que se incurren en abusos y se restringen derechos fundamentales de la persona interdictada.

Al respecto, se dispone que el juez determinará la duración de la curatela según el grado de incapacidad de la persona y que en caso de duda sobre los límites de la curatela, o si el curador considerara necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción<sup>343</sup>. Por tanto, la “incapacidad” se determinará en base a un criterio médico lo que podría generar la continuidad de la curatela y, la consiguiente restricción de los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Por todo lo expuesto, se requiere una reforma a la luz del artículo 12° de la CDPD de las normas citadas. Bajo este nuevo paradigma, toda persona con discapacidad mental e intelectual ya interdictada y, con un curador o curadora, será quien directamente tendrá la

---

<sup>343</sup> Artículo 581° del Código Civil: “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”.

potestad de reemplazarlo por un asistente en el ejercicio de la capacidad jurídica como medida temporal mientras se implementa un sistema de apoyos.

De igual modo, es necesario que se delimiten las funciones del asistente, tal como se refirió en la sección anterior, estableciendo que deben brindar apoyo para actos determinados y, que se debe garantizar una evaluación periódica y multidisciplinaria - no sólo médica- para determinar si se está respondiendo a la voluntad, preferencia y necesidades de la persona. Por último, es importante que se establezca la prohibición de la injerencia arbitraria en el ejercicio de los derechos de carácter personalísimo y, que las personas con discapacidad mental e intelectual puedan tener acceso a un recurso sencillo para cuestionar la medida.

### **3.2.3. Reforma de las normas que vulneran la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y, el ejercicio de otros derechos fundamentales**

Considerando las barreras para el ejercicio de derechos asociados a la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual<sup>344</sup>, se presentarán las principales normas del Código Civil que requieren de una reforma a la luz de la CDPD y de la nueva Ley General de la Persona con Discapacidad – Ley N° 29973 para ajustarse a los estándares internacionales de protección de la capacidad jurídica.

#### **a) Sobre libertad personal y, vida independiente e inclusión en la comunidad**

Se requiere revisar el artículo 576° del Código Civil analizado líneas arriba pues dispone que, en caso necesario, el curador tiene como una de sus funciones la de colocar al “incapaz” en un establecimiento adecuado. De manera complementaria, es importante que se reforme el

---

<sup>344</sup> Véase la sección 2.3 “Barreras asociadas a la interdicción y a la curatela en relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú” del capítulo 2 de esta tesis. En esta sección se ha presentado la problemática generada por normas del Código Civil y de otros cuerpos normativos para ejercer derechos que requieren del previo reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

artículo 578° del mismo cuerpo normativo que establece que para el internamiento de un “incapaz”, el curador necesita autorización judicial que se concede previo dictamen médico y, si no lo hubiere, con audiencia del consejo de familia.

Estas normas vulneran el derecho a la libertad personal y a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual pues admiten la posibilidad de ingresos a una institución mental sin su consentimiento informado. Ello es incompatible con el artículo 12° y 14° de la CDPD así como con el artículo 10° de la Ley N° 29973<sup>345</sup>.

De igual manera, estas normas afectan el derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad, amparados por el artículo 19° de la CDPD y por el artículo 11° de la Ley N° 29973 pues podría dar cabida a la práctica de la institucionalización en lugar de apostar por una atención de la salud mental desde un enfoque extramural y comunitario<sup>346</sup>, de acuerdo al modelo social y a la Ley N° 29889 que reformó recientemente el artículo 11° de la LGS.

Cabe recordar que esta ley reconoce explícitamente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y dispone que el Estado garantiza el acceso a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo en la comunidad (artículo 2° de la Ley N° 29889).

---

<sup>345</sup> Artículo 10° de la Ley N° 29973: “La persona con discapacidad tiene derecho a la libertad y seguridad personal, en igualdad de condiciones que las demás. *Nadie puede ser privado de su libertad en razón de discapacidad*” [las cursivas son nuestras].

<sup>346</sup> Artículo 11° de la Ley N° 29973:

“11.1 La persona con discapacidad tiene *derecho a vivir de forma independiente en la comunidad*, en igualdad de condiciones que las demás. El Estado, a través de los distintos sectores y niveles de gobierno, promueve su *acceso a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo en la comunidad para facilitar su inclusión social y evitar su aislamiento y abandono*.

11.2 Los establecimientos que prestan atención a las personas con discapacidad promueven y facilitan su inclusión familiar y social” [las cursivas son nuestras].

**b) Sobre integridad personal y protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes**

Una lectura conjunta de los artículo 43° inciso 2 y 44° incisos 2 y 3 con el artículo 576° del Código Civil nos lleva a interpretar que el curador en su rol de proteger al “incapaz” y proveer en lo posible a su restablecimiento, puede autorizar cualquier tratamiento o investigación de carácter médico o científico si considera que es lo mejor para la persona con discapacidad mental o intelectual.

En esta misma línea, al artículo 4° de la LGS admite que el curador pueda brindar su autorización para tratamientos médicos o quirúrgicos sin necesidad de obtener el consentimiento informado de la persona con discapacidad mental o intelectual. Al respecto, cabe recordar que, de acuerdo a estándares internacionales, sólo en casos de emergencia se podría obviar este consentimiento informado, no en situaciones regulares como las que plantea esta disposición. Además, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>347</sup> ha establecido que los tratamientos invasivos, esterilizaciones forzadas, experimentos médicos, suministro de fármacos, o cualquier otro similar, sin el consentimiento libre e informado de la persona con discapacidad mental podrán ser considerados como tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

Por tanto, las normas mencionadas validan el sistema de sustitución en la toma de decisiones y vulneran la integridad personal asociada a la prohibición de tortura, trato cruel, inhumo o degradante así como la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual. Estos derechos están consagrados en los artículos 12°, 15° y 17° de la CDPD; en el

---

<sup>347</sup> NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Óp. Cit, párr. 57 - 65.

artículo 7° de la Ley N° 29973<sup>348</sup>. Además, vulneran el artículo 15° inciso 4 de la LGS, que ampara el consentimiento informado para todo tipo de tratamiento médico.

### c) Sobre participación en la vida política y pública

La restricción a la capacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual e intelectual derivada de los artículos 43° inciso 2 y, 44° incisos 2 y 3 del Código Civil afecta el ejercicio de estas personas a votar y a ser elegidas pues no se les considera como sujetos capaces.

De igual modo, es importante precisar que cuando la Constitución señala “el ejercicio de la ciudadanía se suspende por declaración judicial de interdicción” (artículo 33° inciso 1), ello no debería suponer la restricción del derecho al voto de las personas con discapacidad mental o intelectual. Recordemos que los derechos consagrados en la Constitución se interpretan conforme a la DUDH y a los tratados de derechos humanos que Perú ha ratificado (IV Disposición Final y Transitoria), por tanto, la CDPD tiene rango constitucional. En todo caso, si se deroga la interdicción para las personas con discapacidad, esta aparente contradicción podría eliminarse.

Es pertinente manifestar que los artículos 43° inciso 2 y, 44° incisos 2 y 3 del Código Civil se presentan como barreras frente a logros alcanzados en torno al tema. En efecto, la Resolución Jefatural N° 508-2011-JNAC/RENIEC dispuso la asignación de grupos de votación para que las personas con discapacidad mental e intelectual puedan votar<sup>349</sup>. En la misma lógica, la Ley N° 29478 establece facilidades para la emisión del voto de las personas con discapacidad. Sin

<sup>348</sup> Artículo 7° de la Ley N° 29973: “La persona con discapacidad tiene derecho a la vida y al *respeto de su integridad moral, física y mental* en igualdad de condiciones que las demás. *Su participación en investigaciones médicas o científicas requiere de su consentimiento libre e informado*” [las cursivas son nuestras].

<sup>349</sup> La Resolución Jefatural N° 508-2011-JNAC/RENIEC dispone que, en adelante, la inscripción y los trámites de mayores de edad con discapacidad en el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales pueden ser efectuados por los interesados personal y directamente o si lo prefieren, siendo asistidos por “quien ejerza su cuidado”. Esto último podría reformarse pues parece un rezago del modelo médico. Por tanto, sería mejor señalar en su reemplazo “quien brinde el apoyo” para afirmar el modelo social.

embargo, será difícil garantizar el ejercicio del derecho al voto de este sector de la población cuando tenemos normas como las cuestionadas líneas arriba que equiparan discapacidad con incapacidad.

En consecuencia, se requiere de una interpretación adecuada del artículo 33° inciso 1 de la Constitución así como la derogación de los artículos 43° inciso 2 y, 44° incisos 2 y 3 del Código Civil a fin de reconocer la capacidad jurídica y el derecho a la participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad mental e intelectual, lo que se ampara en el artículo 12° y 29° de la CDPD así como en el artículo 12° de la Ley N° 29973<sup>350</sup>.

#### d) Sobre el respeto del hogar y la familia

Respecto al matrimonio, es relevante señalar que el artículo 241° del Código Civil dispone que no pueden contraerlo, entre otros, “los que padecieren crónicamente de enfermedad mental aunque tuvieran intervalos lúcidos”<sup>351</sup>. Este grupo suele ser equiparado al de personas con discapacidad mental e intelectual por lo que esta norma se presenta como un impedimento que afecta su capacidad jurídica y su derecho a formar una familia.

En cuanto a la patria potestad, cabe recordar que el artículo 466° del Código Civil permite la suspensión de la patria potestad, entre otras causales, por la interdicción del padre o de la madre así como cuando se compruebe de hecho que están impedidos para cumplir con este

<sup>350</sup> Artículo 12° de la Ley N° 29973:

12.1 La persona con discapacidad tiene derecho a *participar en la vida política y pública* en igualdad de condiciones que las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, *incluyendo el derecho a elegir y ser elegido, a ejercer cargos públicos* y a desempeñar cualquier función pública, sin discriminación.

12.2 *No se puede restringir el derecho al voto por motivos de discapacidad*. El sistema electoral adopta las medidas necesarias para garantizar este derecho, asegurando que los procedimientos, instalaciones y materiales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar [las cursivas son nuestras].

<sup>351</sup> Artículo 241° del Código Civil.- No pueden contraer matrimonio:

1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.
- 2.- Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole.
- 3.- *Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.*
- 4.- *Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable.* (Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973).
- 5.- Los casados [las cursivas son nuestras].

rol<sup>352</sup>. En esta línea, se admite que el curador sea tutor de los hijos de las personas con discapacidad mental e intelectual (artículo 580° del CC).

Además, conforme al artículo 389° del Código Civil, “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43° incisos 2) y, “los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad de manera indubitable” (artículo 44° incisos 2 y 3) con hijos extramatrimoniales, pueden no reconocerlos y dejar que sean los abuelos quienes lo hagan. Por tanto, se sustituye a la persona con discapacidad mental o intelectual en su rol de padres o madres.

En relación al otorgamiento de testamentos, persisten las normas que afectan a las personas con discapacidad mental e intelectual. Por ejemplo, el artículo 687° del Código Civil califica como incapaces de otorgar testamento, entre otros, a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43° inciso 2); “los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad de manera indubitable” (artículo 44° incisos 2 y 3) y; “los que carecen por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de las libertades necesarias para otorgarlo”<sup>353</sup>. Ello supone en la práctica que las personas con discapacidad mental e intelectual se vean imposibilitadas de testar. Además, se señala que entre los impedidos de ser testigos testamentarios, se encuentran los incapaces de otorgar testamento (artículo 705° del CC), es decir, se discrimina nuevamente a las personas con discapacidad mental e intelectual que requieran de medidas de apoyo en el ejercicio de estos derechos.

<sup>352</sup> Artículo 466° del Código Civil.- La patria potestad se suspende:

- 1) *Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.*
- 2) *Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.*
- 3) *Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla [...] (las cursivas son nuestras).*

<sup>353</sup> Artículo 687° del Código Civil.- Son incapaces de otorgar testamento:

- 1.- *Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.*
- 2.- *Los comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2, 3, 6 y 7.*
- 3.- *Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesaria para el otorgamiento de este acto [las cursivas son nuestras].*

Por lo expuesto, se requiere una revisión de estas normas del Código Civil para garantizar la capacidad jurídica y, el respeto por el hogar y la familia de las personas con discapacidad mental e intelectual, amparados en el artículo 12° y 23° de la CDPD así como en el artículo 9° inciso 2 de la Ley N° 29973<sup>354</sup>.

#### e) Sobre el acceso a la justicia

La restricción al reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual derivada de los artículos 43° inciso 2 y, 44° incisos 2 y 3 del Código Civil afecta, sin duda, el derecho al acceso a la justicia de estas personas. Como se ha señalado líneas arriba, ni siquiera las personas con discapacidad mental o intelectual interdictadas tienen acceso a recursos para cuestionar las sentencias de interdicción. Sin embargo, el juez tiene la potestad de impedir participar en la audiencia del proceso de interdicción a la persona con discapacidad que aún no estuviera interdictada (artículo 207° del Código Procesal Civil).

En relación a lo regulado por el Código Procesal Civil, se estipula que tienen capacidad para comparecer en un proceso, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, las demás deben comparecer por medio de representante legal<sup>355</sup>. Por tanto, “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43° inciso 2), “los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad de manera indubitable” (artículo 44° incisos 2 y 3) que hayan sido interdictados, no pueden comparecer en un proceso por sí mismos. De otra parte, estas personas interdictadas

<sup>354</sup> Artículo 9° de la Ley N° 29973:

[...] 9.2 El Estado garantiza el *derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente* y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Asimismo, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad [las cursivas son nuestras].

<sup>355</sup> Artículo 58° del Código Procesal Civil: “Tienen *capacidad para comparecer por sí a un proceso* o para conferir representación designando apoderado judicial, *las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer*, así como aquellas a quienes la ley se lo faculte. *Las demás deben comparecer por medio de representante legal*. También pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos [...] (las cursivas son nuestras).

no pueden participar como testigos dado que no son considerados capaces<sup>356</sup> y tienen impedimentos para designar o ser designados como apoderados judiciales<sup>357</sup>.

En el ámbito penal y procesal penal tampoco se promueve la participación de las personas con discapacidad mental e intelectual durante el proceso. En efecto, el Código de Procedimientos Penales establece que la persona que no ejerza por sí sus derechos, será representada por sus personeros legales<sup>358</sup>. Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal considera que los agraviados incapaces serán representados por quien la ley designe<sup>359</sup>.

Sin embargo, existen algunas normas que buscan una mayor participación de las personas con discapacidad mental e intelectual en los procesos. Por ejemplo, si el agraviado es incapaz puede ser acompañado por una persona de confianza durante las actuaciones que intervenga<sup>360</sup>. Además, se establece que se debe brindar la ayuda necesaria en las actuaciones procesales a quienes no se expresen con facilidad<sup>361</sup>. Ello se podría interpretar como un avance en el reconocimiento de las medidas de apoyo y los ajustes razonables para estos casos.

Por lo expuesto, existen barreras legales y comunicacionales que restringen el derecho de las personas con discapacidad mental e intelectual a comparecer por sí mismas en los procesos y, a ejercer roles como el de ser testigo. Por ello, se requiere una revisión que compatibilice estas

---

<sup>356</sup> Artículo 222° del Código Procesal Civil: “*Toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo. Los menores de dieciocho años pueden declarar sólo en los casos permitidos por la ley*” [las cursivas son nuestras].

<sup>357</sup> Artículo 68° del Código Procesal Civil: “*Quien tiene capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer de los derechos que en él se discuten, puede nombrar uno o más apoderados [...]*” (las cursivas son nuestras).

Artículo 70° del Código Procesal Civil: “*La persona designada como apoderado, debe tener capacidad para comparecer por sí en un proceso*” (las cursivas son nuestras).

<sup>358</sup> Artículo 54° del Código de Procedimientos Penales: “El agraviado, sus ascendientes o descendientes, su cónyuge, sus parientes colaterales y afines dentro del segundo grado; sus padres o hijos adoptivos o su tutor o curador pueden constituirse en parte civil. *La persona que no ejerza por sí sus derechos, será representada por sus personeros legales*” [las cursivas son nuestras].

<sup>359</sup> Artículo 94° del Nuevo Código Procesal Penal: “1. Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la Ley designe [...]” (las cursivas son nuestras).

<sup>360</sup> Artículo 95° Nuevo Código Procesal Penal: “[...] 3. Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza”.

<sup>361</sup> Artículo 114° del Nuevo Código Procesal Penal: “[...] 2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente [...]”.

normas con los artículos 12° y 13° de la CDPD así como los artículos 9° inciso 1<sup>362</sup>, 15°<sup>363</sup> y 21°<sup>364</sup> de la Ley N° 29973, con la finalidad de garantizar una participación efectiva de las personas con discapacidad mental e intelectual en los procesos, la implementación de ajustes razonables y, un sistema de apoyos adecuado.

**f) Sobre el derecho a adquirir propiedad, heredar, contratar, controlar los asuntos económicos propios y, acceder a crédito financiero**

Uno de los aspectos en los que las legislaciones civiles han impuesto más restricciones a las personas con discapacidad mental e intelectual es lo relacionado con el ejercicio de sus derechos de carácter patrimonial o económico. Al respecto, el artículo 140° del Código Civil establece como uno de los requisitos para la validez de un acto jurídico, que podría ser el caso de la compraventa de una propiedad, que sea realizado por un agente capaz. Por tanto, se excluye a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (artículo 43° inciso 2), los “retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad de manera indubitable” (artículo 44° incisos 2 y 3).

Asimismo, el artículo 219° en relación con el 1358° del Código Civil determina que los actos practicados por personas “absolutamente incapaces”, salvo que no estén privados de discernimiento y contraten sobre asuntos cotidianos para su vida diaria, son nulos<sup>365</sup>. De similar

<sup>362</sup> Artículo 9° de la Ley N° 29973:

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* [las cursivas son nuestras].

<sup>363</sup> Artículo 15° de la Ley N° 29973: “La persona con discapacidad tiene *derecho a acceder*, en igualdad de condiciones que las demás, *al entorno físico, los medios de transporte, los servicios, la información y las comunicaciones, de la manera más autónoma y segura posible*. El Estado, a través de los *distintos niveles de gobierno, establece las condiciones necesarias para garantizar este derecho* sobre la base del principio de diseño universal [...] (las cursivas son nuestras).

<sup>364</sup> Artículo 21° de la Ley N° 29973:

21.1 El Estado garantiza a la persona con discapacidad *el acceso y la libertad de elección respecto a los distintos formatos y medios utilizables para su comunicación*. Estos incluyen la lengua de señas, el sistema braille, [...] *el lenguaje sencillo*, [...] y otros modos y medios aumentativos o alternativos de la comunicación.

21.2 La persona con discapacidad tiene *derecho a utilizar la lengua de señas, el sistema braille y otros formatos o medios aumentativos o alternativos de comunicación en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos* que siga ante la administración pública y los proveedores de servicios públicos. [...] (las cursivas son nuestras).

<sup>365</sup> Al respecto, cabe recordar las siguientes disposiciones:

manera, el artículo 221° del Código Civil establece que los actos practicados por personas “relativamente incapaces” son anulables<sup>366</sup>. Por tanto, estas normas vulneran la capacidad jurídica de estas personas al no reconocer la validez de sus actos.

En la misma lógica, el Código Civil dispone que la oferta realizada por una persona que deviene en “incapaz” es obligatoria para sus representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransmisible (artículo 1383° del CC). Además, se establece la caducidad de la oferta si la declaratoria de incapacidad del destinatario es sobreviniente a la oferta realizada (artículo 1387° del CC). Por tanto, se presume la incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual.

En este contexto, las normas analizadas adoptan un sistema de sustitución en la toma de decisiones que restringe los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual a ser propietarias, acceder a créditos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, derechos amparados en el artículo 12° inciso 5 de la CDPD así como en el artículo 9° inciso 2 de la Ley N° 29973<sup>367</sup>. Sobre el particular, es importante recordar que mientras un Estado excluya a las personas con discapacidad mental e intelectual del ámbito económico y financiero, no es posible garantizar su derecho a la capacidad jurídica y a la vida independiente<sup>368</sup>.

---

- Artículo 219° del Código Civil.- El *acto jurídico es nulo*:

1.- *Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*

2.- *Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358* (Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria) [...] (las cursivas son nuestras).

- Artículo 1358° del Código Civil.- “Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”.

<sup>366</sup> Artículo 221° del Código Civil.- El *acto jurídico es anulable*:

1.- Por *incapacidad relativa del agente* [...] (las cursivas son nuestras).

<sup>367</sup> Artículo 9° de la Ley N° 29973:

[...] 9.2 El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la *propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero* [...] (las cursivas son nuestras).

<sup>368</sup> La vida independiente está consagrado en el artículo 11° de la Ley N° 29973:

“11.1 La persona con discapacidad tiene *derecho a vivir de forma independiente en la comunidad*, en igualdad de condiciones que las demás. El Estado, a través de los distintos sectores y niveles de gobierno, promueve su *acceso a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo en la comunidad para facilitar su inclusión social y evitar su aislamiento y abandono*.”

### 3.3. Lineamientos para el diseño y la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú: una tarea pendiente en la política pública en materia de discapacidad

La existencia de un sistema de apoyos y salvaguardias en el país no es sólo un tema de reforma en el Código Civil sino que también implica el diseño y la implementación de una política pública de Estado<sup>369</sup>, de carácter nacional y multisectorial para que sea una realidad. A ello nos hemos comprometido al ratificar la CDPD hace más de cinco años por lo que es una gran tarea pendiente.

Es preciso recordar que la implementación de un sistema de apoyos forma parte de un proceso pues no sólo involucra un cambio de legislación<sup>370</sup>. En este sentido, se exhorta a los Estados a adoptar todo tipo de medidas, legislativas, administrativas o de otra índole para hacer efectivos los derechos reconocidos en la CDPD. En efecto, como afirma Courtis<sup>371</sup>, es necesaria una política real de inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos, con especial incidencia en la eliminación de barreras físicas, comunicacionales, legales, sociales que impiden ejercer su autonomía.

Considerando que, como dispone la CDPD, el sistema de apoyo tiene directa relación con los servicios sociales, los Estados deben “adoptar las medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin

---

11.2 Los establecimientos que prestan atención a las personas con discapacidad promueven y facilitan su inclusión familiar y social” [las cursivas son nuestras].

<sup>369</sup> Un método popular en los últimos años para comprender la complejidad del proceso de elaboración de políticas públicas es el de separar la elaboración de estas políticas en sus distintas fases y después analizar cada una de ellas. Bajo esta lógica, primero se estudia cómo aparecen los problemas y se recogen en la agenda de decisiones del gobierno sobre políticas públicas (agendación), luego se estudia cómo la gente plantea los temas para la acción, cómo proceden los legisladores (diseño); cómo los funcionarios implementan las decisiones (implementación) y, finalmente cómo se evalúan las políticas (evaluación). Sin embargo, coincidimos con Lindblom en que es difícil establecer los límites de cada fase por lo que las fases de elaboración e implementación se mezclan. Para mayor información, se recomienda revisar: LINDBLOM, C. *El proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid: MAP, 1991. Capítulos VI y VII, p. 11 y ss.

<sup>370</sup> Véase MARÍN C., Carlos. “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad”. En: *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco. Editorial EDIAR. Buenos Aires, 2011, pp. 385-405.

<sup>371</sup> COURTIS, Christian. “La implementación de políticas antidiscriminatorias en materia de discapacidad”. En: BROGNA, Patricia (comp.) *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México D.F.: FCE, 2009, p.417.

perjuicio de las obligaciones previstas que sean aplicables de inmediato en virtud del Derecho internacional” (artículo 4° inciso 2). En efecto, el Estado tiene el deber de no interferir en el reconocimiento de la capacidad jurídica de este sector de la población; de impedir que terceros limiten el ejercicio de este derecho así como de desarrollar las condiciones para que estas personas accedan a un sistema de apoyos adecuado.

En este contexto, planteamos como aporte los principales lineamientos para el diseño e implementación de un sistema de apoyos conforme a los estándares internacionales de protección de la capacidad jurídica de los derechos de las personas con discapacidad<sup>372</sup>, con especial incidencia en las personas con discapacidad mental e intelectual.

### **3.3.1. Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: sistema de apoyos como herramienta de promoción de la autonomía para tomar decisiones en todos los ámbitos**

El punto de partida para diseñar e implementar un sistema de apoyos es el reconocimiento de la capacidad jurídica<sup>373</sup> de todas las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad mental e intelectual. Ello significa que estas personas tienen capacidad de goce y de ejercicio, por ende, son capaces de tomar decisiones de manera autónoma en todos los ámbitos de su vida y sus actos deben ser reconocidos como válidos por el ordenamiento jurídico peruano. En caso contrario, estaríamos ante un supuesto de discriminación por motivo de discapacidad.

---

<sup>372</sup> Al respecto, coincidimos con Abramovich en que los estándares internacionales de protección de derechos humanos constituyen pautas mínimas que deberían ser el marco para la definición, implementación y evaluación de las políticas públicas, pero, también un criterio común para facilitar la fiscalización de estas políticas por parte de la sociedad civil y de las instancias de control institucional. Así, lo dispuesto por la CDPD debe orientar el diseño e implementación de un sistema de apoyos. *Cfr.* ABRAMOVICH, Víctor. “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”. En: *Anuario de derechos humanos*. Chile. 2006, p. 42.

<sup>373</sup> Es importante que se utilice el concepto de capacidad jurídica porque afianza la idea de personas con discapacidad como titulares de derechos; a diferencia del concepto de capacidad mental que aludiría más a las habilidades para tomar decisiones.

Tal como afirman Bach y Kerzner, “la pregunta ya no puede ser si la persona tiene la capacidad para ejercer su capacidad jurídica sino qué requiere la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica”<sup>374</sup>. Así, el sistema de apoyo se presenta como una herramienta para la persona que lo solicita, que promueve el ejercicio de su capacidad jurídica, su derecho a la autodeterminación y, que no podrá suponer la sustitución en la toma de decisiones<sup>375</sup>. De este modo, el sistema de apoyos permitirá una mejor calidad de vida y el desarrollo de este sector de la población, desarrollo entendido como la ampliación de sus capacidades, oportunidades a partir del respeto y, garantía de sus derechos y libertades individuales.

Sobre el particular, es importante que la reforma de la legislación civil en materia de capacidad jurídica y, el diseño e implementación del sistema de apoyos se desarrolle a la luz del modelo social que adopta la CDPD. En este marco, se debería dotar de un nombre al sistema que valore la diversidad y reafirme la autonomía de todas las personas con discapacidad. De igual manera, es fundamental que se refleje la protección especial de los derechos que requieren del previo reconocimiento de la capacidad jurídica para ser ejercidos.

Asimismo, resulta relevante garantizar la existencia de una institucionalidad adecuada en el diseño, implementación y evaluación del sistema de apoyos. En efecto, con una institucionalidad adecuada como responsable de implementar esta política pública y, con la identificación de todos los actores involucrados y sus responsabilidades, se podrá lograr avances. Recordemos que la obligación de los Estados es “adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (artículo 12° inciso 3).

---

<sup>374</sup> BACH, m. y KERZNER, L., *A New Paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity*. Prepared for the Law Commission of Ontario. Octubre de 2010, p. 58.

<sup>375</sup> Véase BACH, Michael. “El derecho a la capacidad jurídica bajo la CDPD. Conceptos fundamentales y guía para la reforma de leyes”. En: *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco. Editorial EDIAR. Buenos Aires, 2011, pp. 55-107.

En este sentido, el Estado debe garantizar el acceso al apoyo, pero, ello no implica que deba brindar este servicio directamente. De hecho, en la mayoría de buenas prácticas que analizaremos en este acápite, los particulares son quienes proporcionan los apoyos. En todo caso, consideramos que algunas medidas de apoyo podrían ser otorgadas por el Estado y otras por los particulares con la supervisión del Estado. Al respecto, como señala el Comité CDPD, “los Estados deben velar para que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y, la falta de recursos económicos no puede ser un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”<sup>376</sup>.

De igual modo, es importante que se articule el trabajo con programas comunitarios, que se tenga una visión abierta a otras experiencias exitosas y que el sistema esté en constante revisión. Al respecto, como en el piloto del Estado de Australia Meridional (Australia)<sup>377</sup>, se podría empezar implementando los apoyos asociados a la elección del lugar de residencia, la construcción de relaciones sociales y los asuntos de la salud. En este contexto, resulta fundamental que participen las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan en el diseño y la implementación de un sistema de apoyos, conforme al artículo 4º inciso 3 de la CDPD y al artículo 14º de la Ley N° 29973, puesto que se trata de aspectos que conciernen a la promoción del ejercicio de su capacidad jurídica.

Finalmente, la toma de conciencia de la sociedad sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad es un aspecto medular, considerando que los estereotipos y prejuicios de la sociedad son una de las barreras más difíciles de erradicar. Por tanto, debe existir un trabajo constante de sensibilización, conforme al artículo 8º de la CDPD<sup>378</sup> y con especial incidencia en las personas con discapacidad mental e intelectual que

---

<sup>376</sup> COMITÉ CDPD. *Proyecto de Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. 25 de noviembre de 2013, párr. 25 literal e).

<sup>377</sup> Véase: NICHOLSON, Cher. “Supported decision making – The south Australian experience”. En: Conferencia *Supported decision making in theory and practice*, realizado en Irlanda el 29 de abril de 2013. Su presentación está disponible en: <http://www.amnesty.ie/our-work/supported-decision-making-theory-and-practice>. Consulta: 7 de octubre de 2013.

<sup>378</sup> Artículo 8º de la CDPD:

son las más excluidas. Esta labor de promoción de toma de conciencia debe dirigirse de manera particular a quienes apoyen y/o asistan a las personas con discapacidad, a los operadores de justicia, a los medios de comunicación, a las familias y a las mismas personas con discapacidad.

### 3.3.2. Establecimiento de tres niveles de apoyo de acuerdo al tipo de discapacidad y/o a las circunstancias de cada persona

El sistema de apoyos debe ser un mecanismo abierto no sólo a personas con discapacidad<sup>379</sup> sino a toda persona con dificultad para ejercer su capacidad jurídica que lo requiera. Además, debe tenerse en cuenta que el colectivo de personas con discapacidad no es homogéneo por lo que se requieren distintos niveles de apoyo.

Cabe precisar que los apoyos están en constante evolución y que deberían encontrarse en la comunidad puesto que las experiencias exitosas que comentaremos así lo demuestran. Además, tendrían que ser requeridos por la misma persona, a quien tampoco se le puede obligar a aceptar un tipo específico de apoyo. En este marco, es importante que se expliquen las consecuencias legales de la adopción de cada tipo de apoyo. Por ejemplo, brindando la información en diferentes formatos como en el piloto del Estado de Australia Meridional<sup>380</sup> donde los flujogramas son muy útiles. Sobre el particular, el Comité CDPD ha enfatizado que el “modo de comunicación de una persona no puede ser un obstáculo para obtener el apoyo en

---

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida; c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad [...].

<sup>379</sup> Como resalta *International Disability Alliance*, el diseño y la implementación de un sistema de apoyos debe tener como premisa el concepto dinámico de la discapacidad, en constante evolución; adoptado por la CDPD. Véase: Principios para la implementación del artículo 12° de la CDPD adoptados por la *International Disability Alliance* (IDA). Accesible en: [www.internationaldisabilityalliance.org](http://www.internationaldisabilityalliance.org). Consulta: 22 de setiembre de 2013.

<sup>380</sup> NICHOLSON, Cher. *Loc. Cit.*

la toma de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o comprendida por muy pocas personas”<sup>381</sup>.

En este contexto, se plantea establecer tres niveles de apoyo, de acuerdo al tipo de discapacidad y/o a las circunstancias de cada persona <sup>382</sup>:

#### a) Apoyo mínimo

Para ubicar a una persona en este primer nivel de apoyo y como su nombre lo indica, la persona debe tener la capacidad de tomar decisiones con un apoyo mínimo. Así, la persona con discapacidad mental o intelectual puede tomar y manifestar sus decisiones de manera comprensible mediante ajustes razonables como la utilización de un lenguaje simple, tecnologías alternativas de la comunicación, entre otros. Por tanto, no sería necesario que terceras personas las apoyen en la toma de decisiones.

#### b) Apoyo en la toma de decisiones

En este segundo nivel, la persona con discapacidad es apoyada en la toma de decisiones por un tercero de su confianza, elegido por la propia persona con discapacidad. Por ejemplo, los apoyos pueden darse a través de un asistente personal, un familiar, un grupo de amigos, una asociación, un *ombudsman* o defensor oficial, entre otros.

---

<sup>381</sup> COMITÉ CDPD. *Óp. Cit.*, párr. 25 literal c).

<sup>382</sup> Esta idea ha sido tomada de “*Essential Principles: Irish Legal Capacity Law*”, elaborado por Amnistía Internacional y *the Centre for Disability Law and Policy* (NUI Galway) junto a trece organizaciones de la sociedad civil a fin de proponer principios para la reforma del Lunacy Act 1871. Este documento se presentó en la conferencia “*Supported decision making in theory and practice*”, realizado en Irlanda el 29 de abril de 2013. Para mayor información, visitar: <http://www.amnesty.ie/our-work/supported-decision-making-theory-and-practice>. Consulta: 7 de octubre de 2013. Asimismo, es relevante señalar que estos niveles de apoyo concuerdan con el estado autónomo y el estado de asistencia en la toma de decisiones, propuesto por Bach y analizado en el segundo capítulo de la tesis. Véase: BACH, Michael. “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”. En: BARRIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2011, pp. 91-107.

Sobre el particular, el *ombudsman* personal como apoyo en la toma de decisiones<sup>383</sup> podría permitir a las personas con discapacidad mental o intelectual contratar directamente y bajo sus propias indicaciones, fuera de cualquier régimen de atención de la salud mental, intervención de la autoridad pública o de su familia, a profesionales que les brinden apoyos personalizados. Para estos efectos, la simple aceptación sería suficiente para acceder al *ombudsman* que debe adecuar su horario de trabajo a las necesidades de la persona a la que apoyará en asuntos personales o de carácter patrimonial.

Asimismo, las personas con discapacidad mental o intelectual podrían solicitar al *ombudsman* un plan personalizado de medidas que sería elaborado con la participación de la persona interesada y que se revisará al menos una vez al año. De igual manera, es importante que el contrato para acceder al *ombudsman* personal pueda ser evaluado periódicamente, por ejemplo por la Defensoría del Pueblo y, que la persona que lo solicitó pueda tener los recursos adecuados para cuestionar el apoyo que recibe de este profesional.

Es preciso mencionar que la figura del *ombudsman* personal proviene de la experiencia sueca cuyo principal logro es haber implantado un sistema de apoyos en reemplazo de todo procedimiento de interdicción a personas con discapacidad. En efecto, la Ley sobre Apoyos y Servicios para Personas con Ciertas Deficiencias Funcionales de Suecia<sup>384</sup> prevé diversas medidas de apoyo a fin de afianzar la vida independiente de las personas con discapacidad. Por ejemplo, asesoramiento; acceso a asistentes financieros a un costo razonable; servicios de acompañamiento, ayuda en el hogar; acceso a estancias cortas fuera del hogar; arreglos para residencias con servicios especiales para adultos; entre otros.

---

<sup>383</sup> Véase CONSEJO DE EUROPA. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*. Documento de trabajo elaborado por Anna Nilsson, Strasbourg, 20 de febrero de 2012. Disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1908555#P260\\_22638](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1908555#P260_22638). Consulta: 20 de setiembre de 2013.

<sup>384</sup> El texto original puede consultarse en: [www.sweden.gov.se](http://www.sweden.gov.se). Para una recopilación específica en materia de capacidad jurídica véase BARIFFI, F. y PALACIOS A. (Comps.) *Capacidad Jurídica y Discapacidad, Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo N°11 SUECIA, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Arosubá, Cáceres, 2009, accesible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad.html>. Consulta: 5 de julio de 2013.

En esta materia, es importante señalar que nuestra propuesta difiere del modelo sueco en que el *ombudsman* personal no sólo estaría dirigido para personas con discapacidad psicosocial sino también para personas con discapacidad intelectual. Además, en nuestra propuesta, a diferencia de Suecia en donde se critica el tipo de contrato a largo plazo, se incide en las evaluaciones periódicas y en la necesidad de que la persona con discapacidad mental o intelectual pueda cuestionar las decisiones del *ombudsman*.

Un segundo tipo de apoyo serían los acuerdos de representación, de carácter extrajudicial y que permitirían a toda persona mayor de edad<sup>385</sup>, incluyendo las personas con discapacidad mental e intelectual, determinar quién será su representante, cuáles serán sus facultades y cuándo empezaría a aplicarse esta representación en la toma de decisiones sobre los asuntos que le conciernen. Ello no supondrá una sustitución en la toma de decisiones puesto que existirían salvaguardias para evitar cualquier abuso del representante así como recursos adecuados para que la persona que lo requirió pueda cuestionar sus decisiones e incluso revocar el acuerdo.

Para estos efectos, las personas aptas para suscribir un acuerdo de representación serían aquellas que logran expresar su deseo de tener un representante; que comprendan las consecuencias de esta decisión y, que puedan demostrar sus elecciones y preferencias. Es importante que el representante sea alguien de su entera confianza.

Cabe reconocer que la figura de los acuerdos de representación es el aporte principal de La Ley de Convenio de Representación (LCR) del Estado de Columbia Británica<sup>386</sup>. Sin embargo,

---

<sup>385</sup> No sólo las personas adultas mayores con capacidad plena de ejercicio como dispone la figura de la voluntad anticipada en el artículo 568°-A del Código Civil.

<sup>386</sup> El texto original de la LCR puede consultarse en: [www.bclaws.ca](http://www.bclaws.ca). Se recomienda revisar el artículo 4° y 8°. Para una recopilación específica en materia de capacidad jurídica véase BARRIFFI, F. y PALACIOS A. (Comps.) *Capacidad Jurídica y Discapacidad, Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo N° 9 CANADÁ, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009, accesible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad.html>. Consulta: 23 de setiembre de 2013. No obstante, llama la atención que el Gobierno de Canadá, al ratificar la CDPD, formuló una reserva condicional disponiendo que se reserva el derecho de adoptar una forma sustitutiva en la toma de decisiones como última instancia. El texto de la

nuestra propuesta marca distancia de cualquier sustitución en la toma de decisiones, incluso se plantea la existencia de recursos sencillos para que la persona pueda cuestionar las decisiones del representante y/o revocar el acuerdo.

Por último, una figura interesante que podría ser aplicable a los acuerdos de representación y al *Ombudsman*, es la de los monitores del piloto del Estado de Australia Meridional que supervisan que las decisiones que toma el apoyo sean acorde con la voluntad de la persona. Además, cumplen un rol de asesoría y orientación en el proceso<sup>387</sup>.

### c) Asistencia en la toma de decisiones

Este nivel de apoyo sólo debe ser utilizado como último recurso cuando se han agotado todas las medidas para conocer la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, pero, no se han conseguido resultados. En estos casos excepcionales, un asistente o representante determinará lo que la persona con discapacidad hubiera decidido en base a su historia personal y a la mejor interpretación de sus deseos. Al respecto, puede ser útil que el representante se reúna con personas que conocían muy bien a quien asistirá.

Resulta pertinente mencionar que antes de aplicar esta asistencia, la persona que realizará esta tarea debe haber realizado sus mejores esfuerzos para comunicarse con la persona a quien apoyará, incluyendo el uso de medios alternativos de comunicación y, para construir una relación con esta persona. Asimismo, es relevante señalar que este nivel de apoyo sólo debe aplicarse a decisiones específicas y por el tiempo necesario para el propósito de la asistencia. Por ello, es fundamental un monitoreo periódico y que se cuente con los recursos adecuados para cuestionar la decisión adoptada.

---

reserva puede consultarse en: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=475>. Consulta: 23 de setiembre de 2013.  
<sup>387</sup> NICHOLSON, Cher. *Loc. Cit.* Para mayor información sobre diferentes experiencias de sistemas de apoyo, se recomienda revisar: <http://capacityrights.org/>. Consulta: 28 de febrero de 2014.

En este marco, debe quedar claro que el rol del asistente es totalmente distinto a la figura del curador o curadora. En efecto, no se puede negar que en determinados casos excepcionales<sup>388</sup>, las personas con discapacidad pueden ser asistidas por un tercero en la toma de decisiones. Sin embargo, como señala Agustina Palacios<sup>389</sup>, esta acción deberá realizarse desde el paradigma de los apoyos por lo que debe ser coherente con la narrativa de vida de la persona con discapacidad, sus preferencias, valores, deseos, entre otros. Por tanto, se trata de un mecanismo de promoción y no de restricción de la capacidad jurídica en el que la decisión debe ser tomada para la persona con discapacidad y, no por ella. Es importante que esta decisión sea formalizada dentro del proceso de asistencia, que se le reconozca a la persona a quien se asiste como parte y que cuente con representación en el citado proceso.

Por último, independientemente de la implementación de un sistema de apoyos cuyo logro progresivo tiene sus límites en los principios de la CDPD, resulta fundamental y complementario garantizar la accesibilidad y los ajustes razonables en todos los ámbitos en los que se ejerce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual. En caso se denegaran los ajustes razonables, se estaría incurriendo en un supuesto de discriminación por motivo de discapacidad (artículo 5º inciso 3).

Al respecto, Rafael De Asís<sup>390</sup> sostiene que la accesibilidad es la situación a la que se aspira, el diseño para todos de una estrategia a nivel general y, los ajustes razonables, son una estrategia a nivel particular que se da cuando no ha sido posible prever la situación desde el diseño universal. Bajo esta lógica se puede entender a la capacidad jurídica como una de las

<sup>388</sup> Sólo en casos extremos como el estado de inconsciencia absoluta, estado de coma o similares se podría admitir que el sistema de apoyos sea tan alto que se asemeje a una sustitución en la toma de decisiones, aunque incluso en esas situaciones se aplicaría desde el modelo social y existiría un control por medio de las salvaguardias.

<sup>389</sup> Comunicación Personal, Agustina Palacios. *Seminario "Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos"*, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid del 15 al 18 de febrero de 2010. Sus materiales pueden consultarse en: [http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/eventos\\_actividades/seminarios\\_cursos\\_jornadas\\_en\\_el\\_idhbc/materiales/seminario\\_capacidad\\_juridica\\_discapacidad\\_derechos\\_humanos](http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/eventos_actividades/seminarios_cursos_jornadas_en_el_idhbc/materiales/seminario_capacidad_juridica_discapacidad_derechos_humanos). Consulta: 10 de junio de 2013.

<sup>390</sup> Cfr. DE ASÍS R., Rafael. "Sobre la capacidad". En: BARRIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2011, p. 26. Además, un análisis profundo sobre la diferencia entre accesibilidad universal y ajustes razonables puede encontrarse en DE ASÍS, Rafael, *La accesibilidad universal en el Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 42, Dykinson, Madrid, 2007.

manifestaciones del derecho a la igualdad y no discriminación que será ejercida por cada persona, incluyendo las personas con discapacidad mental e intelectual, adoptando las medidas de apoyo específicas que se requieran. En efecto, la persona debe tener garantizada la accesibilidad universal y los ajustes razonables para asegurar la no discriminación por motivo de discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica.

### 3.3.3. Salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos

Las salvaguardias son medidas fijadas por el Estado para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en relación al régimen de apoyos y evitar los abusos por parte de las personas a las que se confían estos apoyos. Se trata de prevenir que adquieran un carácter sustitutorio de la voluntad de la persona con discapacidad mental o intelectual.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 12° inciso 4 de la CDPD<sup>391</sup>, las salvaguardias garantizarían lo siguiente:

- a) **Respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad así como que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida, en relación a la medida de apoyo adoptada**

Supone que se tome en cuenta la edad, el género, la cultura, entre otros aspectos, de la persona a quien se apoya. En este sentido, es preciso incorporar el enfoque de género, de derechos humanos y de interculturalidad para satisfacer las necesidades específicas de apoyo

---

<sup>391</sup> Artículo 12° inciso 4 de la CDPD: "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".

de la persona con discapacidad que lo requiere. Ello permitirá establecer un sistema de apoyo personalizado.

Al respecto, como sostiene el Comité CDPD, es importante que “todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo”<sup>392</sup>.

De igual manera, es fundamental que la persona que brinde el apoyo no tenga ningún conflicto de intereses ni que exista influencia indebida en relación al acto jurídico sobre el que se le ha solicitado ayuda, sea de carácter patrimonial o personal. Por último, deberían establecerse mecanismos de revisión claros sobre los apoyos, señalando qué se revisa, qué no funciona, qué se puede implementar, quién revisa.

**b) Proporcionalidad entre la medida de apoyo adoptada y el grado de afectación de los derechos e intereses de la persona con discapacidad**

A mayor interferencia en los derechos de la persona con discapacidad, mayores medidas de protección deben aplicarse. Al respecto, se debe distinguir entre los actos trascendentales para la vida y/o patrimonio, por ejemplo contraer matrimonio y, actos cotidianos de la vida común. Sobre este último supuesto es prácticamente innecesario el apoyo. Por ejemplo, decidir qué ropa utilizar.

En este contexto, el Comité CDPD ha señalado que:

El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio (o establecer una unión civil) y fundar una familia, los derechos de reproducción,

---

<sup>392</sup> COMITÉ CDPD. *Óp. Cit.*, párr. 25 literal b).

la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad<sup>393</sup>.

De otra parte, siguiendo a la Red CDPD<sup>394</sup>, el modelo de apoyo en la toma de decisiones supone la adaptación del apoyo, individual o colectivo, a las diferentes situaciones teniendo en cuenta el tipo de acto jurídico implicado y el tipo de figura de apoyo en todas las esferas de actuación de la persona.

### **c) Aplicación de la medida de apoyo en el plazo más corto posible y, evaluación multidisciplinaria y periódica**

Esta salvaguardia está pensada para el tercer nivel de apoyo llamado “asistencia en la toma de decisiones”. En este marco, la asistencia debe brindarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir con el acto en cuestión y debe evaluarse periódicamente su necesidad por parte del juez competente. Así, la evaluación se debe realizar desde el modelo social, es decir, no desde una perspectiva exclusivamente médica.

De igual modo, es preciso mencionar que es inadmisibles que una sola persona sea el apoyo en todos los ámbitos de decisión de la persona con discapacidad pues nos acercaríamos a un modelo de sustitución en la toma de decisiones. Por ello, al cumplir las salvaguardias un rol de control al sistema de apoyo, es importante que sean aplicadas por personas distintas a las que proveen estos apoyos.

Sobre los tipos de salvaguardias, conforme a la Red CDPD<sup>395</sup>, pueden ser estatales y particulares. En el primer supuesto, es clave que se formalice el sistema de apoyos, es decir, que se cuente con un registro de las personas encargadas de brindar los apoyos y del tipo de

<sup>393</sup> COMITÉ CDPD. *Óp. Cit.*, párr. 25 literal f).

<sup>394</sup> Cfr. RED CDPD. *Estudio teórico para la aplicación del artículo 12º de la CDPD*. Presentación ante el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 16 de junio de 2011, pp. 41 y 44.

<sup>395</sup> *Óp. Cit.*, pp. 48 -50.

asistencia que se otorga<sup>396</sup>. Por ejemplo, se podrían implementar centros comunitarios para brindar atención a las personas con discapacidad y realizar este registro<sup>397</sup> que sería especialmente relevante para el tercer nivel de apoyo. De otra parte, es importante que estas salvaguardias sean de fácil acceso para que las mismas personas con discapacidad puedan reportar su insatisfacción sobre la asistencia que se les brinda.

Al respecto, quienes brinden los apoyos deberán seguir pautas de conducta como la diligencia, buena fe, honradez, confidencialidad y registro de todas las actuaciones. En caso de incumplimiento, debería existir una sanción. También resulta útil la realización de un inventario de los bienes<sup>398</sup> de la persona con discapacidad al inicio de la gestión para evitar abusos. Además, se debe contar con supervisores que verifiquen de manera aleatoria el buen desempeño de los asistentes o apoyos.

En cuanto a las salvaguardias particulares, es fundamental que existan redes de apoyo a la toma de decisiones pues más de una persona garantiza un mayor control de los abusos de poder y la mejora de la calidad del apoyo. De igual modo, se debe contar con canales regulares de retroalimentación para evaluar la forma en que está funcionando el sistema de apoyo.

### **Conclusiones preliminares**

En el tercer capítulo de la tesis se ha logrado elaborar lineamientos para la reforma del Código Civil de 1984 en materia de capacidad jurídica y, para el diseño y la implementación de un

---

<sup>396</sup> Cfr. MINKOWITZ, Tina. *Submission to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Day of General Discussion on COMITÉ CDPD Article 12*. *World Network of Users and Survivors of Psychiatry*. pp 4-5.

<sup>397</sup> Por ejemplo, el “Centro de recursos para la Planeación Personal y Registro - Nidus” de Columbia Británica. Para más información, se puede visitar: [www.nidus.ca](http://www.nidus.ca). Consulta: 7 de octubre de 2013.

<sup>398</sup> Por ejemplo, la Ley de Colombia N° 1306 de 2009 establece por medio de su artículo 86° la obligación de realizar este tipo de inventarios.

sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú que permitan la adecuación de nuestro Derecho interno a lo dispuesto por la CDPD.

Para ello, primero se ha demostrado la incompatibilidad del paradigma del artículo 12° de la CDPD con los modelos de atribución de incapacidad, en especial el modelo de atribución directa por estatus y el modelo funcional cuyas características se reflejan en el Código Civil peruano. En efecto, de un lado se presume la incapacidad de toda persona con discapacidad mental e intelectual así como la invalidez de sus actos. De otro lado, se dispone que el juez puede establecer los alcances de la curatela en función a determinados aspectos y no atribuir incapacidad de manera general.

En cuanto a la reforma del Código Civil, se plantea el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual; la derogación del régimen de incapacitación y del proceso de interdicción respecto de estas personas así como la reforma de otras normas del Código Civil y de otros cuerpos normativos que afectan la capacidad jurídica y otros derechos de las personas con discapacidad mental o intelectual. De igual manera, se propone incorporar el proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica como medida temporal y de transición hacia la implementación de un sistema de apoyos. Luego de implementado el sistema, sólo se aplicaría a casos excepcionales.

Por último, en relación al sistema de apoyos, se propone que sea considerado como una herramienta de promoción de capacidad jurídica, en constante evolución y dinámica. Por ello, este sistema de apoyos debería incorporar toda una gama variable de medidas que logren promover la autonomía de todas las personas con discapacidad.

## CONCLUSIONES

1. La CDPD ha revolucionado el DIDH, en particular, su artículo 12° al reconocer la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluyendo las personas con discapacidad mental e intelectual. Ello colisiona con estándares desfasados como los del sistema interamericano que requieren ser reinterpretados conforme a la CDPD y a los instrumentos que la respaldan. Por ejemplo, pronunciamientos del Comité CDPD, del ACNUDH, de la Relatoría Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y, de la Relatoría Especial sobre la tortura y otros actos crueles, inhumanos o degradantes. De igual manera, el artículo 12° de la CDPD es incompatible con la legislación civil de Estados iberoamericanos como el Perú que adoptan sistemas de sustitución en la toma de decisiones en relación a este colectivo.
2. La CDPD es *lex specialis* y a la fecha, el mayor estándar de protección sobre la materia. Sin embargo, al ser la discapacidad y la capacidad jurídica conceptos en constante evolución, las normas de la CDPD deben interpretarse de manera dinámica según los principios de progresividad y pro persona de los derechos humanos a fin de otorgar la mayor protección a todas las personas con discapacidad, incluyendo a las personas con discapacidad mental e intelectual.
3. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual a la luz de la CDPD supone: 1) Reconocimiento de la personalidad jurídica; 2) Capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida; 3) Acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; 4) Salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos; 5) Garantía del derecho

a ser propietarias, heredar, controlar sus propios asuntos económicos y acceso a créditos financieros, en igualdad de condiciones.

4. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, amparado en el artículo 12° inciso 1 de la CDPD - cuyo antecedente es el artículo 16° del PIDCP- es condición inherente a toda persona. Se refiere al derecho a ser reconocida como persona ante la ley, es decir, a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. Es una norma que no está sujeta a ninguna restricción y forma parte del núcleo duro de derechos humanos.
5. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, amparado en el artículo 12° inciso 2 de la CDPD - cuyo antecedente es el artículo 15° de la CEDAW - alude a la capacidad de goce (elemento estático) y a la capacidad de ejercicio (elemento dinámico) de los derechos.
6. La capacidad jurídica es un derecho en sí mismo y condición necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales (derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales). Por ello, la negación o la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual supone una barrera para el acceso al ejercicio de otros derechos. En otras palabras, una “muerte civil” que vulnera el propósito de la CDPD que es asegurar el goce pleno de todos los derechos y libertades para todas las personas con discapacidad (artículo 1°).
7. La libertad personal de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, implica la prohibición del internamiento involuntario; la exigencia del consentimiento libre e informado para el internamiento y, el acceso a garantías procesales con ajustes razonables para reclamar por la restricción de libertad.

8. El derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, está asociada a la libertad de elegir el lugar de residencia y con quién vivir (prohibición de la institucionalización). Este derecho, reconocido por primera vez de manera explícita en la CDPD, implica contar con servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad así como la accesibilidad en los servicios comunitarios.
9. La integridad personal de las personas con discapacidad mental e intelectual vinculada a la prohibición de la tortura u otros actos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a la luz del artículo 12° de la CDPD, supone la existencia de condiciones de vida digna en los centros de salud mental; la exigencia del consentimiento libre e informado para realizar procedimientos, tratamientos, experimentos médicos o científicos así como para el suministro de fármacos. Al respecto, el aislamiento, la sujeción y las terapias electroconvulsivas podrían configurar supuestos de tortura u otros actos o penas crueles, inhumanos o degradantes por lo que se recomienda su erradicación.
10. La participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, significa garantizar el derecho a votar de manera libre y a ser elegido o elegida para cualquier función pública; contar con procedimientos, instalaciones y materiales electorales adecuados y accesibles, fáciles de entender y utilizar, así como promover una mayor participación de este colectivo en la vida pública.
11. El respeto del hogar y la familia de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, implica el derecho a contraer matrimonio libremente y a elegir sus propias relaciones personales; el derecho a la maternidad y paternidad (prohibición de las esterilizaciones forzadas) así como el acceso a

orientación sexual y reproductiva y, medios necesarios para ejercer este derecho. De la misma manera, el respeto del hogar y la familia se vincula al derecho a ejercer la patria potestad de sus hijos y a que no se les distancie de ellos.

12. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, supone el acceso a los tribunales de justicia en nombre propio y en cualquier etapa del proceso así como garantizar la accesibilidad física y comunicacional realizando los ajustes razonables que se requieran. Un aspecto clave es contar con el acceso a recursos sencillos mediante los que se pueda cuestionar cualquier medida que afecte el ejercicio de su capacidad jurídica.
13. La capacidad jurídica en igualdad de condiciones en materia de asuntos económicos, amparado en el artículo 12° inciso 5 de la CDPD, implica que toda persona con discapacidad mental o intelectual tiene derecho a ser propietaria, heredar, controlar sus propios asuntos económicos y bienes así como a acceder a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Ello tiene una vinculación directa con el derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad.
14. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual supone el deber del Estado de garantizar el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (artículo 12° inciso 3 de la CDPD). En este sentido, estas personas podrían o no solicitar los apoyos que, por cierto, tienen una naturaleza diversa para la CDPD. Ello se refleja en los artículos 9° inciso 2 literal f), 19° literal b), 23° inciso 2, 24° inciso 2 literal d), 26° inciso 1 literal b), 29° literal iii) que buscan promover el ejercicio de la capacidad jurídica.
15. El reconocimiento de la capacidad jurídica implica que se implementen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos respecto de las medidas de apoyo

(artículo 12° inciso 4 de la CDPD). En este sentido, los apoyos deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; se debe garantizar la inexistencia de conflicto de intereses ni influencia indebida. Además, los apoyos deben ser proporcionales; adaptables a las circunstancias de la persona; aplicables “en el plazo más corto posible” – ello debe entenderse únicamente para los supuestos en los que no se haya podido obtener la voluntad de la persona como alguien en estado de coma - y sujetarse a exámenes periódicos de una autoridad u órgano judicial competente.

16. Las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú son un grupo históricamente discriminado y excluido. Esta situación se constata en los prejuicios y estereotipos de la sociedad que equipara discapacidad con incapacidad así como en las barreras actitudinales y legales que les impiden y/o restringen el ejercicio de su capacidad jurídica así como de otros derechos fundamentales. En este sentido, se puede afirmar que las personas con discapacidad mental e intelectual son un grupo en situación de vulnerabilidad.

17. La ENEDIS 2013 reporta que el 5.2% de la población nacional tiene alguna discapacidad. Si bien se trata de un primer esfuerzo por contar con data fiable y específica, se ha criticado la brecha con el resultado de la ENCO 2006 que arrojó un 8.4% de personas con discapacidad a nivel nacional. Cabe resaltar que de la población total de personas con discapacidad, según la ENEDIS, el 32.1% tiene limitaciones intelectuales y el 18.8%, limitaciones psicosociales. Por tanto, del total de la población con discapacidad, el 50.9% correspondería a personas con discapacidad intelectual y mental. En este sentido, preocupa que el 41% de familiares de las personas con discapacidad haya señalado que deben dejar de lado actividades para cuidar de estas personas, lo que demuestra la necesidad de un sistema de apoyos.

18. El proceso de interdicción y el régimen de curatela para las personas con discapacidad mental e intelectual están asociados a un modelo de sustitución en la toma de decisiones en el Código Civil. En este contexto, las funciones del curador o curadora - proteger al “incapaz”; proveer en lo posible su restablecimiento; representarlo conforme al grado de su “incapacidad” y colocarlo en un establecimiento adecuado de ser necesario (artículo 570° del Código Civil) – son incompatibles con el artículo 12° de la CDPD. Por tanto, el Estado peruano está incumpliendo con sus obligaciones, en el marco del principio del *pacta sunt servanda*, así como con la Constitución que dispone la interpretación de derechos conforme a la DUDH y a los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria). En este sentido, la CDPD es parte del bloque de constitucionalidad.
19. La falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual se manifiesta en la vulneración de otros derechos fundamentales. Por ejemplo, en Perú esta problemática se refleja en los internamientos involuntarios y la institucionalización que viola la libertad personal y, la vida independiente e inclusión en la sociedad; las condiciones precarias en centros de salud mental y, tratamientos médicos sin consentimiento informado que vulnera la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. De igual modo, existen barreras para votar y, participar en la vida política y pública; impedimentos para contraer matrimonio, ejercer la patria potestad, otorgar testamentos y, para ejercer su autodeterminación sexual y reproductiva; barreras para participar en los procesos y de tipo comunicacional que afectan su acceso a la justicia así como impedimentos para adquirir propiedad, heredar, controlar asuntos económicos propios y acceder a créditos.
20. La Ley N° 29973 (Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad) es el instrumento más importante de la política pública en materia de capacidad jurídica - aunque aún está pendiente la publicación de su reglamento - puesto que reconoce este

derecho para todas las personas con discapacidad, incluyendo a las personas con discapacidad mental e intelectual. En este sentido, la norma dispone que se revise el Código Civil a la luz de la CDPD (Segunda Disposición Complementaria Final) para lo que se ha instalado una Comisión Revisora que debe formular en un plazo no mayor a un año desde su instalación (12 de febrero de 2015) un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil y demás normas que fueren necesarias. Además, la Ley N° 29973 ha adoptado el modelo de apoyo en la toma de decisiones pues señala que el Código Civil regula los sistemas de apoyo y ajustes razonables que se requieran (artículo 9°).

21. Se podría afirmar que el Código Civil peruano ha adoptado el modelo de atribución directa por estatus pues presume la incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual por su sola condición (artículos 43° y 44°). De manera similar, el Código Civil español, que adopta el modelo de atribución indirecta por estatus, atribuye incapacidad a las personas con discapacidad mental e intelectual que no puedan gobernarse por sí mismas (artículo 200°). De otro lado, existe el criterio basado en resultados que atribuye incapacidad cuando la persona toma una decisión considerada negativa. Ello se refleja en la mayoría de legislaciones mentales.
22. El modelo funcional atribuye incapacidad cuando la aptitud de la persona para tomar decisiones es considerada deficiente. Así, la Ley sobre Capacidad Mental de Inglaterra y Gales presume la capacidad de toda persona con discapacidad mental o intelectual y, sólo atribuye incapacidad si esta persona no ha podido decidir en relación a un asunto determinado. En este sentido, también se podría sostener que el Código Civil peruano adopta este modelo cuando señala que los alcances de la curatela son fijados por el juez al declarar la interdicción y en función de su grado de incapacidad (artículo 581°). Por tanto, características de distintos modelos de atribución de incapacidad pueden coexistir en un solo ordenamiento jurídico.

23. La reforma del Código Civil requiere como premisa el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad; la derogación de su régimen de incapacitación (artículos 43° inciso 2 y, 44° incisos 3 y 4 del Código Civil) y del proceso de interdicción al que se les somete (artículos 42° del Código Civil) que, en la práctica es de carácter pleno. Al respecto, preocupa la falta de garantías en el marco del debido proceso pues la persona con discapacidad no solicita la interdicción sino terceros, no tiene una participación activa en el proceso y una vez interdictada, no tiene cómo cuestionar dicha medida.
24. La reforma del Código Civil requiere la derogación del régimen de curatela que se viene aplicando a las personas adultas con discapacidad mental e intelectual, regulado desde el modelo médico entre los artículos 564° a 618°. En este contexto, se propone incorporar el proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad mental e intelectual interdictadas y sujetas a una curatela que decidan migrar a este nuevo régimen que se aplicaría desde el modelo social. Sobre el particular, es necesario un estudio que nos permita saber cuántas personas están interdictadas en el país y cuáles son sus condiciones de vida.
25. A diferencia de la curatela, en el marco del proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica, el/la asistente tendría funciones específicas y su desempeño se evaluaría periódicamente. Además, la persona con discapacidad mental e intelectual sería quien pueda solicitarlo, teniendo una participación activa en el proceso y contando con recursos sencillos para cuestionar el rol del asistente en cualquier momento. Este proceso se plantea como una medida temporal hasta que se implemente un sistema de apoyos. Y una vez que éste empiece a operar, la asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica sólo se podría aplicar para casos excepcionales donde sea casi imposible conocer la voluntad de la persona. Un claro ejemplo es el estado de coma.

26. La reforma del Código Civil en materia de capacidad jurídica no sólo supone reformar las normas de este cuerpo normativo sino también toda la legislación que sea incompatible con la CDPD porque no reconocen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y restringen el ejercicio de sus derechos. En este sentido, algunas normas que requieren de revisión son: artículo 4° de la LGS; artículos 43°, 44°, 140°, 219°, 221°, 207°, 241°, 466°, 389°, 466°, 576°, 578°, 580°, 687°, 705°, 1358°, 1387° del Código Civil; artículos 58°, 68°, 70°, 207° y 222° del Código Procesal Civil; artículos 54°, 94°, 95° y 114° del Código de Procedimientos Penales; entre otras.
27. El diseño y la implementación de un sistema de apoyos requiere reconocer la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, en particular de las personas con discapacidad mental e intelectual. El sistema de apoyos debe ser concebido como una herramienta de promoción de la autonomía y capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad. Así, se deberá ofrecer una gama amplia de apoyos, que estarán en constante evolución y que deberían encontrarse preferentemente en la comunidad. Se podría empezar con los apoyos asociados a la elección del lugar de residencia, la construcción de relaciones sociales y los asuntos de salud. Los apoyos podrían ser brindados por el Estado y/o por particulares con la fiscalización del Estado.
28. Para el diseño y la implementación de un sistema de apoyos, se plantea establecer tres niveles de acuerdo al tipo de discapacidad y/o a las circunstancias de cada persona: a) Apoyo mínimo si la persona puede tomar y manifestar sus decisiones de manera comprensible mediante ajustes razonables y no requiere de terceros para ello; b) Apoyo en la toma de decisiones (individual o colectivo) si la persona elige a alguien o a un grupo de su confianza; c) Asistencia en la toma de decisiones como último recurso y excepcional cuando no es posible conocer la voluntad y las preferencias de la persona por lo que un asistente las identificará en base a la historia de vida de la persona a

quien se apoya. Sería importante contar con un registro de los apoyos del segundo y tercer nivel a fin de supervisar mejor el desempeño de quienes brindan los apoyos.

29. Independientemente de la implementación de un sistema de apoyos, el Estado peruano tiene la obligación de garantizar la accesibilidad (entorno físico, transporte, información y comunicaciones) y, los ajustes razonables (adaptaciones adecuadas que no impongan una carga desproporcionada cuando se requieran en un caso particular) en todos los ámbitos en los que las personas con discapacidad mental ejercen su capacidad jurídica. Ello constituye garantías de no discriminación.
30. Un ejemplo de apoyo en la toma de decisiones que podría implementarse es el *ombudsman* personal que permitiría a las personas con discapacidad mental e intelectual contratar directamente; fuera del régimen de atención de la salud mental, de la intervención de la autoridad pública o de su familia, a profesionales que les brinden apoyos personalizados. Estaría sujeto a evaluaciones periódicas para evitar que la figura se prolongue por mucho tiempo y para supervisar que las decisiones que toma el apoyo respetan la voluntad de la persona, función que podría desempeñar la Defensoría del Pueblo.
31. Otro ejemplo de apoyo en la toma de decisiones es el acuerdo de representación que es una manifestación de la voluntad anticipada. Este contrato, de carácter extrajudicial, permitiría a toda persona mayor de edad elegir a su representante, sus facultades y cuándo empezaría a aplicarse este apoyo en la toma de decisiones sobre los asuntos que le conciernen. Sin embargo, debería existir un recurso sencillo y accesible en caso la persona con discapacidad mental o intelectual opte por cambiar su decisión.

32. El diseño y la implementación de un sistema de apoyos requiere de salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos por parte de quienes brindan los apoyos. Estas salvaguardias aluden al respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad mental e intelectual así como que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida. De igual modo, debe existir proporcionalidad entre la medida de apoyo adoptada y, el grado de afectación de los derechos e intereses de la persona que se apoya. Además, deberían establecerse mecanismos de revisión claros.
33. Para implementar un sistema de apoyos y salvaguardias es preciso que exista voluntad política y la consecuente asignación de recursos humanos, económicos y de otra índole. De igual modo, la entidad responsable del diseño, implementación y evaluación de esta política debe tener una institucionalidad adecuada que permita los avances. Es importante contar con la participación activa de las personas con discapacidad en todas las fases de esta política pública. Finalmente, resulta fundamental la toma de conciencia de la sociedad, en especial de los actores involucrados (operadores de justicia, funcionarios públicos, personal que brinde los apoyos, medios de comunicación, familiares de las personas con discapacidad, entre otros) en relación al reconocimiento de la capacidad jurídica y autonomía de las personas con discapacidad mental e intelectual.

## BIBLIOGRAFÍA

## I. Doctrina: Libros y artículos

ABRAMOVICH, Víctor. “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”. En: *Anuario de derechos humanos*. Chile. 2006.

AGUINAGA, Ernesto, *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos*. Tesis de abogado, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

AMNISTÍA INTERNACIONAL y the Centre for Disability Law and Policy (NUI Galway). *Essential Principles: Irish Legal Capacity Law*. Este documento se presentó en la conferencia “Supported decision making in theory and practice”, realizado en Irlanda el 29 de abril de 2013. Consulta: <http://www.amnesty.ie/our-work/supported-decision-making-theory-and-practice>.

ACUÑA, Erick. *Repensando los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos frente a los desafíos actuales de la institucionalización de las personas con diversidad funcional mental*. Tesis para optar el Título de Abogado en la PUCP. Lima, 2010.

AL ABOUDI, Adnan. “What the UN Can Do for the Disabled”. En: *UN Chronicle*. 2005.

ALSTON, Philip y Henry STEINER. *International human Rights context. Law politics morals*. New York. Oxford University Press. 2000.

Anna Arstein-Kerlake, EU Marie Curie PhD Fellow (DREAM network). *The Intersection Between Concepts of ‘Human Flourishing’ and ‘Well-Being’: Highlighting the Importance of Autonomy*. Preliminary Literature Review. CDLP, NUI Galway. Mayo 2012.

ARESCOUG, Judith. “Parenthood and Intellectual Disability: Discourses on Birth Control and Parents with Intellectual Disabilities 1967–2003”. En: *Scandinavian Journal of Disability Research*. 2005.

ASTORGA, Luis Fernando. “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo.” En: *Revista CEJIL*, año III, N° 4, diciembre de 2008.

BARNES, Colin. “Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?”. En BROGNA, Patricia (comp.). *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México D.F.: FCE, 2009.

BACH, Michael y KERZNER, L., *A New Paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity*. Prepared for the Law Commission of Ontario, 2010.

BACH, Michael. “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”. En: BARRIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2011.

BARRIFFI Francisco. “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”. En: PÉREZ BUENO, L. (dir.). *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

BARIFFI, Francisco y Agustina PALACIOS. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca. 2007.

BARIFFI, Francisco y Agustina PALACIOS. *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. EDIAR, Buenos Aires, 2011.

BARIFFI, Francisco. "Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del Derecho Comparado". En: *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. EDIAR, Buenos Aires, 2011.

BARIFFI, F. (coord.) *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos. Algunas experiencias de Iberoamérica*, Madrid, 2013.

BREGAGLIO, Renata. "La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-Convención". En: ALFA – Red Dhes. *Manual de derechos humanos de los grupos vulnerables*, 2013.

BREGAGLIO, Renata y Alberto VÁSQUEZ. *Materiales del curso "Actualización para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad"*. IDEHPUCP y Sodis. Lima, 2012.

BREGAGLIO, Renata. *¿Quiénes son, dónde están y qué necesitan? Las cifras del censo del INEI sobre discapacidad*. 2013.

BERMAN BIELER, Rosangela. *Desarrollo inclusivo: Un aporte universal desde la discapacidad*. Washington: Banco Mundial. 2005.

BRIEL PORTERO, Isabel. *Los derechos de las personas con discapacidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2011.

BIDART CAMPOS, Germán. "Los derechos no enumerados en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional". En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/342/6.pdf>

BROTÓNS, Remiro Antonio. *Derechos Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

BUERGENTHAL, Thomas. "Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law". pp. 303-400. En: *RCADI*, 1992-IV, Volumen 235.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, BARIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*. Madrid: Ramón Areces. 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Evolución, estado actual y perspectivas". En: *Derecho internacional y derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2005.

CANÇADO TRINDADE, Augusto. "Co-existence and Co-ordination of mechanisms of international protection of human rights (at global and regional levels)". pp. 9-435. En: *RCADI*, 1987, Volumen 202.

CANCADO TRINDADE, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 2006.

CARDONA LLORÉNS, Jorge y Amparo SANJOSÉ GIL. “La promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad: en el camino de su reconocimiento universal”. En: *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*. México D.F.: Editorial Porrúa México. 2005.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos. 2001.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CHARLTON, James I. “*Nothing About Us Without Us. Disability, Oppression and Empowerment*”. Berkeley: University of California Press, 1998.

CHINKIN, Christine M. “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”. En: *Journal of International and Comparative Law*. 1989.

CISTERNAS, Soledad. “Las obligaciones internacionales para los Estados Partes en virtud del artículo 12° de la CDPD, vínculos con el artículo 13° e impacto en el Derecho interno”. En: BARIFFI, F. y A CLAPHAM, Andrew. *Human Rights obligations of non-state actors*. New York. Oxford University Press. 2006.

CARVALHO, Rosita. “La clasificación de la funcionalidad y su influencia en el imaginario social sobre las discapacidad”. En BROGNA, Patricia (comp.). *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México D.F.: FCE, 2009.

CENTER FOR HUMAN RIGHTS & HUMANITARIAN LAW – Washington College of Law of American University. *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture’s 2013 Thematic Report*. Washington, 2013.

CLÍNICA JURÍDICA DE INTERÉS PÚBLICO DE LA PUCP – SECCIÓN DISCAPACIDAD. *Comentarios al borrador de Observación General sobre el Artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2014.

CONSEJO DE EUROPA. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*. Documento de trabajo elaborado por Anna Nilsson, Strasbourg, 20 de febrero de 2012.

CONSEJO NACIONAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Capacidad Jurídica y estado de interdicción de las personas con discapacidad en México. Recomendaciones para la implementación del Artículo 12° de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. México: Seminario sobre Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia. 2010.

COURTIS, Christian. “La implementación de políticas antidiscriminatorias en materia de discapacidad”. En BROGNA, Patricia (comp.). *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México D.F.: FCE, 2009, pp: 411-430.

CUENCA GÓMEZ, Patricia (ed), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. *Los fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2012.

DE ASÍS, Rafael y otros. La Accesibilidad Universal en el Derecho. En: *Cuadernos Bartolomé de las Casas*. N° 42. Madrid: Dykinson, 2007.

- DE ASÍS, Rafael. *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013.
- DHANDA, Amita. "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?" En: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2006-2007.
- DHANDA, Amita. *Legal capacity in the CRPD*. India: Centre for Disability Studies NALSAR, University of Law.
- DE LORENZO, Rafael y Agustina PALACIOS. "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional". En LAORDEN, Javier (dir.). *Los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Lerko, 2007, pp: 3-123.
- DE LORENZO Rafael. *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*. Madrid: Alianza Editorial, 2007.
- DEL ÁGUILA, Luis Miguel. *Plan de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad 2003-2007*. Lima: CEEDIS. 2006.
- DEL AGUILA, Luis Miguel. *Análisis y evaluación del plan de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: aportes de la gerencia social para mejorar las políticas de discapacidad en el Perú*. Lima, 2011.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 102. *Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental..* Lima, 2005.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 140. *Salud mental y Derechos Humanos: Supervisión de la política, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables*. Lima, 2009.
- DEGENER, T. *Definition of Disability*. EU Network of Legal Experts on Disability Discrimination Law, 2004. En: [http://www.europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/aneval/disabdef.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/disabdef.pdf)
- DHIR, Aaron. "Human Rights Treaty Drafting through the Lens of Mental Disability: The Proposed International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities". En: *Stanford Journal of International Law*. 2005.
- DULITZKY, Ariel. "Pobreza y Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares". En: *Revista IIDH*. San José: IIDH. 2009.
- ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- FAÚNDEZ, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. San José: IIDH, 1999.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUSDMAN. *Personas con discapacidad*. VII Informe sobre Derechos Humanos. Madrid, Trama. 2010.
- FERNÁNDEZ S., César. *Derecho de las personas: análisis artículo por artículo al Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Motivensa, 12va ed., 2012.
- FRANCKE, Pedro y otros. *Plan de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad 2003- 2007: Balance y Propuestas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República. 2006.

GEARTY Conor y Costas DOUZINAS. *The Cambridge Companion to Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

GOMBOS, Gábor. "From civil death to full personhood: Ireland's challenges to implement CRPD". En: Conferencia *Supported decision making in theory and practice*, realizado en Irlanda el 29 de abril de 2013. Su presentación está disponible en: <http://www.amnesty.ie/our-work/supported-decision-making-theory-and-practice>.

GODHAR, J. En: "*The Sterilization of Women with an Intellectual Disability*". En: *University of Tasmania Law Review*. 1991.

GOSTIN, Lawrence. "*International Human Rights Law and Mental Disability*". En: *Hastings Center Report*, Mar. 2004.

GOYAL, O.P. *Understanding and scouting with physically handicapped*. Delhi: Chawla Offset Press. 2005.

HANNUM, Hurst. "*The concept and definition of minorities*". En: *Universal Minority Rights*. New York: Oxford University Press. 2007.

HENDRIKS, Aart. "*UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*". En: *European Journal of Health Law*. Nov. 2007.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Informe "Yo quiero ser una ciudadana como cualquier otra. Obstáculos para la participación política de personas con discapacidad en Perú"*. Nueva York, 2012.

IDEHPUCP. *Los derechos de las personas con discapacidad mental: Manual para aplicar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los centros de salud mental del Perú (1a ed.)*, Lima, 2012.

IDEHPUCP. *Audiencia sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual. Video sobre testimonios de la interdicción*. Disponibles en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/notas-informativas/idehpucp-intervino-en-audiencia-sobre-discapacidad-y-derechos-humanos-ante-la-cidh/>.

INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE (IDA). *Principles for Implementation of Article 12 CRPD*.

INCLUSION EUROPE. *Inclusion of people with severe and profound intellectual disability*. UK, 2003.

INEI. *Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad – ENEDIS 2013*.

JIMÉNEZ, Rodrigo. *Derecho y Discapacidad*. San José: Universidad Nación Costa Rica. 2008.

JIMENEZ, Heidi y Javier VÁSQUEZ. "*El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas*". En: *Revista Panamericana de Salud Pública*. 2001.

JOLLS, Christine. "*Antidiscrimination and Accommodation*". En: *Harvard Law School Review*. 2001.

LAPLANTE, Lisa J. "*On the indivisibility of Rights: Truth Commissions, Reparations, and the Right to Development*". En: *Yale Human Rights and Development Law Journal*. 2007.

LAWSON, Anna. "People with Psychosocial Impairments or Conditions, Reasonable Accommodation and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities." In: Law in Context. Dec. 2008.

LEWIS, Oliver. "Protecting the Rights of People with Mental Disabilities: The European Convention on Human Rights". En: European Journal of Health Law N° 4. Diciembre 2002.

LINDBLOM, Charles. *El proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid: MAP, 1991.

LORD, Janet y Michael STEIN. "The domestic incorporation of human rights law and the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities". En: Washington Law Review. Noviembre 2008.

MARÍN C., Carlos. "Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad". En: *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco. Editorial EDIAR. Buenos Aires, 2011.

MARTÍN, Santiago J. "La protección en el sistema interamericano a las personas con discapacidad". En: CAMPOY CERVERA, Ignacio y Agustina PALACIOS (comp.). Madrid: Dykinson. 2008.

MCSHERRY, Bernadette y, Penelope WELLER. *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*. Portland: Hart Publishing, 2010.

MÉGRET, Frédéric. "The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights". En: International Journal of Human Rights. Summer 2008.

MEJIA, Joaquín. Cinco mitos sobre los DESC. En: Revista CEJIL. *Debates sobre derechos humanos y el sistema interamericano*. Año II, Número 3, Setiembre de 2007.

METTS, Robert. *Discapacidad y desarrollo. Documento de antecedentes preparado para la reunión de la Agenda de Investigación sobre Discapacidad y Desarrollo*. Washington D.C.: Banco Mundial.

MIDDLETON, Renee A., Carolyn W. ROLLINS y Debra A. HARLEY. "The historical and political context of the civil rights of persons with disabilities: A Multicultural Perspective for Counselors". En: Journal of Multicultural Counseling & Development. Apr. 1999.

MINKOWITZ, Tina. *Submission to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Day of General Discussion on COMITÉ CDPD Article 12*. World Network of Users and Survivors of Psychiatry.

MUJICA, Javier y Luz ELENA CALLE. *Los derechos de las personas con discapacidad en la legislación comparada*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2006.

NAVERGOI, Mariela y BOTTINELLI, María Marcela. *Discapacidad, pobreza y sus abordajes. Revisión de la estrategia de rehabilitación basada en la comunidad*. Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires .Volumen XIV. Año. 2006.

NICHOLSON, Cher. "Supported decision making – The south Australian experience". En: Conferencia Supported decision making in theory and practice, realizado en Irlanda el 29 de abril de 2013. Su presentación está disponible en: <http://www.amnesty.ie/our-work/supported-decision-making-theory-and-practice>.

NOVAK TALAVERA, Fabián y Luis García - CORROCHANO MOYANO. *Derecho Internacional Público: Tomo I, Introducción y Fuentes*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

O'DONNELL, Daniel. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos. 1996.

OLIVERA, Jean Franco y Carla VILLARREAL. "Caso Edwin Béjar: Denegación de ajustes razonables como vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación". En: BARRIFFI, F. (coord.) *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos. Algunas experiencias de Iberoamérica*, Madrid, 2013.

OMS y BANCO MUNDIAL. *Informe Mundial sobre la Discapacidad en el Mundo*. Resumen. Malta: OMS. 2011.

PALACIOS, A. y BARRIFFI, F. (coord.) *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2011.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA. 2008.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Novena Edición. Tecnós. Madrid, 2003.

PECES-BARBA M., Gregorio. "Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y de Derecho" en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos, Debate*, Madrid, 1989.

PECES-BARBA M., Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos del Instituto "Bartolomé de las Casas", núm. 26, Dykinson, 2002.

POWER, Andrew, Janet E. LORD y Allison S. deFranco. *Active citizenship and disability. Implementing the personalisation of support*. Cambridge Disability Law and Policy Series, New York, 2013.

QUINN, Gerard y Theresia DEGENER. *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Documento HR/PUB/02/1. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas. 2002.

QUINN, Gerard. "Personalidad y capacidad jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD". En: BARRIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2011.

Red CDPD. Documentos de trabajo del proyecto "Estudio, implementación y seguimiento sobre capacidad jurídica de la CDPD a nivel local" (2010-2012): *Estudio teórico para la aplicación del artículo 12° de la CDPD, 2011; Propuesta de reformas legislativas en relación a las normas incompatibles del ordenamiento jurídico nacional con el artículo 12° de la CDPD*. Grupo de Trabajo Nacional de Perú, Lima, 2012; entre otros.

ROMAÑACH, J. y Agustina PALACIOS. *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Madrid, Diversitas, 2006.

ROMANACH, Javier y Manuel LOBATO. "Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano". En: Foro de Vida Independiente. Mayo de 2005.

SAGUÉS, Néstor P. “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al Derecho interno”. Publicado originalmente en: *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José, 1998.

SALMÓN, Elizabeth. “*El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos*”. SUR – Revista internacional de Derechos Humanos, año 4, número 7. Sao Paulo: Red Universitaria de Derechos Humanos. 2007.

SALMÓN, Elizabeth. *Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución*. En: Pensamiento Constitucional, Lima, año IX, N° 9, 2003.

SALMÓN, Elizabeth. Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano. Lima: GTZ, 2010.

SALMÓN, Elizabeth y Fabián NOVAK. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos. Lima: PUCP, 2002.

SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

SEN, Amartya (2004) “Disability and Justice”, Speech held at 2004 World Bank International Disability Conference, “Disability and Inclusive Development: Sharing, Learning and Building Alliances”, Diciembre 2004.

Sodis. *Comentarios al borrador de Observación General sobre el Artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2014.

Sodis. *La discapacidad en la Ley de Presupuesto 2014. Boletín Sodis No 4. Boletín Informativo del 13 de setiembre de 2013.*

Sodis. *Ejecutivo dejó de usar unos S/. 30 millones de su presupuesto en discapacidad*. Disponible en: <http://Sodisperu.org/2014/01/31/ejecutivo-dejo-de-usar-unos-s-30-millones-de-su-presupuesto-en-discapacidad/>.

SALVIOLI, Fabián. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Estrasburgo: Institut international des droits de l' homme. 2007.

SEN, Amartya. Discapacidad y Justicia. Ponencia en la Segunda Conferencia Internacional sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo. Washington DC: Banco Mundial. 2004.

SHAKESPEARE, Tom y Watson, NICHOLAS. The social model of disability: an outdated ideology? En: *Journal Research in Social Science and Disability*. Volume 2, pp. 9-28 (2002).

SIEBERS, Tobin. *Disability Theory*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2008.

SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Londres: Macmillan, 1968.

TOVAR, Teresa y Patricia FERNÁNDEZ. *Las voces de los otros. Consulta nacional sobre discapacidad*. Lima: CEEDIS. 2006.

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE – CAMBRIDGE INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES RESEARCH GROUP. *Comentarios al borrador de Observación General sobre el Artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2014.

WARD, Tony y Claire STEWART. "Putting human rights into practice with people with an intellectual disability". En: *Journal of Developmental and Physical Disabilities*. Junio 2008.

WORLD NETWORK OF USERS AND SURVIVORS OF PSYCHIATRY. *Implementation manual of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. 2008.

YANGHEE, Lee. "Expanding human rights to persons with disabilities: laying the groundwork for a twenty-first century movement". En: *Pacific Rim Law & Policy Journal*. Enero 2009.

## II. Jurisprudencia y otros documentos de órganos de protección de derechos humanos

ACNUDH. *Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos*. 2010.

ACNUDH. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad*. Documento A/HRC/4/75, 17 de enero de 2007.

ACNUDH. *Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la Quinta reunión del Comité Especial de la CDPD, sobre el asunto de la "capacidad jurídica"*. Del 24 de enero al 4 de febrero de 2005.

ACNUDH. *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la estructura y la función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. A/HRC/13/29. 2009.

CEDDIS. Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2 inciso b) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS), en el marco del artículo 12° de la CDPD. CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev. 1, 28 de abril de 2011.

CIDH. Informe N° 52/13. Casos 11.575, 12.333 y 12.341. Clearence Allen Lackey y otros, Miguel Ángel Flores y otros y James Wilson Chambers. Estados Unidos. 15 de julio de 2013.

CIDH. *Caso Neuropsiquiátrico Vs. Paraguay*. Medidas Cautelares, de fecha 28 de diciembre de 2008.

CIDH. *Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador*. Informe N°63/99, de fecha 13 de abril de 1999.

CIDH. *María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala*. Informe N° 4/01. Caso 11.625. 19 de enero de 2001.

COMITÉ CDPD. *Observaciones finales en relación al primer informe presentado por Perú*. CRPD/C/PER/CO/1. 2012, aprobadas por el Comité en su séptimo período de sesiones (16 a 20 de abril de 2012).

COMITÉ CDPD. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012).

COMITÉ CDPD. Observaciones finales sobre el informe inicial de Hungría, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012).

COMITÉ CDPD. Observaciones finales sobre el informe inicial de El Salvador, aprobadas por el Comité su décimo periodo de sesiones (2 a 13 de septiembre de 2013).

COMITÉ CDPD. Borradores de la Observación General sobre artículos 9 y 12 de la CDPD, en relación a accesibilidad y capacidad jurídica y, sus comentarios, 2013.

COMITÉ CDPD. *Caso Zsolt Bujdosó and five others V. Hungary*. Communication No. 4/2011, 20 de setiembre de 2013.

COMITÉ CDPD. *Caso Alajos Kiss Vs. Hungría*. Communication No. 38832/06, 20 de mayo de 2010.

COMITÉ CDPD. *Caso H.M. vs. Sweden*. Séptima sesión (16-20 de abril de 2012).

COMITÉ CDPD. *Caso Szilvia Nyusti, Péter Takács and Tamás Fazekas Vs. Hungría*. Novena sesión (15-19 de abril de 2013).

COMITÉ DH. *Bozena Fijalkowska Vs. Polonia*.

COMITÉ DH. Observación General N° 8. *Derecho a la libertad y a la seguridad personal*. 1982, párr. 1; y Observación General N° 21. *Trato humano de las personas privadas de su libertad*. 1992, párr. 2.

COMITÉ DESC. Observación General N° 5. *Personas con discapacidad* (11 período de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994).

COMITÉ DESC. *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12). U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

COMITÉ DESC. *Declaración sobre la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto*, E/C.12/2007/1, 38° Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007.

COMITÉ DESC. Observación General No. 12. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22° período de sesiones, 2000), UN. Doc. E/C.12/2000/4.

COMITÉ DESC. Observación General No. 3: *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23.

COMITÉ DE MINISTROS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva de la Unión Europea sobre la capacidad jurídica. Recomendación R(99)4.

COMITÉ DE MINISTROS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA. *Recomendación Rec(2006)5 sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*.

CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149

CORTE IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C-246.

CORTE IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

CORTE IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Sentencia del 27 de febrero de 2012.

CORTE IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Sentencia del 31 de agosto de 2011.

CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) de 28 de noviembre de 2012.

CORTE IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de setiembre de 2009. Serie C No. 202.

CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

CORTE IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

CORTE IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Declaración de Caracas. Adoptada en la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, el 14 de noviembre de 1990.

Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual. Adoptada en la Conferencia de la OMS y OPS sobre la materia, el 6 de octubre del 2004.

NACIONES UNIDAS (NU). ENABLE. Algunos datos sobre las personas con discapacidad. Consulta: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=39&pid=639>.

NACIONES UNIDAS. *Normas Uniformes*. Resolución 48/96. Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobada: 20 de diciembre de 1993.

NACIONES UNIDAS. *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*. Adoptado mediante Resolución 46/119 del 17 de noviembre de 1991.

NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. A/HRC/22/53 del 1 de febrero de 2013.

NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. A/63/175, 28 de julio de 2008.

NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/64/272, del 10 de agosto de 2009.

NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Adición Misión al Perú. E/CN.4/2005/51, 4 de febrero de 2005.

NACIONES UNIDAS. *Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, Serie de Capacitación Profesional N° 17, documento HR/P/PT/17, 2010.

NACIONES UNIDAS. *De la exclusión a la igualdad. Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ginebra: SRO –Kunding, 2007.

NACIONES UNIDAS. Realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad mediante la aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2009. NY: Informe del secretario general, documento A/64/180.

OMS. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. Aprobada por OMS mediante Resolución WHA 54.21, el 22 de mayo de 2001.

TEDH. *Caso of Airey v. Ireland*. Sentencia del 9 de octubre de 1979.

TEDH. *Caso Guzzardi Vs. Italia*. Sentencia del 6 de noviembre de 1980.

TEDH. *Caso Niemietz Vs. Alemania*. Sentencia del 16 de diciembre de 1992.

TEDH. *Caso Buchberger Vs. Austria*. Sentencia del 20 de noviembre de 2001.

TEDH. *Caso D.D. Vs. Lituania*. Sentencia del 14 de febrero de 2012.

TEDH. *Caso de T and K Vs. Finlandia*. Sentencia del 12 de julio de 2001.

TEDH. *Caso Gajcsi Vs. Hungría*. Sentencia del 3 de octubre de 2006.

TEDH. *Caso Mikhaylenko Vs. Ucrania*. Sentencia del 30 de mayo de 2013

TEDH. *Caso Rupa Vs. Rumania*. Sentencia del 16 de diciembre de 2008.

TEDH. *Caso Shopov Vs. Bulgaria*. Sentencia del 2 de setiembre de 2010.

TEDH. *Caso Shtukaturov v. Russia*. Sentencia del 27 de marzo de 2008.

TEDH. *Caso Storck Vs. Alemania*. Sentencia del 16 de junio de 2005.

TEDH. *Caso Stanev Vs. Bulgaria*. Sentencia del 17 de enero de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentencia N° 047-2004-AI/TC* del 24 de abril de 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentencia N° 05842-2006-PHC/TC* del 7 de noviembre de 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentencia N° 02480-2008-PA/TC* del 11 de julio de 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentencia N° 03426-2008-PHC/TC* del 26 de agosto de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentencia N° 2313-2009-HC/TC*. Sentencia del 24 de setiembre de 2009.

### III. Tratados

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.
- Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.
- Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos "Carta de Banjul".
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales

- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador".

#### **IV. Normas e instrumentos de la política pública**

- Acuerdo Nacional, 2001.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código Civil peruano de 1984.
- Código Procesal Civil peruano.
- Ley N° 29973 - Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad y, su proyecto de reglamento, publicada el 24 de diciembre de 2012 en el Diario Oficial El Peruano.
- Ley N° 27050 - Ley General de la Persona con Discapacidad (derogada).
- Ley N° 26842 - Ley General de Salud y sus modificatorias.
- Ley N° 29414 – Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud.
- Ley N° 29889- Ley que garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental.
- Plan de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad 2009 – 2018.
- Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010.
- Políticas Nacionales de Obligatorio Cumplimiento, 2007.