

Proceso: Acción de amparo presentada por los señores Jane Margarita Cósar Camacho, Marcos Antonio Segura Lozano y Juan Pérez Salas.

Expediente: 2437-13-AA.

Sumilla: Amicus Curiae de la Clínica de Acciones Públicas, Sección Discapacidad de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SEÑORES MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público, sección discapacidad de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha elaborado, en el marco de la acción de amparo presentada por Jane Margarita Cósar Camacho, Marcos Antonio Segura Lozano y Juan Pérez Salas, contra Supermercados Peruanos Sociedad Anónima – Plaza Vea, el siguiente informe (*amicus curiae*). Este documento es el resultado de un trabajo conjunto con los alumnos del semestre 2013-II.

El objeto de este *amicus* es contribuir en forma precisa a delimitar las consideraciones argumentativas que sostienen el modelo social y el enfoque de derechos humanos en relación a la discapacidad, en la lógica del proceso que es objeto de conocimiento por este tribunal. En este sentido, las consideraciones que justifican este documento provienen de la doctrina y de la jurisprudencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al mismo tiempo, su pertinencia y legitimidad tienen su base en el Derecho Constitucional.

Precisamente, la legitimidad de un *amicus curiae* desde la perspectiva del Derecho Constitucional, radica en el derecho al acceso a la justicia; y en el derecho a la participación democrática. En cuanto al acceso a la justicia, se debe destacar que una de las manifestaciones de ésta, radica en criticar, colaborar y/o absolver el uso del poder a cargo de los órganos públicos. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el *amicus* refleja una inquietud legítima de parte de un sector de la sociedad civil a fin de que el juzgador tenga a su alcance el mayor número de argumentos posibles a la hora de resolver la causa que motiva la intervención del *amicus*. Éste, a diferencia de los documentos ofrecidos por las partes, carece de fuerza probatoria. De este modo, la legitimidad de un *amicus curiae* no debe ser observada, como ocurre con los alegatos de las partes, de forma *ex ante*, sino *ex post*.

De otro lado, el *amicus* se relaciona con el derecho a la participación democrática pues constituye una forma de participación de la comunidad de intérpretes jurídicos. Ello tendrá mayor relevancia ante casos de interés público, donde el resultado afecta a la sociedad en su conjunto más allá de las partes pues existirá un impacto en el funcionamiento de las instituciones públicas y en los derechos ciudadanos.



I. Marco general para abordar la presente controversia: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y el derecho a la igualdad y no discriminación.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante, CDPD) es un tratado de derechos humanos que se adoptó el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. El Perú la ratificó el 30 de enero de 2008. La relevancia de la CDPD se debe a que consolida jurídicamente el modelo social de la discapacidad, en base al cual se asume, conforme a su artículo 1, que la discapacidad se produce como consecuencia de la interacción entre una persona que tiene una deficiencia física, sensorial, mental o intelectual con una o varias barreras que impiden su participación plena y en igualdad de condiciones que los demás en la sociedad. De esta manera, la discapacidad tiene su origen en "(...) las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social"¹, por lo que deja de ser solo una característica de la persona y pasa a ser un impedimento que genera el entorno social a personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Uno de los puntos centrales en base al que la CDPD sostiene tal definición de discapacidad es que dicho tratado reconoce en su artículo 12, a diferencia de la gran mayoría de códigos civiles de la región, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El reconocimiento de la capacidad jurídica es de suma importancia, puesto que permite que todas las personas con discapacidad, sin importar su deficiencia, puedan tomar decisiones con respecto a su vida en base a su propia voluntad. Ello guarda consonancia con el principio de autonomía, piedra angular de la CDPD establecido en el artículo 3 de dicho tratado.

Por otro lado, la Constitución del Perú en su artículo 2 reconoce el derecho a la igualdad a todas las personas. Asimismo, establece que no puede discriminarse ni por causa de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Como se hace notar este artículo de la Constitución deja la posibilidad de que puedan existir otras formas o circunstancias en los que la discriminación puede darse lugar, como lo constituye la discriminación por discapacidad. Asimismo, el artículo 3 de la antes referida tiene la característica de ser "numerus apertus", lo cual significa que la enumeración de los derechos establecidos en dicho 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.

Adicionalmente, la Constitución Política del Perú, en su artículo 55, ha reconocido el carácter imperativo de los tratados internacionales a los que nuestro país se encuentra suscrito. Además, de la lectura conjunta de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se reconoce que la Interpretación de los derechos constitucionales debe darse conforme a los derechos reconocidos en los tratados de los que el Perú es parte y de las decisiones adoptadas por los

¹ 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, pp. 452



tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En suma, conforme a lo antes señalado, sumado al rango constitucional que los tratados sobre derechos humanos tienen en nuestro ordenamiento jurídico,² se debe comprender la obligación que tiene el Estado peruano de interpretar los derechos que tienen las personas con discapacidad en el marco de lo establecido en la CDPD. Por ello, es importante precisar que la CDPD establece en su artículo 5 que el derecho a la Igualdad y no discriminación determina que:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad

De esta forma, es innegable que al ser CDPD un tratado internacional que busca promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (Art. 1 CDPD), es un documento dotado de esencial importancia, por lo que debe garantizarse el cumplimiento pleno de su contenido. En esa línea de pensamiento, a lo largo del presente escrito se realizará una interpretación conjunta de las normas de derecho interno conforme al ordenamiento jurídico internacional vinculado a la protección del colectivo de personas con discapacidad.

I.1 El derecho/principio a la accesibilidad

En efecto, la importancia de la accesibilidad universal es reconocida por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. La Convención sostiene que la accesibilidad involucra el goce de todos los derechos por parte de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás. En este sentido, la CDPD señala en su artículo 9:

“A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso 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,

² Tribunal Constitucional del Perú. Exp. No 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. 25 de abril de 2006. párr. 26.

tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

(...)

e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;”

La accesibilidad es uno de los principios que busca tratar la discapacidad. En este sentido, Rafael de Asís señala que este principio se entiende como la exigencia de la eliminación de obstáculos y barreras.³ El autor afirma que el concepto de accesibilidad se encuentra muy ligado al de barrera, entendida como cualquier obstáculo que impida o dificulte el acceso de las personas- en este caso con discapacidad- a algún ámbito de la vida social.

La accesibilidad, al ser condicionante del goce pleno de los derechos, se relaciona, a su vez, de manera específica con la vida independiente y con la participación plena en cualquier aspecto de la vida. De esta manera, la accesibilidad universal se entiende como una condición necesaria para el ejercicio de los derechos, como el derecho a llevar una vida independiente, lo cual se vincula estrechamente con el principio de autonomía de la persona con discapacidad al momento de ejercer sus derechos y, asimismo, se relaciona con el caso en cuestión.

Como señala el inciso e) del artículo 9 de la CDPD, la asistencia animal es considerada como una medida de accesibilidad, establecida para evitar que se vulneren los derechos de las personas con discapacidad, como lo es el de la vida independiente o autonomía.

“Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas:

(...)

e) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas **de asistencia humana o animal e intermediarios**, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible;” (resaltado nuestro)

De igual manera, la CDPD garantiza el derecho a la movilidad personal, generándose la obligación de los Estados de velar para que las personas con discapacidad puedan acceder a medios de asistencia de todo tipo, incluidos los de carácter animal.

En el espíritu de la CDPD, se entiende que las personas con discapacidad deben tomar sus propias decisiones (cuando sea necesario con la ayuda de un sistema de apoyos y salvaguardas), es decir, deben gozar del más alto nivel de autonomía. Para ello, es necesario que se les pueda brindar los mecanismos necesarios que puedan asegurar dichos derechos, como pueden ser, en el caso de las personas ciegas, los perros guías.

I.2 El principio de autonomía

³ De Asís, Rafael. “Sobre discapacidad y derechos”, Universidad Carlos III de Madrid

La CDPD, garantiza en su artículo 3 el principio de la autonomía individual. Dicho principio, adquirió verdadera dimensión desde el modelo social. De acuerdo con este principio, son las barreras sociales las que “discapacitan” a las personas con alguna deficiencia. Por ello, el modelo social busca reivindicar el papel de la autonomía individual en la posibilidad de desenvolverse de forma independiente dentro de la sociedad. Un efecto positivo derivado del derecho a vivir de forma independiente (artículo 19 de la CDPD) es el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, reconocimiento que resulta – como sostiene Francisco Bariffi – un cambio significativo introducido por la CDPD en su artículo 12.⁴ Este cambio deja atrás el modelo por el cual un tercero deba sustituir a la persona con discapacidad en la toma de decisiones y en la orientación de sus actuaciones; modelo cuya justificación descansaba sobre la supuesta correspondencia entre discapacidad y ausencia de capacidad jurídica.

Cabe destacar que el referido concepto de capacidad jurídica, consagrado en el artículo 12, “(...) incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y la facultad de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o en un sentido más general, de crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas.”⁵ Con esta concepción se termina por superar el modelo de sustitución en la toma de decisiones. Resulta pues que la esfera de autonomía de las personas con discapacidad ya no está delimitada por medidas paternalistas, propias del modelo médico – rehabilitador, ello en virtud de reconocer el ejercicio de su derecho a la libre determinación.

Como se ha venido afirmado, que la razón de este cambio de paradigma está en el reconocimiento del principio de autonomía de la persona con discapacidad. Sin embargo, es justamente en el ejercicio de la autonomía individual donde las personas con discapacidad encuentran las mayores limitaciones, barreras sociales y/o actitudinales, como sucede en el presente caso. Para cuya resolución deberá también considerarse la estrecha relación del derecho a vivir de forma autónoma con el derecho a la movilidad personal (reconocido en el artículo 20 CDPD). La concretización de ambos derechos, a la luz de la CDPD, debe evaluarse en términos de progresividad; en tal caso si existen herramientas que permiten un mayor desplazamiento autónomo (como la asistencia animal) deberán preferírselas sobre otras (como la alternativa de asistencia por parte de un tercero brindada por la entidad que vulneró los derechos de los señores Cósar Camacho, Segura Lozano y Pérez Salas).

Por tanto, cuando la entidad demandada alega cumplir con la norma especial, contenida en el artículo 32° del Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas, al impedir el ingreso de los perros guías; y con su Protocolo de Atención en Tiendas de Clientes con Discapacidad, al brindar el servicio de asistencia humana; no está haciendo otra cosa que desconocer el principio de autonomía individual. Es decir, con su actuar entiende que las personas con discapacidad son objetos jurídicos a los que hay que tutelar, que necesita de terceros que los deba orientar o guiar, imponiéndoles así una barrera que les impide desplazarse lo más independientemente que su deficiencia les permita sin

⁴ 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, Aranzadi, Pamplona, 2009. p. 3.

⁵ Bariffi, Francisco. Ídem p. 9



posibilitarles una asistencia acorde con la normativa internacional (asistencia animal), la cual apunta a maximizar su grado de autonomía. No se trata de establecer que estas personas deban desenvolverse sin necesidad de asistencia humana, sino que dicha asistencia se vuelva necesaria cuando la persona con discapacidad así lo manifieste o requiera.

Como se señaló, los perros guías no son mascotas, puesto que son perros de asistencia que cumplen con ciertas aptitudes que los convierten en idóneos para facilitar la autonomía de las personas con discapacidad y no invadir derechos de terceras personas. Impedir el ingreso de estos perros guías debería ser de carácter excepcional y justificado en una certera afectación al interés público (como la salud pública). Por ello, la aplicación del artículo 32 del Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas, no exime del análisis que debe realizar el órgano jurisdiccional sobre la verificación y constatación de la afectación a la salud e integridad de los clientes que produciría permitir el ingreso de perros guía a sus establecimientos, tomando en cuenta la particularidad de la situación: se trata de animales de asistencia adecuadamente adiestrados, no de mascotas.

En palabras de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, “[...] negar el acceso de dichos animales [...] implica necesariamente la negatoria (sic) de acceso a las personas con discapacidad y la consecuente violación a sus derechos fundamentales”⁶, ello incluye la transgresión al desarrollo de su autonomía en igualdad de condiciones.

II. Marco normativo peruano: Ley N° 29973 “Ley General de la Persona con Discapacidad”

La Ley N° 29973 “Ley General de la persona con discapacidad” fue publicada el 24 de diciembre del año 2012 en el Diario Oficial El Peruano. De esta manera, su artículo 1 regula la finalidad de la ley, cuyo texto es el siguiente:

“La presente Ley tiene la finalidad de establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica”.

Cabe señalar, que la Ley N° 29973 implementa en el ordenamiento jurídico peruano a la CDPD; y, de acuerdo al caso concreto, es necesario mencionar que dicha ley no se encontraba vigente en el momento de sucedidos los hechos; sin embargo, ese aspecto no perjudica en absoluto los argumentos aquí planteados, puesto que, como ya se mencionó, la Ley N° 29973 recoge las ideas expuestas en la CDPD, por lo que también es una herramienta para sustentar nuestra posición. Además, conforme al artículo 55 de la Constitución, la CDPD es vinculante para el Perú desde el 3 de mayo de 2008, por lo que se debe tener presente que los principios y derechos que regula de vienen siendo considerados por el Estado peruano desde hace ya varios años.

En este sentido, se debe precisar que la *ratio legis* de la norma es la protección y realización de los derechos de las personas con discapacidad, promoviendo su inclusión en la sociedad.

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia número 2001-08559.



Por ello, la Ley N° 29973 define que la discapacidad no es en sí un problema inherente de la persona, sino que las dificultades que enfrentan dicho colectivo resultan de la interacción de las deficiencias –física, mental, sensorial o intelectual- con las barreras que la sociedad les impone, que pueden ser legales, físicas, actitudinales o sociales.⁷

La importancia de esta norma radica en poder reconocer en el Perú a las personas con discapacidad como miembros plenos de la sociedad, partiendo de que la principal responsabilidad es que aquellos que no tienen discapacidad se adapten a sus necesidades y no al contrario. Se trata, pues, de reconocernos, todos, como agentes de integración, como partícipes en la tarea de la eliminación de barreras, y no ser simples espectadores que desconocen una realidad social. Por ello, el artículo 9.1 de la ley referida señala que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida y en igualdad de condiciones que las demás. La igualdad de condiciones a la que alude dicho artículo, tiene una intensa relación con la dignidad humana como fin supremo del Estado Constitucional y democrático de derecho.

Por otro lado, en su capítulo dos, la ley regula el derecho y principio de la accesibilidad, el cual es un aspecto de gran relevancia para garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Dicho principio/derecho también guarda estrecha relación con el derecho a la igualdad de condiciones mencionado anteriormente; ya que, tal como establece la norma, “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”.

La ley regula distintos aspectos de la accesibilidad, como por ejemplo, el acceso en viviendas, transporte público, medios de comunicación, entre otros. De esta manera, se busca facilitar el acceso de las personas con discapacidad a lugares concurridos por estas, contribuyendo, de alguna manera, con la reducción de barreras sociales que afectan el libre desenvolvimiento de la persona en sociedad.

En consecuencia, la promulgación de la Ley N° 29973 ha sido un nuevo hito que corrobora la obligación jurídica que tiene el Estado de garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo en comunidad de las personas con discapacidad, respetando su autonomía lo más posible.

III. Características del perro guía y su situación en el Perú.

El perro guía es aquel que por sus cualidades especiales presta sus servicios y ayuda a una persona con discapacidad. Los perros guía son animales de compañía que están sometidos, por razones de higiene y sanidad, a una serie de requisitos en las diferentes partes del mundo en el que está regulado su uso. Usualmente, los ordenamientos jurídicos les dan un tratamiento especial de manera que se los excluye de las prohibiciones que recaen sobre otros perros en materias como el transporte público, el acceso a establecimientos comerciales y otros. Los perros guías no son mascotas sino mamíferos de asistencia y utilidad dentro de la

⁷ La definición de la persona con discapacidad se menciona en el artículo 2.



sociedad, en especial para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la libre circulación de manera autónoma.

En el Perú, la ley que regula el uso de perros guías es la Ley N° 29830 promulgada el 06 de enero de 2012⁸, aunque hasta el día de hoy no se encuentra reglamentada. Ello genera una serie de dificultades y problemas para su aplicación. En primer lugar, no contempla una definición de perro guía. Además, si bien señala que debe existir un registro por parte del Consejo Nacional para la Persona con Discapacidad (CONADIS), no se estipula cómo hacer seguimiento a las exigencias sanitarias exigidas. Asimismo, no se especifican las obligaciones de los propietarios de los perros, ni los deberes del Estado y de privados para garantizar el empleo de los perros por las personas con discapacidad en lugares públicos más allá del enunciado genérico del artículo 1. La norma tampoco crea una política de fomento para facilitar el ingreso y el costo de los perros guías para su uso por las personas con discapacidad.

Actualmente, en el país, no existe ninguna organización que brinde perros guías a las personas con discapacidad. Por ello, entre otros motivos, solo existen tres perros guías, todos donados por “Leaderdog”, una organización estadounidense que ofrece este tipo de canes a las personas con discapacidad visual a fin de mejorar su movilidad, independencia y calidad de vida.⁹ Los perros son donados por dicha organización a título gratuito.

A pesar de existir problemas con la regulación actual y la falta de apoyo por parte del Estado para su promoción existen algunos pocos avances. Por ejemplo, el distrito de Jesús María, en el año 2011, reguló la situación de los perros guías en el área de su competencia por medio de la Ordenanza Municipal N° 375-MD-JM. Al respecto, señaló que la entidad encargada de fiscalizar que se cumpla lo recogido por La Ley del perro guía es la Oficina Municipal de Atención a la Persona con Discapacidad (OMAPED). Dicha fiscalización la realiza en coordinación con la Sub Gerencia de la Policía Municipal. Los perros guías deben estar identificados a través de un arnés o collar especializado, de manera visible y permanente. En tanto que el propietario del can tiene que contar con un carné que lo identifique como tal. Los propietarios de estos perros que residan en dicho distrito deberán tramitar una autorización que será otorgada por el Centro Médico Veterinario Municipal, donde se señala que el perro guía se encuentra debidamente acreditado por una escuela de entrenamiento.

No obstante, es necesario precisar que la falta de regulación no puede conllevar a una situación de desprotección, puesto que eso equivaldría a sostener que la falta de diligencia del Estado en adoptar las medidas pertinentes, permite que este vulnere derechos fundamentales. Ello sería contrario a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humano, puesto que, por el contrario, tal como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen la responsabilidad de generar un marco normativo adecuado para el respeto y disfrute de los derechos de todas las personas.¹⁰ Al respecto, la CDPD en su artículo 4, también recoge un razonamiento similar cuando señala que:

⁸ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de enero de 2012.

⁹ Ver: <http://www.leaderdog.org/espanol/preguntas-frecuentes.php>

¹⁰ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257. Párr. 335.

“(…) Los Estados partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención. (…)”

Por lo antes señalado, en el Perú, a pesar de la Ley N° 29830, no existe aún un marco normativo que regule la situación para el uso de perros guías, lo cual genera serias dificultades en la vida diaria de aquellas personas que requieren de estos animales para garantizar su libre desplazamiento. No obstante, esta carencia de regulación, al ser producto de la falta de diligencia del Estado, no puede ser excusa para impedir que las personas con discapacidad visual empleen a los perros guías como animales de compañía en sus acciones de vida diaria.

IV. El perro guía como medida de accesibilidad que debe ser garantizada de manera general

A continuación, se procederá a realizar un test de proporcionalidad; es decir, un juicio de ponderación que contribuya a fijar los criterios para resolver un conflicto relevante entre derechos/principios constitucionales.

Como ya se ha aseverado en acápites anteriores, la discapacidad no es el producto de “anomalías” o “fallas personales” sino de las barreras que se encuentran en la organización y las estructuras de la sociedad¹¹. Frente a ello, para el ejercicio igualitario de sus derechos, las personas con discapacidad -a diferencia de las que no tienen esta condición- necesitan que se tomen medidas específicas que garanticen el cumplimiento de sus derechos en el marco de un modelo social. De esta forma, se muestra imperante que el Estado peruano establezca disposiciones que les permitan, en paridad de oportunidades con las personas que no tienen una discapacidad, ejercer sus derechos a fin de tener la posibilidad de una vida digna.

Dicho objetivo se alcanzará, en algunas oportunidades, por medio del ejercicio del derecho/principio de accesibilidad antes reseñado. Además, la accesibilidad debe tener presente el principio de la autonomía de las personas con discapacidad y el derecho a la libertad de desplazamiento o movilidad humana, como es reconocido en el artículo 20 de la CDPD, en el cual se resalta la característica esencial del principio de la autonomía, al señalar que se “adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia”. En el ordenamiento jurídico interno se puede encontrar referencias a este derecho en el artículo 2.11 de la Constitución Política del Perú.

En el presente caso, lo dispuesto en el artículo 20 sobre la movilidad personal por la CDPD es de relevante valor pues es claro que el último fragmento de dicho artículo hace referencia a la autonomía que debe conservar una persona con discapacidad cuando se presenten barreras y tengan que tomarse medidas de accesibilidad. Es así que, en el caso, al ser el perro guía

¹¹ 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. p.104

una herramienta de apoyo para la movilidad personal de alguien con discapacidad visual, frente a una persona como guía, aquellos representan una opción que reafirma de forma manifiesta la autonomía de éstas personas con discapacidad visual respecto a la otra que es más perjudicial para la aplicación de dicho principio.

Por lo antes señalado, se analizará el test de proporcionalidad entre el derecho a la libertad de tránsito, previamente señalado, y el derecho a la salud. El derecho a la libertad de tránsito será interpretado sobre la base del derecho a la movilidad personal y los principios de autonomía, accesibilidad e igualdad y no discriminación reconocidos en la CDPD. Asimismo, el derecho a la salud, entendido desde la perspectiva de salud pública. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la salud es “entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.”¹²

De este modo, respecto al desarrollo del test de proporcionalidad, el primer paso es analizar la adecuación o idoneidad de la medida; es decir, la relación causa-efecto con los hechos del caso, puesto que el medio tiene que ser idóneo para garantizar el derecho en conflicto. Entonces, en el caso concreto se impide el acceso de los señores Cósar Camacho, Segura Lozano y Pérez Salas con sus perros guías al centro comercial Plaza Vea aludiendo que lo que se busca proteger es la salud de los clientes de dicho establecimiento. Es decir, se trata de limitar un derecho (libertad de tránsito) para proteger otro (salud). Así, vemos que si hay una efectiva relación causa-efecto entre la medida adoptada y la consecuencia que se busca resguardar, por lo que, efectivamente, al limitar un derecho se busca alcanzar un fin legítimo.

El segundo paso del test es analizar la necesidad; es decir, que no exista otra medida que afecte menos el derecho en conflicto. Al respecto, el personal de Plaza Vea alude que sí existe una medida alternativa o menos lesiva que consiste en brindar asistencia personal a las personas con discapacidad visual, en este los señores Cósar Camacho, Segura Lozano y Pérez Salas, de modo que puedan ingresar a dicho establecimiento guiada por una persona y no por un perro. De esta manera. No obstante, es necesario precisar que si bien esta medida pudiera ser menos gravosa desde la posición de una persona que no tiene discapacidad, puesto que igual se permitiría su ingreso, se debe considerar que las personas con discapacidad tienen el derecho a que su desplazamiento se realice de la manera más autónoma posible. En ese sentido, la posibilidad de actuar bajo asistencia humana y no animal, si bien permitía su libre tránsito, impedía que este se realice de manera autónoma. Por ello, dicha medida no era la menos gravosa, puesto que la que tenía dicha condición, era, precisamente, que les permitieran a los señores Cósar Camacho, Segura Lozano y Pérez Salas ingresar con sus perros guías. En este sentido, se debe tener en cuenta que el perro guía no es una mascota, es una forma de asistencia animal que está debidamente acreditado por una escuela de entrenamiento y facilita el acceso de las personas con deficiencia visual a instalaciones abiertas al público, por lo que su uso representa el respeto de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

¹² Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 2945-2003-AA/TC. 20 de abril de 2004. párr. 30.

Sin embargo, en caso que se considere que la medida planteada por Plaza Vea era la menos gravosa y por ello necesaria, pasaremos a analizar el tercer elemento del test de proporcionalidad, la proporcionalidad en estricto. Respeto al tercer paso, lo que se evaluará es la proporcionalidad en sentido estricto, que tiene que ver con determinar si hay equivalencia o coherencia entre la intensidad de la afectación del derecho/principio y la intensidad del beneficio del otro derecho/principio. Entonces, como lo que se busca es respetar el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho/principio, es necesario establecer un balance entre los efectos positivos y negativos que implican cumplir con una medida determinada.

De este modo, tenemos que el establecimiento comercial Plaza Vea busca proteger el derecho a la salud de todos sus clientes, lo cual es un fin legítimo. Para esto, al ver que los señores Cósar Camacho, Segura Lozano y Pérez Salas utilizan como apoyo para su movilidad a sus perros guías, impiden su ingreso aludiendo que el uso de dicho animal en su establecimiento va en contra de las leyes de sanidad y pone en peligro la salud de los consumidores. Como medida alternativa ofrecen brindar un apoyo personal a los demandantes como acompañamiento y guía durante su estadía en el centro comercial.

No obstante, pese a que existe una alternativa, como es el caso de la asistencia humana que favorece la accesibilidad, para así proteger el derecho a la salud y permitir el ingreso a los señores Cósar Camacho, Segura Lozano y Pérez Salas a Plaza Vea, lo que también se está haciendo es limitar la autonomía individual de dicha persona disminuyendo su capacidad de tomar sus propias decisiones y perjudicando su independencia. El pleno ejercicio de la libertad de desplazamiento en el caso de las personas con discapacidad tiene un vínculo indisoluble con la autonomía, de manera que se promueva la inclusión en sociedad, evitando la discriminación. Entonces, queda claro que el desplazamiento autónomo para los señores demandantes es poder movilizarse con sus perros guías y no aquel que requiere asistencia humana.

Dicho esto, teniendo en cuenta que lo que se busca es proteger el desarrollo de la autonomía individual en igualdad de condiciones, creemos que la medida de asistencia humana que Plaza Vea propone como opción impone barreras para brindar un pleno disfrute del derecho a la libertad de desplazamiento en relación con el principio de autonomía, generándose una situación de discriminatoria. Por ello, la asistencia humana genera mayores efectos negativos frente a los positivos, ya que el perro guía, por su entrenamiento, no representa una amenaza para la salud pública, mientras que su uso sí garantiza el pleno disfrute de la movilidad humana de las personas con discapacidad.

Por lo tanto, es necesario precisar que los perros que utilizaban los demandantes para desplazarse contaban con las siguientes características: no se trataban de mascotas, sino de perros guías; estaban debidamente identificados por sus arneses; recibieron un entrenamiento especializado en el extranjero, por lo cual tuvieron la certificación correspondiente; se encontraban con su bozal; y, finalmente, no mostraban ninguna señal de insalubridad. En ese sentido, a pesar de la falta de regulación sobre su cuidado y de la inexistencia de la ley que regulaba su uso en la época en que sucedieron los hechos, no habían condiciones que puedan suponer que la afectación a la salud de los usuarios del



supermercado sería tal, que cabría la posibilidad de limitar el derecho a libertad de desplazamiento de los señores Cósar Camacho, Segura Lozano y Pérez Salas.

Debido a los argumentos planteados, consideramos que la medida adoptada no supera el test de proporcionalidad en el aspecto de la necesidad. No obstante, en caso se asuma que la medida sí es necesaria, no es proporcional en sentido estricto, ya que se afecta gravemente el derecho a la libertad de tránsito -entendiendo este derecho en base a un enfoque de autonomía e igualdad de condiciones para las personas con discapacidad- en relación con la afectación menor que podría existir de derecho a la salud. Por ello, se puede afirmar que no permitir el acceso de las personas ciegas con su perro guía a todo tipo de establecimiento, incluidos los supermercados, como sucedió en el presente caso, genera barreras que impide el libre tránsito autónomo y accesible de este colectivo.

Renata Bregaglio Lazarte
Docente de la Clínica
CAL. 45323

Jean Franco Olivera Astete
Adjunto de docencia

Renato Constantino Caycho
Adjunto de docencia

Yamile Margot Cárdenas Del Río
Alumna de la Clínica

Andrea Belén Vega Talledo
Alumna de la Clínica

Pamelhy Isabel Valle Chalcatana
Alumna de la Clínica

Victoria Isabel Hernández Olivera
Alumna de la Clínica