

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y  
Constitucionalismo en América Latina

**El capacitismo en la jurisprudencia del Tribunal  
Constitucional peruano**

Trabajo académico para optar el título de Segunda  
Especialidad en Derechos Fundamentales y  
Constitucionalismo en América Latina

Autora:

*Kelly Milagros Chunga Prieto*

Asesora:

*Pamela Solanch Smith Castro*

Lima, 2021

## RESUMEN

Este ensayo busca identificar la permanencia de la ideología capacitista en el razonamiento del Tribunal Constitucional peruano a partir del análisis de cuatro sentencias que versan sobre las personas con discapacidad psicosocial y la restricción de su libertad. A partir de las obligaciones que establece la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas respecto a la igualdad y autonomía de las personas con discapacidad, hacemos un análisis de cómo a través del razonamiento del Tribunal Constitucional, si bien estas obligaciones han sido adaptadas de manera normativa, aún persiste un sesgo capacitista que pone en una situación de desventaja a las personas con discapacidad. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no solo responde a un cambio normativo ya que su negación significa que las personas con discapacidad no pueden ejercer sus demás derechos fundamentales en igualdad de condiciones. Consideramos importante este ensayo porque la lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad está aún vigente y requiere no solo de avances legales sino también sociales.

**Palabras clave:** capacitismo, personas con discapacidad psicosocial, hospitalización involuntaria, capacidad jurídica.

## **ABSTRACT**

This essay aims to identify the presence of an ableist ideology in the reasoning of the Peruvian Constitutional Court by carrying an analysis of four sentences that deal with people with mental disabilities and the violation of their freedom. Based on the obligations established by the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities regarding their equality and autonomy, we study how, through the reasoning of the Constitutional Court, although these obligations have been adapted in a formal way, there is still a bias identifies people with disabilities as different and not worthy of recognition as a legal person. The recognition of the legal capacity of people with disabilities does not end with a regulatory change. Its denial means they cannot exercise their other fundamental rights under equal conditions. We consider this essay important because the struggle for the recognition of the rights of people with disabilities is still ongoing and requires not only legal but also social changes.

Keywords: ableism, people with psychosocial disabilities, involuntary hospitalization, legal capacity.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
Sección 1: La evolución histórica de los derechos de las personas con discapacidad y el capacitismo como ideología de poder	
1.1 Evolución histórica de los modelos de la discapacidad.....	4
1.1.1 El modelo de la prescindencia.....	4
1.1.2 El modelo médico o rehabilitador.....	5
1.1.3 El modelo social.....	5
1.2 El capacitismo como ideología de poder.....	5
1.2.1 El capacitismo en el derecho.....	8
Sección 2: Los prejuicios hacia las personas con discapacidad en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano	
2.1 El criterio de peligrosidad de las personas con discapacidad.....	9
2.2 El no reconocimiento de la capacidad jurídica y las condiciones adicionales..	11
2.3 El contexto económico y social de las familias de las personas con discapacidad.....	14
CONCLUSIONES.....	16
RECOMENDACIONES.....	17
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	18

# El capacitismo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

## INTRODUCCIÓN

A pesar de los grandes avances normativos a nivel global en materia de derechos humanos, la desigualdad y la discriminación han sido y son, fenómenos permanentes que evidencian la desigualdad material en la cual aún vivimos. Es así que en las últimas décadas, por ejemplo, a partir de los estudios de género se ha desarrollado el concepto de sexismo como una forma de discriminación que trasciende al sistema normativo formal y evidencia la existencia del patriarcado como un sistema de dominación que subordina a todo lo entendido como “femenino”. Además, el patriarcado no es un fenómeno gaseoso y abstracto ya que este se materializa de distintas maneras tales como la desigualdad salarial, la invisibilización del trabajo doméstico no remunerado y la violencia de género.

En consecuencia, con ayuda de otras áreas del conocimiento, el derecho hoy se encuentra en la obligación de quitarse el velo del positivismo normativo para atender de manera precisa la discriminación histórica, sistemática y estructural que sufren ciertos grupos de personas. Estas formas de discriminación responden a modos de dominación contemporánea, tal como señala Boaventura de Sousa Santos, quien resalta la importancia del estudio del capitalismo, el patriarcado y colonialismo de manera interrelacional y no individual (Cristianisme i Justícia, 2016).

Las personas con discapacidad son sujetos que se encuentran en esta situación de vulnerabilidad y violación de derechos de manera histórica. La evolución periódica del reconocimiento de sus derechos a nivel internacional y nacional, tiene como hito la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD) de 2008. Esta Convención es trascendental debido a que a partir del artículo 12, los Estados parte tienen la obligación de adecuar sus ordenamientos jurídicos hacia un nuevo estándar de presunción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De esta forma, se resignifica el concepto de sujeto de derechos, teniendo como consecuencia que los Estados parte eliminen de sus ordenamientos jurídicos aquella premisa por la cual se vinculaba a priori la discapacidad psicosocial, intelectual o mental con incapacidad.

La capacidad jurídica es aquella aptitud que tienen las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismas. En ese sentido, es imprescindible que se reconozca la capacidad jurídica de una persona para que esta pueda ser sujeto de derechos. No obstante, previo a la CDPD, la normativa peruana establecía en el artículo 43 del Código Civil que las personas privadas de discernimiento, los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no podían expresar su voluntad de manera indubitable eran incapaces absolutos; mientras que los retardados mentales y los que adolecían de deterioro mental que les impidiera expresar su libre voluntad eran considerados incapaces relativos.

Fue con la entrada en vigor de la CDPD y a partir del Decreto Legislativo N° 1384 de 2018 que se retiraron estos artículos del Código Civil y se adoptó la presunción de capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial. Así, se puso fin a un paradigma por el cual las personas con discapacidad eran consideradas objetos de derecho, no sujetos de derecho. Cabe resaltar, que tal y como lo ha señalado la Organización de las Naciones Unidas, el reconocimiento de la capacidad jurídica no es solo importante para el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derecho sino que su relevancia consiste en que este reconocimiento es habilitante para el ejercicio de sus derechos fundamentales (ONU, 2014, p.3).

No obstante esta evolución normativa, consideramos que existe en el derecho peruano una ideología capacitista que subyace a todo el ordenamiento jurídico por el cual las personas con discapacidad se encuentran en una situación de desigualdad y discriminación histórica, sistémica y estructural. Si bien sabemos que esta es una afirmación amplia, tomamos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como una puerta de entrada a una comprensión del capacitismo en el derecho peruano dado el poder que tiene una entidad como esta.

El capacitismo es descrito como un sistema de creencias análogo al racismo y sexismo que ve a las personas con discapacidad con cuerpos y capacidades “deficientes” dentro de un sistema que favorece las capacidades de un cuerpo hegemónico y valora ciertas capacidades por encima de otras (Toboso, 2017). De igual manera, es considerado un “sistema de opresión

que funciona por medio de mecanismos de poder y dominación que imponen la integridad corporal obligatoria como única forma válida de ser y estar en el mundo [e] instaura prácticas discriminatorias para quienes no se apegan a dicho ideal regulatorio que se encuentra asociado con la productividad” (Colectivo La Lata, 2019).

Si bien se puede hacer un estudio amplio del capacitismo en el derecho, nos centraremos en el análisis de cuatro sentencias del Tribunal Constitucional peruano respecto a personas con discapacidad psicosocial dado que esta forma de discapacidad es la que más ha tenido resistencias desde el derecho al estar relacionada al debate sobre la capacidad jurídica. Al mismo tiempo, estas sentencias versan sobre la restricción de la libertad y la hospitalización involuntaria de personas con discapacidad psicosocial, por tanto estamos ante sentencias que violan derechos fundamentales.

La CDPD y el Decreto Legislativo N° 1384, son hitos en el reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad y traen consigo una evolución a nivel normativo. A pesar de ello creemos que a nivel social y cultural el capacitismo está infiltrado en nuestra manera de legislar ya que necesitamos, normas, como el artículo N° 27.7 del Reglamento de la Ley de Salud Mental que permite como última ratio hospitalizar a una persona con discapacidad psicosocial sin su libre consentimiento, evidenciando que hemos sido incapaces como sociedad de brindar a las personas con discapacidad un país donde se reconozca su dignidad como personas y puedan ellas ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones.

El propósito de este trabajo académico es demostrar el capacitismo como una limitación que persiste aún en el derecho, específicamente a partir de los fallos del máximo intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional peruano. Creemos que colaboraremos en la argumentación acerca de la situación de discriminación histórica y estructural en la cual se encuentran las personas con discapacidad para así poder avanzar hacia un mayor reconocimiento de su igualdad que ponga fin a la violación sistemática de sus derechos.

## **1. La evolución histórica de los derechos de las personas con discapacidad y el capacitismo como ideología de poder**

Es trascendental partir del análisis de la evolución histórica de los derechos de las personas con discapacidad para comprender la influencia que ha tenido la ideología capacitista a través de los diferentes paradigmas construidos en base a las causas que dan origen a la discapacidad. Presentimos que el capacitismo engloba a los dos primeros modelos de la discapacidad, lo cual significaría que ambos persisten al día de hoy y no han sido superados.

### **1.1 La evolución histórica de los modelos de la discapacidad**

Los modelos de la discapacidad son aquellos paradigmas que históricamente han abordado las concepciones sobre su origen y en base a ellas, han ofrecido respuestas a las necesidades de este grupo de personas (Palacios, 2010, p.19). Estos modelos, son principalmente tres: el modelo de la prescindencia, el modelo médico o rehabilitador y el modelo social.

#### **1.1.1 El modelo de la prescindencia**

El modelo de la prescindencia era un paradigma por el cual se consideraba que la causa de la discapacidad era principalmente de origen religioso. Las personas con discapacidad eran vistas como innecesarias ya que se consideraba que no aportaban a la sociedad además de albergar mensajes diabólicos y ser consecuencia del enojo de los dioses. La respuesta de las sociedades fue excluirlas a partir de dos submodelos: el eugenésico y el de marginación.

El modelo eugenésico consistía en cometer el infanticidio de niños y niñas con diversidad funcional. Mientras que el modelo de la marginación consistía en excluir a las personas con discapacidad dado que se consideraba que su discapacidad era a causa de una maldición, lo cual ocasionaba que se acepte con resignación esta diversidad llevándolos a situaciones de mendicidad o ser considerados objetos de diversión (Palacios, 2015, pp. 10 y 11).

### **1.1.2 El modelo médico o rehabilitador**

En este modelo las personas con discapacidad ya no son vistas como inútiles o innecesarias para la sociedad pero persisten bajo una perspectiva en la cual se busca que sean rehabilitadas y “normalizadas”. Aquí, la discapacidad es vista como un “problema” de la persona y la “solución” es curarla para que así pueda regresar a la “normalidad”. Se buscaba que las personas con discapacidad se acerquen lo mejor posible a la imagen de cuerpo funcional hegemónico, ocultando su diferencia dentro de la sociedad (Palacios, 2015, pp. 12 y 13).

### **1.1.3 El modelo social**

Finalmente, el modelo social, establece un cambio trascendental ya que deja de concebirse la discapacidad como una deficiencia de la persona y empieza a ser entendida como una situación causada por las barreras sociales discapacitantes. En este paradigma, se entiende que las personas con discapacidad son seres que sí aportan a la sociedad desde la valoración y respeto a su condición al margen de que en ciertos aspectos, sea diferente. Se respeta la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal. La discapacidad es entendida como una construcción y un modo de opresión social por lo cual el objeto de todos los miembros de la sociedad es eliminar estas barreras que impiden que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones (Palacios, 2015, pp. 14 y 15).

## **1.2 El capacitismo como ideología de poder**

Si bien la evolución de los modelos de discapacidad ha sido histórica, con lo cual en teoría cada uno ha ido superando al anterior, considero que el capacitismo no responde únicamente al modelo de prescindencia o al modelo médico, sino que responde a un sistema donde ambos modelos convergen discriminando y estableciendo un nivel inferior de “sujeto” a las personas con discapacidad al no reconocer su capacidad jurídica. Esto demostraría que ambos modelos han pervivido a pesar de los avances normativos que reconocen los derechos de las personas con discapacidad.

El término capacitismo surgió de los movimientos de lucha por los derechos de las personas con discapacidad en Estados Unidos y Gran Bretaña con la finalidad de brindar un marco analítico paralelo al sexismo y al racismo a quienes estudiaban la discapacidad como una creación social.

Entre las diferentes definiciones del capacitismo están las siguientes: ideas, prácticas, instituciones sociales y relaciones sociales que asumen la capacidad física y al hacerlo conciben a las personas con discapacidad como marginadas, invisibles y como “otros” (Nario-Redmond, 2020, pp.7). Definiciones más contemporáneas incluyen aquellas discapacidades que no son únicamente físicas y describen el capacitismo como: una doctrina que trata falsamente las deficiencias como inherentes y naturalmente horribles y culpa a las personas con discapacidad de sus propias deficiencias. También se ha señalado que el capacitismo es “la devaluación de la discapacidad que resulta en una sociedad que afirma que es mejor que un niño camine a que ruede, que hable a que haga señas, que lea letra impresa a que lea Braille, etc.” (Nario-Redmond, 2020, pp.7).

Las Naciones Unidas definen el capacitismo como: “Un sistema de valores, que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida (...), considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana”. Además, añade que “el capacitismo genera prejuicios sociales, discriminación y opresión contra las personas con discapacidad al orientar la legislación, las políticas y las prácticas” (Consejo de Derechos Humanos, 2019).

Asimismo, se ha señalado que el discurso capacitista tiene dos elementos fundamentales: “la noción de normatividad y por otro, el establecimiento de una separación constitutiva entre lo humano naturalizado perfeccionado y lo aberrante, lo impensable, lo híbrido, cuasi-humano” (Toboso, 2017). Igualmente, este autor añade que esta ideología consiste en “prácticas, representaciones y valores que actúan en la producción del cuerpo normativo y de su carácter regulador como norma y criterio de normalidad, como única alternativa posible de

funcionamiento, pese a la existencia de otros cuerpos diferentes, que, sin embargo, no se considera(n) relevante(s)” (Toboso, 2017).

Considero importante agregar a estas definiciones el hecho de que la “deficiencia” no es concebida de manera autónoma sino que esta responde a un sistema de medición de productividad que deriva de un sistema productivo capitalista que requiere de personas con capacidad para seguir reproduciendo su fuerza de trabajo y seguir reproduciéndose tal y como reconoce Tithi Bhattacharya (Pluto Press, 2019). Esto es importante porque las personas somos medidas en las sociedades contemporáneas de acuerdo a cuánto aportamos al PBI, a cuántas horas podemos trabajar, qué tan rápido podemos movilizarnos al trabajo, qué tan baratos somos como medios de producción, etc. Un ejemplo de ello es cómo a partir del feminismo y los estudios de género se ha evidenciado la desvalorización jerárquica del trabajo doméstico no remunerado dentro del sistema de producción capitalista.

Por ello debemos reconocer que en las sociedades contemporáneas, las personas no somos consideradas únicamente personas sino fuerza de trabajo y por tanto una mercancía. Entendida de esta manera, es claro que cualquier persona que no sea físicamente hegemónica va a ser excluida de la sociedad y dado que en la actualidad ya no se puede “prescindir” de ellas - aunque podemos debatir acerca de la legalización de abortos de fetos diagnosticados con la trisomía de 21 – siguen siendo discriminadas.

Por las razones expuestas, entenderemos el capacitismo como una ideología que se basa en la creencia de la inferioridad de aquellos cuerpos con diferencias físicas o mentales a lo considerado como “normal” en un sistema medido por la productividad económica de las personas. Es importante utilizar “diferencias” y no “deficiencias” ya que por ejemplo, actualmente existe un movimiento de personas con autismo que busca que este se considere únicamente como una diferencia cultural (Reaño, 2020). Además, que “deficiencia” conlleva a considerar la discapacidad como un defecto o imperfección, cuando es únicamente parte de la diversidad humana.

### **1.2.1 El capacitismo en el derecho**

A partir de la definición de capacitismo esbozada en el acápite anterior quisiera que aterricemos el término al ámbito del derecho. Como ha definido Fernández Sessarego, el derecho refiere a “la interacción entre vida humana social, valores y normas jurídicas” (Fernández Sessarego, pp. 289). Por otro lado, sabemos también que el Derecho es una técnica de distribución de poder.

En ese sentido, las diversas áreas del conocimiento que han alimentado al derecho describen que la construcción del sujeto en el cual se basan las normas jurídicas: “el sujeto de derecho” es un hombre, blanco, propietario y alfabeto. Y lo que el capacitismo nos trae en evidencia es que tácitamente se ha asumido que es un hombre capaz. Esto significa un hombre que discierne entre bien y mal, que no es peligroso para terceros, que tiene autonomía económica, etc. Como resultado, estamos frente a una idea de “capacitismo jurídico” donde las personas con discapacidad, especialmente aquellas con discapacidad psicosocial, intelectual o mental no son consideradas como sujetos de derecho al no poder ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

Es importante señalar que esto no significa únicamente que hoy se entiende al “sujeto de derecho” como tal y que estamos frente a una forma de discriminación concreta. Sino que toda la construcción de las diferentes áreas del derecho se ha basado en esta imagen de sujeto. Por ejemplo, desde el feminismo se ha logrado establecer cambios normativos para establecer la igualdad, tales como el acceso a las universidades, el derecho al voto de las mujeres y la licencia por maternidad. Por lo tanto, debemos tener claro que el punto de partida es la desigualdad y la lucha de las diferentes “minorías” es por lograr alcanzar este mínimo normativo de no discriminación. No es ni ha sido una lucha por obtener beneficios sino la igualdad. Del mismo modo, las personas con discapacidad luchan hoy día por situaciones que son tan cotidianas como poder tener acceso a una ventanilla accesible en el banco así como también situaciones donde ven afectados sus derechos fundamentales como el acceso a la educación, el trabajo y la salud.

Por consiguiente, procederemos a analizar cuatro sentencias del Tribunal Constitucional

peruano, las cuales demuestran que a partir de ciertos criterios de juzgamiento no solo subyace una ideología capacitista al razonamiento de los magistrados sino también que estos criterios tienen su razón de ser en categorías jurídicas que han sido forjadas a partir de la ideología discriminatoria del capacitismo.

## **2. Los prejuicios hacia las personas con discapacidad en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano**

Tomando en consideración cuatro de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional respecto a la hospitalización involuntaria de personas con discapacidad psicosocial, hemos identificado tres grandes criterios que evidencian el capacitismo en su razonamiento. Ellos son: la peligrosidad, el no reconocimiento de la capacidad jurídica y sus condiciones adicionales, y la situación económica de las familias de las personas con discapacidad. Los cuales pasaremos a explicar a continuación.

### **2.1 El criterio de peligrosidad de las personas con discapacidad**

Hemos observado en las sentencias del Tribunal Constitucional, la aparición de un concepto de “peligrosidad” de las personas con discapacidad. Por un lado, el Tribunal en la sentencia del Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC señala lo siguiente:

“En vista de lo expuesto, este Tribunal advierte que el escenario descrito nos muestra que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existe aún un consenso absoluto en cuanto a la comprensión del derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad, en general, y la interpretación del artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular, en lo referente a la posibilidad de restringir dicho derecho por motivos conducentes a garantizar la seguridad de la propia persona y de terceros. En efecto, se aprecia que si bien está fuera de toda duda que la discapacidad (cualquiera sea su naturaleza), como criterio único, es un motivo proscrito para privar o restringir el derecho a la libertad personal, todavía algunas posiciones permiten que se interfiera en dicha libertad cuando se busque

garantizar la seguridad de dichas personas o de las demás” (Tribunal Constitucional, 2019).

Por otro lado, la sentencia del Exp. N.º 05048-2016-PA/TC establece en el fundamento 39 que:

“A efectos de decidir si resulta necesaria la hospitalización (...) se deben considerar los siguientes factores: (...) la necesidad de que a través de una posible hospitalización se garantice la seguridad e integridad del propio usuario y la de terceros (de acuerdo a la intensidad y recurrencia de muestras de agresividad y de violencia)” (Tribunal Constitucional, 2020).

Como podemos evidenciar, se atribuye a las personas con discapacidad, el criterio de peligrosidad hacia ellas o hacia terceros. Este concepto, viene del derecho penal y a grandes rasgos se considera la “propensión de cometer actos delictivos” (Cámara, 2016). El profesor Julio Rodríguez Vásquez, reconoce tres elementos dentro del criterio de peligrosidad: 1) se refiere a la cualidad de la persona; 2) es una cualidad de la persona que se expresa como probabilidad de que se cometa un hecho en el futuro; y 3) el hecho esperado es un comportamiento calificado como delito (Rodríguez, 2016, p. 56).

Me parece importante agregar, que autores como Landecho, han identificado que el criterio de peligrosidad social corresponde a una concepción donde la persona se vuelve un “parásito social” al llegar a una situación de riesgo social o marginalidad no deseable para el resto de la comunidad (Cámara, 2016).

Considero el criterio de peligrosidad un ejemplo de capacitismo por tres razones. En primer lugar, se está atribuyendo el criterio de peligrosidad a las personas con discapacidad a priori como un hecho y una característica intrínseca e inmutable. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha señalado que “constituye detención ilegal la privación de libertad fundada en la combinación de una discapacidad mental o intelectual y otros elementos como la peligrosidad o la atención y el tratamiento” (Naciones Unidas, 2009, pp.17). Del mismo modo, el hecho de que el vínculo entre discapacidad y peligrosidad dé lugar a una restricción de la libertad personal es una violación directa al artículo 14 de la CDPD que establece en su

segundo párrafo “que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”.

En segundo lugar, esta presunción de peligrosidad es grave porque al vincular la discapacidad con peligrosidad se invisibiliza la voluntad de las personas con discapacidad de realizar o no conductas “no deseadas”. Con ello, me refiero a que se está vinculando discapacidad con peligrosidad de facto sin reconocer a la persona con discapacidad como un sujeto con voluntad. Así, se viola el artículo 12 de la CDPD que exige que los Estados reconozcan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

En tercer lugar, al permitir la restricción de la libertad de personas con discapacidad al considerarlas peligrosas, estamos incluso colocándolas en un nivel inferior a aquel que busca la reinserción en la sociedad de todas aquellas personas que se encuentran en el régimen penitenciario. En pocas palabras, vincular la peligrosidad a la discapacidad niega que la discapacidad sea causada por barreras institucionales y sociales que colocan a la persona en una situación de discapacidad. Por ende, no se reconoce un espacio de “mejora” donde las personas con discapacidad puedan vivir en armonía y de acuerdo a lo que se identifica en las sociedades como “no peligroso”.

## **2.2 El no reconocimiento de la capacidad jurídica y las condiciones adicionales**

Como hemos mencionado anteriormente, el modelo social de la discapacidad y la CDPD establece un nuevo paradigma por el cual se presume la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. No obstante, tenemos la sentencia del Exp. N.º 05048-2016-PA/TC que establece en el fundamento 38 que:

“38. Ahora bien, la exigencia en la factibilidad de otorgar el consentimiento informado por parte de una persona con discapacidad debido a algún trastorno mental (grave), lógicamente debe tener como condición que tenga, cuando menos episódicamente, la suficiente madurez intelectual, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para decidir por sí misma el mejor tratamiento a seguir, incluyendo

la decisión sobre la hospitalización o la atención ambulatoria (...). (Tribunal Constitucional, 2020).

Asimismo, la sentencia del Exp. N.º 02480-2008-PA/TC señala que:

“(…) aún cuando en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se garantice que todas las personas con discapacidad mental tienen el derecho a no permanecer internadas de manera definitiva, en el presente proceso, por las especiales circunstancias del caso, este Tribunal estima que la atención a nivel familiar sería un comportamiento heroico que no redundaría en una mejora de la salud mental del favorecido sino que la podría agravar, lo cual no puede ser permitido ni avalado por la justicia constitucional, ya que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son unos de los fines que tutela este Tribunal Constitucional” (Tribunal Constitucional, 2008).

Si bien ha existido un progreso con la última sentencia del Tribunal, es necesario mirar con detenimiento el voto singular del magistrado Sardón en la sentencia del Exp. N.º 01004-2021-PHC/TC que establece lo siguiente:

“(…) el egreso del favorecido debe producirse siempre y cuando un familiar directo lo recoja y se haga responsable de su cuidado, protección y salud; dicha persona, además, debe hacerse responsable de los actos que ejecute el favorecido sobre sí mismo y respecto de terceros, desde que egrese de la clínica” (Tribunal Constitucional, 2021).

Debemos partir por recordar que la CDPD tiene como principio rector (artículo 3) la autonomía individual de las personas con discapacidad. “La autonomía, entendida como la libertad de tomar decisiones (...) es la base de ser persona y de ser ciudadano. No hay democracia posible sin el derecho y sin la posibilidad de tomar decisiones. Esta es la primera libertad de todas. Es el fundamento y condición de posibilidad de las demás libertades” (Del Águila, 2015, pp.61)

A partir de estos extractos de sentencias del Tribunal Constitucional podemos evidenciar que este no reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y además de ello, le pone condiciones. En la sentencia del 2008, se invisibiliza la capacidad de decisión y manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad y el Tribunal Constitucional reemplaza su voluntad al reconocerse a sí mismo con la autoridad para decidir el mejor tratamiento médico a costas de violar el derecho a la libertad. En la sentencia del 2020, el Tribunal exige que el consentimiento médico de una persona con discapacidad es válido únicamente si cuenta con: madurez intelectual, poder de reflexión y sentido de responsabilidad. Finalmente, el voto singular del magistrado Sardón, evidencia que persiste en un sector del Tribunal, la consideración de que un tercero cuidador debe hacerse responsable de los actos de una persona con discapacidad. Por estos motivos consideramos que ambas sentencias y el voto singular violan el artículo 12 de la CDPD.

El artículo 12 exige que los Estados parte reconozcan “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Este artículo fue adoptado por el Decreto Legislativo N° 1384, el cual modifica el Código Civil peruano y establece en el artículo 42 que “Toda persona mayor de dieciocho años tiene capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de la voluntad”.

Es gracias a estas dos modificaciones que normativamente se rompe el vínculo entre incapacidad jurídica y discapacidad, el cual responde a la evolución histórica de los modelos de discapacidad. La capacidad jurídica se reconoce en el artículo 3 del Código Civil peruano, el cual señala que “Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida” y ello refiere tanto a la capacidad de ejercicio como la capacidad para goce, la cual refiere “a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y a la capacidad de ejercicio de los mismos” (Torres, 2020, p.77).

El no reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad los coloca en la posición de objetos de derecho. El consentimiento libre e informado es una forma de

manifestación de la voluntad y este no debería tener condiciones adicionales más que la demostración de ser libre, informada y voluntaria. Igualmente, el artículo 25 de la CDPD, al reconocer la autonomía de las personas con discapacidad, establece que las decisiones en materia de salud deben basarse en el consentimiento libre e informado de la persona. Por lo tanto, nadie, ni el Tribunal Constitucional ni un tercero, pueden tomar decisiones sobre la salud de las personas con discapacidad salvo en situaciones de emergencia, tal y como lo establece la ley.

Del mismo modo, ampliar el estándar para la emisión del consentimiento médico de personas con discapacidad en comparación con aquellas personas que no tienen una discapacidad, las sitúa dentro del marco de la incapacidad absoluta y relativa que en teoría habían sido superados con la Convención y la reforma del Código Civil. Esta situación es un claro ejemplo de capacitismo ya que se está volviendo al modelo médico o rehabilitador donde las personas con discapacidad tienen que demostrar que son “aptas” para manifestar su voluntad y en caso de no poder demostrarlo, se sustituye su voluntad.

### **2.3 El contexto económico y social de las familias de las personas con discapacidad**

Finalmente, el Tribunal Constitucional, añade como criterio para evaluar la libertad de una persona con discapacidad el contexto económico y social de sus familias. Por ejemplo, la sentencia del Exp. N.º 05048-2016-PA/TC establece en el fundamento 39 que:

“ (...) a efectos de decidir si resulta necesaria la hospitalización (...) se deben considerar los siguientes factores: (...) en tercer lugar, las características del entorno familiar, lo que incluirá la valoración del aspecto económico y social (...)” (Tribunal Constitucional, 2020).

Asimismo, la sentencia del Exp. N.º 02480-2008-PA/TC señala en el fundamento 19 que:

“ (...) la obligación de la familia de atender y participar del tratamiento, no es absoluta y está sujeta a la capacidad económica, física y emocional.” (Tribunal Constitucional, 2008).

Además, señala en el fundamento 24 que:

“ Necesario es, también, evaluar la capacidad económica, física y emocional de la madre, para determinar si las recomendaciones de tratamiento a nivel de domicilio pueden practicarse. (...) la madre del favorecido tiene más de 70 años (...)”  
(Tribunal Constitucional, 2008).

Después de la lectura de estos extractos, podemos concluir dos ideas. La primera es que condicionar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad al entorno económico familiar, significa invisibilizar la desigualdad histórica en las que se encuentran las personas con discapacidad. Esta situación ha conllevado y conlleva a una situación de violencia estructural y violación sistémica de derechos humanos de las personas con discapacidad. Además, no se está reconociendo que las personas con discapacidad son un grupo vulnerable dentro de la sociedad que requiere una especial protección.

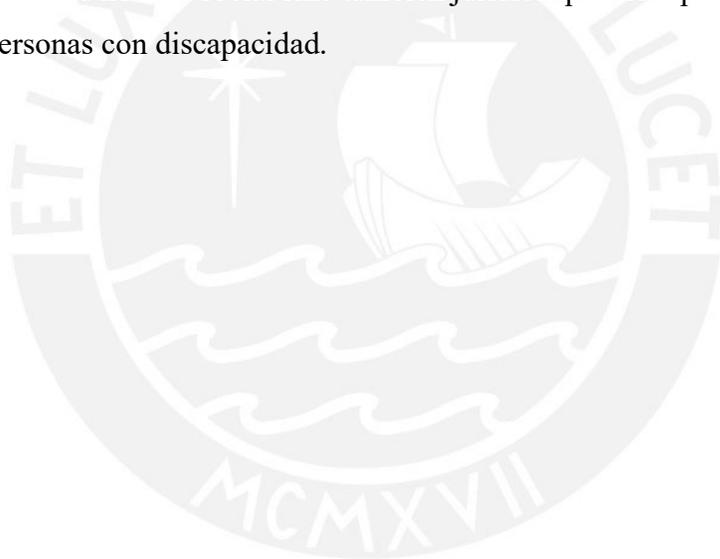
La segunda idea, es que identificar el contexto económico familiar como condición para restringir la libertad de las personas con discapacidad, invisibiliza la responsabilidad de los demás actores sociales. Se traslada la responsabilidad de su cuidado únicamente a las familias sin reconocer la incapacidad del Estado de hacerse cargo del cuidado de las personas con discapacidad.

Por lo tanto, estamos ante un escenario capacitista ya que se condiciona el ejercicio libre de los derechos de las personas con discapacidad a la existencia de un entorno económicamente viable. Por ende, se está condicionando la eliminación de barreras que causan la discapacidad a la capacidad económica de las familias y se está dejando de reconocer que estas barreras tienen orígenes institucionales y sociales. La economía familiar no debería ser una condición de existencia de las personas con discapacidad, sino más bien el Estado debería preocuparse por procurar que la discapacidad signifique un gasto adicional a las familias.

## CONCLUSIONES

Consideramos que a pesar de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, persisten los prejuicios hacia las personas con discapacidad desde los órganos estatales tales como el Tribunal Constitucional. Ello, nos debe llevar a cuestionarnos por qué aún teniendo la obligación de reconocer a las personas con discapacidad bajo un nuevo paradigma, estos no son aún suficientes.

Estos prejuicios no son únicamente discriminación hacia las personas con discapacidad, sino que responden a una ideología capacitista que valora los cuerpos sin discapacidad por encima de aquellos cuerpos que presentan una discapacidad, ya sea física o mental. En ese sentido, persiste aún una realidad no solo social sino también jurídica que viola permanentemente los derechos de las personas con discapacidad.



## **RECOMENDACIONES**

En los diez años que ha durado mi paso por la universidad, nunca se me presentó el término capacitismo. Creo que mi recomendación principal, sería que desde el primer ciclo de la universidad se presente este término como una de las formas de dominación contemporáneas. Así, se fomentará que las y los estudiantes, reflexionen durante su vida universitaria acerca de cómo el capacitismo está establecido en las diferentes áreas de conocimiento y está impregnado desde el lenguaje diario, hasta en las normas de más compleja comprensión.

Reconocer el capacitismo en el Derecho, permitirá identificar que esta es una limitación a cómo este ha venido actuando y desarrollándose. En consecuencia, solo así se podrán proponer cambios normativos, sociales y culturales que permitan que las personas con discapacidad existan en un país que no los discrimine no solo en acciones sino además, ideológicamente. Es de suma importancia recordar que en todos estos procesos de cuestionamiento y decisión, las personas con discapacidad deben ser parte. No nos corresponde a las personas sin discapacidad definir qué situaciones son o no son discriminación y no abarquemos espacios que le corresponden a las personas con discapacidad.

No obstante, reconozcamos que todos y todas somos actores responsables de revertir el sistema capacitista instaurado en la sociedad. Es importante que estemos sensibilizados para reconocer el capacitismo en nuestro día a día. Por lo tanto, debemos trabajar en conjunto para implementar procesos que cambien los paradigmas que tenemos insertos en nuestra manera de opinar, legislar y fallar. Solo así, se logrará comprender que la discapacidad existe porque existen barreras institucionales, sociales y legales que posicionan a ciertas personas en una situación de desventaja.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bregaglio, R., Constantino, R., y Arce, T. (28 de octubre de 2020). *El Tribunal Constitucional y el internamiento involuntario de las personas con discapacidad psicosocial: un paso adelante y dos atrás*. Enfoque Derecho. Recuperado el 15 de abril de 2021 de: <https://www.enfoquederecho.com/2020/10/28/el-tribunal-constitucional-y-el-internamiento-involuntario-de-personas-con-discapacidad-psicosocial-un-paso-adelante-y-dos-atras/>

Bregaglio, R., y Constantino, R. (10 de marzo de 2020). *La complejidad del internamiento involuntario en el Reglamento de la Ley de Salud Mental*. Enfoque Derecho. Recuperado el 15 de abril de 2021 de: <https://www.enfoquederecho.com/2020/03/10/la-complejidad-del-internamiento-involuntario-en-el-reglamento-de-la-ley-de-salud-mental/>

Cámara, S. (12 de julio de 2016). *El concepto de peligrosidad criminal y para qué se utiliza*. UNIR, La Universidad en Internet. Recuperado el 5 de octubre de 2021 de: <https://www.unir.net/derecho/revista/que-significa-el-concepto-de-peligrosidad-criminal-y-para-que-se-utiliza/>

Código Civil. Decreto Legislativo N° 295, 14 de noviembre de 1984. Perú.

Colectivo La Lata. (2019). *Glosario de disca: capacitismo*.

En: <https://archive.org/details/glosariocapacitismo>

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014). *11° periodo de sesiones. Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Proyecto preparado por el Comité*.

[https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12\\_sp.doc](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_sp.doc)

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017). *Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.*

<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-5-Art%C3%ADculo-19-Vida-independiente.pdf>

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018). *Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y no discriminación.*

<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-6-Articulo-5-igualdad-de-oportunidades-y-no-discriminaci%C3%B3n.pdf>

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2009). *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

[https://www2.ohchr.org/SPdocs/Issues/Disability/A.HRC.16.38\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/SPdocs/Issues/Disability/A.HRC.16.38_sp.doc)

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2019). *Derechos de las personas con discapacidad. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad.* <https://undocs.org/es/A/HRC/43/41>

Cristianisme i Justícia. (2016). *Boaventura de Sousa Santos habla sobre capitalismo y Derechos Humanos.* En:

[https://www.youtube.com/watch?v=bVoCZHkz5M0&ab\\_channel=CristianismeIJust%C3%ADcia](https://www.youtube.com/watch?v=bVoCZHkz5M0&ab_channel=CristianismeIJust%C3%ADcia)

Del Águila, L. (2015). La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector. En E. Salmón y R. Bregaglio (Eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 09-33). Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>

Fernández Sessarego, C. (2013). Breves reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del derecho. En:

<https://cendoc.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/article/download/418/421/>

Nario-Redmond, M. (2019) Ableism. The causes and consequences of disability prejudice.

En: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/book/10.1002/9781119142140>

Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (2014). *Observación General N° 1. Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.*

<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (2017a). *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Nueva York.

<https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/crpd/pages/crpdindex.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (2017b) *Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.* Nueva York.

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2Bt93Y3D%2Baa2q6qfzOy0vc9Qie3KjjeH3G53yo87aTpCuX4iwORwhAmVdhTpbXeWI1htlDAdOSMI4504A0o9ryj2LDjtU%2B39q%2F>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2020). Pleno. Sentencia 476/2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05048-2016-AA.pdf>

Palacios, A. (2010) I. La Ley 39/2006 a la luz del modelo social y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. En: M. C. Barranco (Ed),

*Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia desde la Convención de las Personas con Discapacidad.* (pp. 19-68). Editorial Dykinson.

Palacios, A. (2015). Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En E. Salmón y R. Bregaglio (Eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 09-33). Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>

Pluto Press. (2019). Tithi Bhattacharya. What is Social Reproduction Theory? En: <https://www.youtube.com/watch?v=Uur-pMk7XjY&t=9s>

Reaño, E. (2020). Capacitismo. En: <https://www.youtube.com/watch?v=mtoxU2Wnjs8>

Rodríguez, J. (2016). *Peligrosidad e internación en el derecho penal. Reflexiones desde el modelo social de la discapacidad.* Editorial Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2017/01/Peligrosidad-e-internacion-derecho-penal.pdf>

Smith, P. (2019). *La nueva ley de salud mental: ¿Un cambio de paradigma?* Ius 360. Recuperado el 30 de abril de 2020 de: <https://ius360.com/la-nueva-ley-de-salud-mental-un-cambio-de-paradigma/>

Torres, M. (2020.) *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid.

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 02480-2008-PA/TC. En: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008->

[AA.html#:~:text=En%20este%20orden%20de%20ideas,salud%20y%20a%20la%20integridad%20ps%C3%ADquica.](#)

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 00194-2014-PHC/TC-Arequipa. En: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00194-2014-HC.pdf>

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 05048-2016-PA/TC. En: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05048-2016-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 01004-2021-PHC/TC. En: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01004-2021-HC.pdf>

