

RAZONES PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA DE DISCAPACIDAD*

Renato Antonio Constantino Caycho

Renata Anahí Bregaglio Lazarte

1. INTRODUCCIÓN

La demanda social por una nueva Constitución no es reciente. Más bien, han sido varias las voces que lo han planteado con anterioridad. Sin embargo, la actual (y permanente) crisis política y las protestas han hecho resurgir la necesidad de pensar una nueva Constitución. En la academia ha habido pocas personas planteando la existencia de un momento constituyente y la necesidad de pensar una nueva Constitución. Una de las pocas excepciones ha sido la clara voz de Francisco Eguiguren. Desde declaraciones en el 2011 (Tribunal Constitucional del Perú 2011), pasando por entrevistas en diferentes medios de comunicación (Cisneros 2020; Redacción La Ley 2021), hasta un reciente video con repercusiones virales en el que indicó que la Constitución “ya fue” (LP Pasión por el Derecho 2023); Pancho —como lo llamamos quienes lo queremos— ha sido uno de los más tenaces y apasionados defensores de la exigencia moral de una nueva Constitución.

En este documento, no pretendemos sintetizar sus planteamientos —que se pueden encontrar en las referencias ya mencionadas—, sino más bien aportar a las ideas que sostiene: la necesidad de una nueva Constitución, desde el tema

* Los autores de este texto agradecen a los miembros del Grupo de Investigación Interdisciplinaria en Discapacidad – GRIDIS PUCP con los que se discutió el contenido del documento.

que es nuestra especialidad: los derechos de las personas con discapacidad. En tal sentido, en el presente documento plantaremos cuáles son los problemas que existen en la actual Constitución sobre los derechos de las personas con discapacidad. Luego de ello, abordaremos cómo la actuación del Tribunal Constitucional, que podría haber apostado por una interpretación más adecuada a las exigencias del colectivo, no ha ayudado a superar los problemas del texto positivo. Finalmente, plantaremos algunas directrices para el diseño de una nueva Constitución orientada a garantizar los derechos del colectivo de personas con discapacidad. Confiamos en que este esfuerzo puede contribuir de manera efectiva a la concretización y defensa del momento constituyente.

2. EL CAMBIO DE ENTENDIMIENTO EN LA DISCAPACIDAD Y SU NECESARIA CRISTALIZACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

La discapacidad es una realidad humana. No obstante, la manera como las sociedades han regulado las posibilidades de inclusión del colectivo de personas con discapacidad ha variado a lo largo de la historia. Estos cambios de paradigma es lo que se conoce como “modelos” de discapacidad. Esta propuesta teórica, de la profesora Agustina Palacios, plantea que, a nivel histórico, han existido tres fórmulas de entendimiento de la discapacidad: prescindencia, médico o rehabilitador y social (Palacios 2008).

A pesar de no estar plenamente superado, el modelo de la prescindencia se ubica en la Edad Antigua. De acuerdo con este modo de entendimiento, las personas con discapacidad, como su nombre lo indica, no son imprescindibles en la sociedad. Aunque la discapacidad no vaya a tener una explicación clara, existe un consenso social en torno a la falta de utilidad de estas personas. Esto genera que la única respuesta posible sea la exclusión social. Esta exclusión podía presentarse en diversos niveles. Por ejemplo, la exclusión en la Antigüedad podía darse como en Esparta, donde los niños con malformaciones eran arrojados por el monte, puesto que no se consideraban seres humanos útiles. Un nivel menor podía ser la separación de la persona con discapacidad del resto de la comunidad, como se practicaba en los Evangelios. Hoy en día, en una versión más moderada, el modelo de la prescindencia puede verse reflejado en los cientos de personas con discapacidad psicosocial institucionalizadas en centros de salud mental, que han vivido desde su nacimiento y vivirán hasta el día de su muerte en estos hospitales. De alguna manera, es la propia sociedad la que decide apartarlos de la sociedad, no convivir con ellos, porque no hay nada que puedan aportar.

En segundo lugar, el modelo médico o rehabilitador parte de explicar la discapacidad como una afectación a la salud, es decir como una “anormalidad”

frente a una forma correcta de ser persona. En esa línea, toda persona que calce en esta normalidad podrá ser plenamente integrada en la sociedad. Si tiene discapacidad, deberá curarse o rehabilitarse (normalizarse), para poder ejercer sus derechos. El resto de las personas —aquellas para quienes la rehabilitación no es una posibilidad— más que sujetos de derechos serán objetos de protección. Varias políticas de protección social referidas a personas con discapacidad asumen esta postura. Así, por ejemplo, la noción de incapacidad para el trabajo hace que la persona con discapacidad pueda acceder a una pensión, siempre que no trabaje (Bregaglio Lazarte *et al.* 2016). No se concibe la posibilidad de proveer accesibilidad o ajustes razonables en el espacio de trabajo.

Finalmente, en la actualidad, el entendimiento contemporáneo de la discapacidad responde principalmente al llamado *modelo social*. Este se desprende del texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)², que establece 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 demás³.

La clave de este modelo es sacar la discapacidad de la persona. Esta ya no es una condición intrínseca a la persona ni una enfermedad, sino una construcción social derivada de la interacción entre una deficiencia —o diversidad funcional según cierto sector de la doctrina (Palacios y Románach 2006)—, y una serie de barreras (físicas, sociales, actitudinales o legales) que la sociedad impone y que generan una restricción en el ejercicio de derechos (Oliver y Barnes 2012). Así,

una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad. Una incapacidad de hablar es una deficiencia, pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no están disponibles es una discapacidad (Morris 1991, 17).

² En vigor para el Perú desde el 2008.

³ Artículo 1 de la CDPD. De manera similar, la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973 dispone en su artículo 2 que entiende por persona con discapacidad a: “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”.

El cambio de paradigma sobre cómo entender la discapacidad, y sus posibilidades de inclusión, viene acompañado de un reconocimiento de subjetividad jurídica plena. Si la discapacidad la genera la sociedad, vivir en situación de discapacidad implica estar siendo restringido en el acceso y ejercicio de derechos por una deficiencia. Lo correcto, por tanto, es que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos (todos ellos), en igualdad de condiciones que el resto; y, por lo tanto, que la sociedad elimine las barreras para que ello ocurra. En ese contexto, autonomía y adaptación se vuelven términos relevantes y tienen consagración normativa en la CDPD.

Así, la idea de que la persona con discapacidad es autónoma para decidir sobre su vida y cómo ejercer derechos se ve materializada en el artículo 3.a) de la CDPD, que establece el principio de “a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”; y en el reconocimiento de capacidad jurídica regulado en el artículo 12 de la CDPD. Este artículo 12 es la columna medular de la CDPD y plantea que la capacidad jurídica (o capacidad de ejercicio) no puede ser restringida por motivo de discapacidad (Constantino Caycho y Bregaglio Lazarte 2022). En esa línea, el Comité de Personas con Discapacidad ha señalado la necesidad de abolir los regímenes de interdicción en tanto son formas de sustitución de la voluntad (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014a). Siguiendo este planteamiento es que Perú modificó en 2018 su Código Civil⁴, eliminando la interdicción por discapacidad.

Por otro lado, el deber de adaptación se ve plasmado en la obligación de los Estados de garantizar medidas de accesibilidad y ajustes razonables para adecuar los entornos materiales (infraestructura, transporte, comunicaciones, etc.) e inmateriales (procesos de atención, mallas curriculares, etc.), de forma tal que la deficiencia no sea la razón por la cual la persona con discapacidad no puede acceder y ejercer derechos. La accesibilidad, de acuerdo con el artículo 9 de la CDPD, implica

asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

En ese sentido, se trata de medidas de adaptación de un entorno arquitectónico (como ancho de puertas, rampas o altura de lavatorios), de transportes (como contar con buses con correas para asegurar sillas de ruedas o ingresos con

⁴ Decreto Legislativo 1384, publicado el 4 de setiembre de 2018 en el Diario Oficial El Peruano.

rampas) y de la comunicación e información (como el audiotexto o la lengua de señas). Estas adaptaciones permitirán que un número amplio de personas con discapacidad accedan y ejerzan derechos (por ejemplo, el que la información sea brindada en lengua de señas generará que la mayoría de las personas sordas pueda conocer el contenido del mensaje —no todas, pues algunas personas sordas no hablan lengua de señas—). Además, si bien las medidas de accesibilidad tienen que entenderse como programáticas o de cumplimiento progresivo, el hecho de saber que servirán a un número amplio de personas hace que sean plenamente obligatorias. En tanto manifestación del mandato de no discriminación, entidades públicas y privadas están obligadas a implementarlas (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014b, párr. 13).

Los ajustes razonables, por su parte, son definidos en el artículo 2 de la CPDP como

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.

Así, si bien son medidas de adaptación, a diferencia de la accesibilidad, los ajustes razonables no solo operan en el entorno arquitectónico, de transportes e información y comunicación. También pueden ser necesarios en entornos inmateriales, como el disponer que las audiencias judiciales de personas con discapacidad que tienen restricciones al movimiento se lleven a cabo en sus domicilios. Además, los ajustes razonables tienen una naturaleza *ad hoc*. No buscan beneficiar a un número amplio de personas, sino que se diseñan para una persona a quien, por ejemplo, la medida de accesibilidad no le es adecuada (por ejemplo, la persona sorda que no sabe lengua de señas y tiene que comunicarse a través de pictogramas). Finalmente, a diferencia de la accesibilidad, y justamente por su carácter *ad hoc*, los ajustes no podrán ser identificados con anticipación (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014b, párr. 25, 2018a, párr. 24). Será la propia persona con discapacidad la que los identifique y solicite, y la entidad (pública o privada) a quien hayan sido solicitados tendrán que evaluar si el ajuste resulta razonable o si genera una carga indebida. Por ejemplo, brindar atención preferente a una persona con discapacidad en un banco pareciera no generar ninguna carga indebida. Sin embargo, otorgarle un crédito sin intereses no lo sería.

Hoy en día existen voces críticas al modelo social, por poner demasiado énfasis en la deficiencia. Frente a este entendimiento, se propone entonces un “modelo de derechos humanos”, que busca visibilizar el fundamento de la

inclusión y abogar por una verdadera valoración de la diversidad, en vez de catalogar las condiciones específicas de las personas (Degener 2017; Palacios 2021). En nuestra opinión, sin embargo, el modelo social nos resulta adecuado para conceptualizar la discapacidad, pues, por un lado, comparte el fundamento de derechos humanos y, por otro, resalta la noción de “equidad” frente a una igualdad formal. Mirar la deficiencia (o cualquier otra diferencia) no es negativo. Lo negativo es ignorar la deficiencia y aplicar un modelo normalizador. Hablar de la deficiencia es necesario para identificar las adaptaciones que la persona requiere a efectos de lograr la meta: el ejercicio pleno de derechos.

A pesar de que la CDPD en el Perú tiene rango constitucional y debería ser de aplicación inmediata, la Constitución sigue manteniendo normas contrarias a al modelo que esta plantea. Si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido la necesidad de alinear la interpretación constitucional al modelo social, no fue sino hasta el 2015 que se hizo mención por primera vez a la CDPD como parámetro de interpretación constitucional (Verano *et al.* 2018), pese a que su entrada en vigor se dio en el 2008. Además, aunque el artículo 14 de la CDPD reconoce que no caben privaciones de libertad basadas en la discapacidad, el TC ha avalado por mucho tiempo las privaciones de libertad de personas con discapacidad psicosocial en centros psiquiátricos (Constantino Caycho 2021). Frente a ello, es posible decir que el Tribunal “tiene aún el reto de desarrollar el concepto de igualdad real de oportunidades en el caso de las personas con discapacidad mental” (Rodríguez Gamero 2020, 199).

Esta tarea, puede resultar compleja cuando existen normas en la Constitución que abiertamente se alinean a entendimientos previos de la discapacidad, sin asumir la verdadera subjetividad jurídica del colectivo de personas con discapacidad. En las siguientes páginas, analizamos cuáles son las normas constitucionales que resulta necesario modificar a efectos de una correcta implementación de la CDPD.

1.1. El artículo 7 y su excesivo énfasis en la protección frente a la autonomía

El artículo 7 de la Constitución indica:

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad[,] así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

La primera mención de las personas con discapacidad en la Constitución peruana está claramente relacionada con una visión médica de la misma. En

primer lugar, por el uso de la expresión “persona incapacitada”, que claramente posiciona a la discapacidad como un problema de la persona y como una condición que le quita agencia (la persona no está capacitada para velar por sí misma, es decir, para ejercer sus derechos).

En segundo lugar, a partir de esta idea de incapacidad, la norma pone como únicos deberes respecto del colectivo de personas con discapacidad la “protección, atención, readaptación y seguridad”. La atención y seguridad ciertamente tienen que ver con la regulación de políticas de cuidado; la protección con medidas de seguridad social; y la readaptación con la rehabilitación.

No obstante, debe tenerse presente que la materialización de las medidas de seguridad social hacia personas con discapacidad, en países como el nuestro, se dan a través de la figura de la invalidez. Esto responde a una mirada médica de la discapacidad, que incluso podemos encontrar en la Observación General 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008). Este instrumento dispone que la seguridad social está relacionada con la regulación de prestaciones sociales para otorgar protección contra:

- a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, *invalidez*, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) *gastos excesivos de atención de salud*; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos *y los familiares a cargo* (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2008)(el resaltado es nuestro)

Esta equiparación entre “protección social a personas con discapacidad” e “invalidez” no es exclusiva del derecho constitucional peruano. A nivel latinoamericano continental, nueve Estados⁵ tienen constituciones que poseen disposiciones sobre seguridad social con un enfoque similar. Esta aproximación no resulta *per se* incompatible con el modelo social de la discapacidad. Sin embargo, poner el foco de la protección en la invalidez y no en las medidas de adaptación que se requieren para que pueda trabajar (Devandas 2015, párr. 52), niega la agencia y empleabilidad a una persona con discapacidad e invisibiliza otras necesidades del colectivo. En esa línea, la protección social por discapacidad debiera fundarse en los sobrecostos que genera el vivir con discapacidad (Bregaglio Lazarte 2021, 26), antes que en la incapacidad para trabajar y generar ingresos.

Por otro lado, si bien la salud es un derecho de todas las personas, el que la Constitución solo mencione la dimensión de la rehabilitación, nuevamente

⁵ Bolivia (Artículo 45.II), Brasil (Artículos 201 y 203.4 y 5), Ecuador (Artículos 369 y 373), El Salvador (Artículo 70), Guatemala (Artículos 53 y 102), México (artículo 4), Panamá (Artículo 113), Uruguay (Artículo 67) y Venezuela (Artículo 86)

vira la atención en la cura o normalización de las personas con discapacidad, y no en una atención de salud integral. Esta problemática genera que este colectivo se vea excluido de varias prestaciones o que tenga muchos problemas para acceder a servicios generales al público (Aguerre *et al.* 2018; Constantino Caycho 2015). A nivel latinoamericano continental, son siete las constituciones de la región que visibilizan esta dimensión⁶, sin que ninguna hable de una atención de salud integral hacia personas con discapacidad.

Finalmente, las medidas de cuidados son necesarias para personas con movilidad reducida o personas con discapacidad intelectual, por ejemplo. Pero plantear adoptar estas medidas sin regular medidas de apoyo para la vida independiente generará seguir mirando a las personas que requieren cuidado o asistencia personal como objetos de protección, antes que como personas capaces de tomar decisiones autónomas y ejercer derechos si es que la sociedad se adapta.

A partir de lo anterior, debemos enfatizar que no negamos que las personas con discapacidad deban contar con medidas de protección social, de salud y con una política de cuidados y asistencia personal. Estos son derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, es necesario garantizar que la implementación de estas regulaciones no se traduzca en medidas paternalistas que limiten derechos y nieguen agencia. Para ello, antes que visibilizar dimensiones específicas de ciertos derechos para las personas con discapacidad (que genera la falsa idea de que solo esos son los derechos del colectivo), sería necesario que la Constitución pusiera atención en las medidas que se requieren para lograr el adecuado ejercicio de todos los derechos fundamentales. Esto implicaría dar reconocimiento constitucional a las medidas de accesibilidad y ajuste razonables. A nivel latinoamericano continental, por ejemplo, solo tres constituciones reconocen a la accesibilidad como un derecho fundamental⁷, y ninguna plasma la noción de ajustes razonables.

1.2. Restricciones a los derechos políticos y a la capacidad jurídica

De acuerdo con el Preámbulo de la CDPD, “las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente”⁸. En la misma línea, el artículo 3.c) reconoce el principio

⁶ Bolivia (Artículo 72), Brasil (Artículo 203), Colombia (Artículo 47), Ecuador (Artículo 47), Guatemala (Artículo 53), Nicaragua (Artículo 62) y Paraguay (Artículo 58).

⁷ Bolivia (Artículos 70.3 y 107), Brasil (Artículos 224 y 227), y Ecuador (Artículo 16 y 47)

⁸ CDPD. Preámbulo o).

de “participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”. Finalmente, el artículo 29 de la CDPD establece que las personas con discapacidad deben participar plena y efectivamente en la vida política y pública, directamente o a través de representantes libremente elegidos (artículo 29.a). Esto, señala la norma, implica, entre otras cuestiones, reconocer el derecho al voto secreto (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018b, párr. 89). Este reconocimiento al derecho al voto, debe leerse en concordancia con el reconocimiento de capacidad jurídica regulado en el artículo 12 de la CDPD desarrollado anteriormente.

No obstante, es importante tener presente que la eliminación de la interdicción por discapacidad del Código Civil no generó la restitución automática de capacidad jurídica de quienes al 2018 se encontraban bajo interdicción. Por el contrario, la norma estableció que debía iniciarse un proceso de restitución de capacidad jurídica⁹, que fue posteriormente regulado en una resolución administrativa del Poder Judicial¹⁰. El tener que iniciar un proceso judicial, sumado a lentitud con la que operan los juzgados en el Perú, ha generado como consecuencia que, al día de hoy, existan muchas personas aún sometidas a interdicción.

Frente a este escenario normativo, el artículo 33.1 de la Constitución hace pervivir la interdicción, señalando que el ejercicio de la ciudadanía se suspende, entre otros, por resolución judicial de interdicción. Esta norma, recogida de manera casi literal en artículo 10 de la Ley Orgánica de Elecciones de 1997¹¹, resulta directamente aplicable a las personas con discapacidad que tenían sentencia de interdicción al 2018, y no han podido acceder a la restitución de capacidad jurídica, pues estas personas son eliminadas del padrón electoral y no pueden votar. Un caso similar fue resuelto por el Comité Personas con Discapacidad, determinando la responsabilidad del Estado de Hungría por contener una disposición constitucional que restringía el voto de personas bajo interdicción¹². Como consecuencia de ello, el Comité solicitó al Estado modificar el marco constitucional e incorporar disposiciones que garanticen el acceso a medidas de seguridad y apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho al voto. En ese sentido, la derogación del artículo 33.1 resulta indispensable para permitir que este grupo de personas que por

⁹ Decreto Legislativo 1384. Segunda Disposición Complementaria y Final, y Primera Disposición Complementaria y Transitoria.

¹⁰ Resolución Administrativa N°046-2019-CE-PJ: Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad.

¹¹ Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones.

¹² *Communication No. 4/2011. CRPD/C/10/D/4/2011*, 2013

diversos motivos (falta de recursos, dilación indebida, desconocimiento de la norma, etc.) aún no ha podido obtener su restitución, no se vea privada de un derecho tan básico para ejercer ciudadanía¹³. Una verdadera ciudadanía inclusiva y plena no puede contener impedimentos para su ejercicio.

1.3. La vacancia por incapacidad moral y los problemas de su aplicación¹⁴

La CDPD reconoce a las personas con discapacidad el derecho a la participación política. Así, el artículo 29.a) de la CDPD señala:

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 (...).

La citada norma consagra, entre otros, el derecho a ser elegido representante y a ocupar un cargo público. Esto sería consistente con el derecho de acceso a la función pública reconocido por el Tribunal Constitucional¹⁵ también como parte de los derechos de participación política. Este derecho consagra “la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública”¹⁶ y comprende los derechos a acceder o ingresar a la función pública, a ejercerla plenamente, a ascender en la función pública y a las condiciones iguales de acceso, elementos que permiten el goce pleno y efectivo del derecho en cuestión.

Ahora bien, cuando se plantea el reconocimiento de este derecho a las personas con discapacidad en Perú, encontramos un problema normativo con el artículo 113.2 de la Constitución. Allí se puede encontrar que la vacancia presidencial procede por la “permanente incapacidad moral o física” del presidente de la república, “declarada por el Congreso”. Frente a la elasticidad de la interpretación, que permite usar la vacancia como “una suerte de ‘censura’ parlamentaria” (Eguiguren 2007, 240), varias voces han planteado que se entienda incapacidad moral como la incapacidad “mental”, siguiendo la intención

¹³ Un caso similar fue resuelto por el Comité Personas con Discapacidad, determinando la responsabilidad del Estado de Hungría por contener una disposición constitucional (*Communication No. 4/2011. CRPD/C/10/D/4/2011*, 2013)

¹⁴ Algunas de estas ideas han sido desarrolladas en Bregaglio Lazarte *et al.*, 2021

¹⁵ TC, Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC acumulados, 25 de abril de 2006.

¹⁶ *Íbidem*, fundamento 42.

originaria del legislador (García Chávarry 2013). Esta interpretación, generaría que quienes son susceptibles de ser vacadas sean personas con discapacidad psicosocial (por ejemplo, personas con Alzheimer o esquizofrenia), respecto de las cuales se asume que no tienen la competencia suficiente para dirigir un gobierno.

Frente a este reclamo interpretativo es necesario recordar que la interpretación originaria (Scalia 1997) no es el único método de interpretación. Dada la naturaleza dinámica del derecho, la interpretación puede variar o “evolucionar” —como lo hace la misma sociedad— y no quedar atada a una única interpretación (Guastini, 2010). Esta característica del derecho permite que se adapte a las circunstancias y a las necesidades de justicia (Guastini 2010). En esa línea, la equiparación de incapacidad moral con discapacidad, que en algún momento consideró una interpretación razonable, hoy resulta discriminatoria.

La aplicación del artículo 113.2, como plantea Cruces, busca permitir la gobernabilidad de un país cuando el Presidente ya no puede seguir en el cargo (2019, 262). Plantear, entonces, que la discapacidad en sí misma es inhabilitante, podría terminar siendo claramente discriminatoria. La indicación de que las personas con un diagnóstico médico son incapaces de gobernar es un prístino ejemplo de discriminación, pues se trataría de una diferencia en el ejercicio de un derecho basada en un motivo prohibido. Al respecto, es importante recordar que el Tribunal Constitucional ha indicado que el elegir y ser elegido es un derecho fundamental en una democracia. Al respecto, en el fundamento 22 de la sentencia recaída en el Expediente 30-2005-PI/TC señala:

La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales (...) entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes (...).

Por tanto, no es válido restringir el acceso al sistema democrático a ninguna persona por sus condiciones: ello incluye a las personas con discapacidad. Por el contrario, lo democrático es que el sistema establezca con claridad normas que permitan determinar en qué momento el presidente no puede tomar decisiones (por ejemplo, si está en coma) y que se prevean las fórmulas para su reemplazo.

En conclusión, la existencia de normas constitucionales incompatibles con la nueva visión de la discapacidad podría haber sido moderada por una actuación interpretativa que ayudase a actualizar la visión médica de la discapacidad existente en las normas.

2. CAMBIO CONSTITUCIONAL Y DISCAPACIDAD

Las líneas anteriores nos muestran que la actual Constitución no ha podido responder adecuadamente a las necesidades de las personas con discapacidad. Por el contrario, tanto en su sentido literal como en varias de sus interpretaciones, la Constitución ha servido para impedir el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad. Además, existen ausencias normativas que justifican interpretaciones alineadas a un modelo médico antes que a un modelo social. En ese sentido, para quienes escribimos estas líneas, es clara la necesidad de un nuevo marco constitucional que reconozca y proteja adecuadamente los derechos de las personas con discapacidad. Al respecto, deseamos plantear algunas ideas sobre un futuro proceso constituyente inclusivo y las normas que debería contener una Constitución inclusiva.

2.1. Una asamblea constituyente con participación de personas con discapacidad

Los sistemas jurídicos, por lo general, han excluido a las minorías y a los grupos no hegemónicos de la posibilidad de participar en la toma de decisiones colectivas. Por ello, mujeres, personas afrodescendientes, personas pertenecientes a pueblos indígenas y personas con discapacidad han sido excluidos de la toma de decisiones por diversas vías: exclusión de los padrones electorales, requisitos que configuraban discriminación indirecta (como el nivel educativo o el pago de impuestos) o el impedimento para ejercer cargos públicos. No obstante, dicha situación ha cambiado y en la actualidad, pasa como incuestionado el hecho de que todas las personas, superada la mayoría de edad, tengan derecho a votar y a postular a cargos públicos (Constantino Caycho 2018).

Sin embargo, la exclusión no solo ha sido formal. Existen imposibilidades fácticas que impiden la participación política de quienes han sido marginalizados. Por ello, son necesarias medidas que vayan más allá de la formalidad. La inclusión de estas personas, tradicionalmente excluidas, no tiene que ser vista como una dádiva o como una representación vacía de contenido. Incluir a las personas con discapacidad parte de reconocer su “autoridad epistémica (...) en los asuntos que implican comprender sus propias experiencias” (Marshall *et al.* 2020, 240). Es necesario escuchar a las personas con discapacidad y reconocer que solamente es posible desmontar las barreras de una sociedad capacitista “a través de los conocimientos aprendidos por sus propias experiencias de vida” (Marshall *et al.* 2020, 240).

Por ello, se deben tomar medidas para garantizar que la voz de estos colectivos se vea representada en los espacios de toma de decisiones. Así, por ejemplo, en diversos espacios se han utilizado acciones afirmativas como

cuotas. En el caso de algunos colectivos, para situaciones relacionadas con sus derechos, se ha planteado el derecho a la consulta (Constantino Caycho 2018). Consideramos que ambas herramientas tendrían que ser utilizadas en un futuro proceso constituyente. Siguiendo los planteamientos de Marshall, Ponce de León y Marchant (2020), y construyendo sobre ellos, consideramos necesarias las siguientes medidas en un proceso constituyente.

En primer lugar, una Constitución para todos y todas parte de la premisa de que todos y todas tenemos que ser parte de la discusión. Por ello, se requiere una ampliación completa del padrón electoral. Las personas con sentencias de interdicción que hoy no son parte del padrón tendrían que ser incluidas y poder votar tanto en la elección de miembros de la asamblea constituyente como en el referéndum de aprobación del texto constitucional. Esta inclusión del padrón tiene que ser formal y también efectiva. Por lo mismo, se requiere que las mesas de votación se instalen también en los lugares donde las personas con discapacidad residen por motivos de privación de libertad¹⁷.

En segundo lugar, resulta necesario que toda la información relacionada con el proceso constituyente se difunda en formatos accesibles, que incluyan el braille, el subtitulado, la lengua de señas peruana y el lenguaje adaptado. Esta obligación debe cumplirse tanto con respecto a la información oficial como la proveniente de partidos políticos. Adicionalmente, la instalación de la asamblea constituyente debe darse en un espacio físicamente accesible y acondicionado para las necesidades de personas con discapacidad. Asimismo, en este espacio se deberá garantizar que las personas con discapacidad puedan participar de los debates.

En tercer lugar, el llamado a una asamblea constituyente debe incluir cuotas específicas para personas con discapacidad. Es decir, necesariamente debe haber personas con discapacidad en la asamblea constituyente para intentar garantizar que sus intereses y perspectiva estén presentes en el debate.

Finalmente, el Reglamento de la Asamblea Constituyente debe incluir dentro de su funcionamiento un periodo de consulta a organizaciones de personas con discapacidad con respecto a los artículos que tienen que ver con los derechos de las personas con discapacidad. De esa manera se garantiza que su visión pueda estar presente en lo que les corresponde, como lo indica el artículo 14 de la Ley General de la Persona con Discapacidad y el artículo 4.3 de la CDPD.

¹⁷ En la actualidad, cientos de personas con discapacidad residen en centros de salud u otros similares, privados de su libertad por motivos relacionados con la discapacidad (Constantino Caycho 2021). Si bien su liberación podría ser compleja y motivo de debate, consideramos que si es necesario que se puedan expresar a través del voto.

2.2. Propuestas para normas sobre discapacidad en una nueva Constitución

Adicionalmente, en esta sección, queremos proponer algunas ideas sobre qué debería decir un nuevo pacto social que sirva para una sociedad inclusiva. Con ello en mente, proponemos los siguiente.

En primer lugar, llamamos a que la discapacidad sea incluida como un motivo prohibido de discriminación en la formulación que se haga al respecto. Tal artículo deberá indicar que la discriminación está prohibida en ámbitos públicos y privados. También tendría que reconocerse la posibilidad de que la discriminación ocurra por tener familiares con discapacidad, por ejemplo.

Adicionalmente, se requiere un artículo explícito sobre los derechos de las personas con discapacidad. Dicho artículo debe existir de manera autónoma, no como un colofón del derecho a la salud o la protección social. Al respecto, se debería indicar que la condición de discapacidad no debería ser limitante para el ejercicio de ningún derecho, como trabajo o voto. Además, en tal artículo se debe indicar las formas de garantizar los derechos de las personas con discapacidad: accesibilidad, ajustes razonables, reconocimiento de capacidad jurídica y erradicación de estereotipos (Bregaglio Lazarte 2021).

Finalmente, dada la forma en que el Tribunal Constitucional ha tratado la materia (Constantino Caycho 2021), se sugiere que en los artículos referidos a privación de libertad se incluya una prohibición explícita a su realización con motivos de discapacidad.

Una nueva Constitución para todos y todas es posible. Esperamos haber aportado a fundamentar la necesidad de una nueva Constitución y a ejemplificar todo lo que puede significar para poblaciones tradicionalmente marginalizadas.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aguerre, Ines M., Amy R. Riley-Powell, Caroline T. Weldon, Monica J. Pajuelo, Rosa A. Celis Nascimento, Anité Puente-Arno, Lilia Cabrera, Richard A. Oberhelman y Valerie A. Paz-Soldan. 2019. “‘Knocking on Doors that Don’t Open’: experiences of caregivers of children living with disabilities in Iquitos and Lima, Peru”. *Disability and Rehabilitation* 41(29): 2538-2547. <https://doi.org/10.1080/09638288.2018.1471741>
- Bregaglio Lazarte, Renata. 2021. *Marco legal de los derechos de las personas con discapacidad: América Latina y el Caribe*. Inter-American Development Bank. <https://doi.org/10.18235/0003816>
- Bregaglio Lazarte, Renata. 2021. *Manual con orientaciones técnicas para el adecuado procesamiento de casos de violencia de género en población con discapacidad en el marco del Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la*

- Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar*. Lima: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. <https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2021/09/Manual-con-orientaciones-tecnicas-para-el-adecuado-procesamiento-de-casos-de-violencia-de-genero-en-poblacion-con-discapacidad.pdf>
- Bregaglio Lazarte, Renata, Renato Constitino Caycho, Teresa Arce Coronel, Marcelo Castilla Báez, Javier Andres Ruiz Diaz, Claudia Alexandra Cosme Pinedo y Fabiana Andrea Chavez Arpi. 2021. “La causal de vacancia presidencial por incapacidad física y moral y su relación con discapacidad”. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos* 5(1): 8-26. <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/250/145>
- Bregaglio Lazarte, Renata, Renato Constantino Caycho, Saulo Galicia Vidal y Erick Beyá González. 2016. “Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez?”. *Derecho PUCP* 77: 291-321. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.012>
- Cisneros, Nicolás. 2020. “Francisco Eguiguren: Necesitamos una nueva Constitución, pero no tenemos la suficiente representatividad política para hacerla bien” [Entrevista]. *Revista Ideele*, 295. <https://www.revistaideele.com/2020/11/22/francisco-eguiguren-necesitamos-una-nueva-constitucion-pero-no-tenemos-la-suficiente-representatividad-politica-para-hacerla-bien/>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2008). *Observación general N° 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9)*. E/C.12/GC/19.
- Communication No. 4/2011. CRPD/C/10/D/4/2011, (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 9 de septiembre de 2013).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2014a. *Observación general N° 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. CRPD/C/GC/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2014b. *Observación general N° 2 (2014) Artículo 9: Accesibilidad*. CRPD/C/GC/2.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2018a. *Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación*. CRPD/C/GC/6.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2018b. *Observación general núm. 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención*. CRPD/C/GC/7.
- Constantino Caycho, Renato. 2015. *Rampas, camillas, pastillas y más*. Lima: Paz y Esperanza. <https://institutopaz.net/publicaciones/rampas-camillas-pastillas-y-mas/>
- Constantino Caycho, Renato. 2018. *La otra consulta: El derecho a la consulta de las personas con discapacidad*. Tesis de maestría en Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10041>

- Constantino Caycho, Renato. 2021. “¿Hogar, dulce hogar?: La privación de libertad de personas con discapacidad en casas particulares a partir de la sentencia Guillén Domínguez del Tribunal Constitucional peruano”. En *La Constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, editado por Elena Alvites Alvites, 1ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/176300>
- Constantino Caycho, Renato y Bregaglio Lazarte, Renata. 2022. “La compleja comprensión del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”. *Ius et Veritas* 64, 156-176. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.009>
- Cruces Burga, Alberto. 2019. “La interpretación constitucional de la vacancia del presidente de la república por incapacidad moral”. En *La vacancia presidencial: Una visión desde el derecho comparado*, editado por Domingo García Belaunde y Jhonny Tupayachi Sotomayor. Lima: Ediciones Olejnik.
- Degener, Theresia. 2017. “A Human Rights Model of Disability”. En *Routledge handbook of disability law and human rights*, editado por D. Blanck y E. Flynn Londres: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315612881>
- Devandas Aguilar, Catalina. 2015. *Derechos de las personas con discapacidad. A/70/297*. https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/297&Lang=S
- Eguiguren Praeli, Francisco. 2007. *La responsabilidad del presidente: Razones para una reforma constitucional*, 1ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García Chávarry, Abraham. 2013. La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional*, 18(18). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8962>
- Guastini, Ricardo. 2010. *Lecciones de teoría del derecho y del estado*. Lima: Communitas.
- LP Pasión por el Derecho. 2023. “Francisco Eguiguren propone consulta popular sobre una asamblea constituyente” [Video] (27 de enero). *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/es-este-un-momento-constituyente-para-el-peru/>
- Marshall, Pablo, Viviana Ponce de Leon y Eduardo Marchant. (2020). “Las personas con discapacidad en el proceso constituyente chileno”. *Anuario de Derechos Humanos*, 16(2), 235. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2020.58951>
- Morris, Jenny. 1991. *Pride against prejudice: A personal politics of disability*. Londres: Women’s Press.
- Oliver, Michael y Colin Barnes. 2012. *The new politics of disablement*. Londres: Palgrave Macmillan.
- Palacios, Agustina. 2008. *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca.

- Palacios, Agustina. 2021. “¿Un nuevo modelo de derechos humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones —ligeras brisas— frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social”. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(2), 12-42. <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/208>
- Palacios, Agustina y Javier Romañach. 2006. *El modelo de la diversidad la Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Ediciones Diversitas-AIES. http://www.diversocracia.org/docs/Modelo_diversidad.pdf
- Redacción La Ley. 2021. “Francisco Eguiguren: Tenemos fuerzas polarizadas que no quieren un diálogo, no quieren un mínimo de estabilidad”. *La Ley* (7 de diciembre). <https://laley.pe/art/12433/francisco-eguiguren-tenemos-fuerzas-polarizadas-que-no-quieren-un-dialogo-no-quieren-un-minimo-de-estabilidad>
- Rodríguez Gamero, Marco Alonso. 2020. “Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad mental: Una evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. *Estudios constitucionales* 18(1), 143-210. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000100143>
- Scalia, Antonin. 1997. *A matter of interpretation: Federal courts and the law*, editado por A. Gutmann. Princeton: Princeton Univ. Press.
- Tribunal Constitucional del Perú. 2011. “Constitucionalista Francisco Eguiguren plantea una Nueva Constitución”. *Tribunal Constitucional* (16 de mayo). <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/not-fd869c1650bed650d9899d-46c421e336/#:~:text=Eguiguren%20Praeli%20se%C3%B1al%C3%B3%20que%20en,para%20realizar%20la%20reforma%20constitucional>.
- Verano Calero, Cristina, Renato Constantino Caycho y Renata Bregaglio Lazarte. 2018. “Selección de jurisprudencia constitucional del Perú en materia de discapacidad desde la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos* 2(2). <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/120>