



CLÍNICA JURÍDICA EN
DISCAPACIDAD Y DERECHOS
HUMANOS DE LA PUCP

HONORABLE MAGISTRADA
MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.

Asunto:
Intervención ciudadana de la Clínica Jurídica de Personas
con Discapacidad de la Pontificia Universidad Católica del
Perú como respuesta al Oficio No.1210.

Ref.: Expediente D-10813
Acción pública de inconstitucionalidad. Ley 1098 de 2006,
artículo 66 (parcial).

Actor: JEAN PAUL CUERVO DÍAZ

Respetada Magistrada:

Nosotros, Renata Bregaglio y Renato Constantino, en calidad de coordinadora y docente de la Clínica Jurídica de Personas con Discapacidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Adrián Lengua, en calidad de estudiante de derecho e integrante del mismo proyecto, identificada/identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos concepto técnico en el proceso de la referencia.

En ese sentido, el objeto del presente documento 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. Por ello, las consideraciones que justifican este documento provienen de la doctrina y de la jurisprudencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Asimismo, el análisis se concentrará en el cuestionado cuarto párrafo del artículo 66 de la ley 1098, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 66. Del consentimiento. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente.

Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el

adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

Para ello, se abordarán los siguientes puntos: (i) las obligaciones internacionales del Estado Colombiano con respecto a las personas con discapacidad; (ii) el derecho a constituir una familia de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial (iii) el principio de no discriminación por motivo de discapacidad y (iv) la necesidad de implementar un sistema de apoyos para este colectivo.

1. Discapacidad no es incapacidad: Las obligaciones del Estado colombiano a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Desde hace muchos años, las personas con discapacidad vienen sufriendo una larga historia de discriminación y exclusión por parte de la sociedad que no permite su pleno desarrollo en sociedad. Esto se debe a las inadecuadas actitudes y paradigmas que se atribuían a la discapacidad como condición social, donde era concebida únicamente como una enfermedad.

A fin de revertir esta situación, en la actualidad y a la luz del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante "DIDH"), se puede apreciar a nivel jurídico un cambio progresivo que busca reconocer a las personas con discapacidad como individuos y ciudadanos con iguales derechos y deberes a fin de que puedan desenvolverse libremente en nuestra comunidad.

En razón a esto, durante los últimos años se han acordado y publicado una serie de estudios, documentos e instrumentos que han cuestionado la situación y regulación normativa otorgada frecuentemente por los Estados. Así, tras varios debates, en el año 2006 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante "CDPCD").

Este tratado, en vigor para el Estado colombiano desde su ratificación en el año 2011, genera en los Estados parte el deber de proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y asegurar que gocen de plena igualdad ante la ley¹.

Es decir, desde la ratificación de este instrumento, el Estado colombiano ha asumido el compromiso y se ha hecho responsable de velar en el ámbito interno de su soberanía por los derechos de las personas con discapacidad y asumir todas las medidas que resulten necesarias para lograr los objetivos señalados anteriormente. En ese sentido, el Estado debe adecuar su marco jurídico y sus procedimientos a lo dispuesto por estos tratados, conforme al *modelo social*² para las personas con discapacidad³.

Este modelo realiza un cambio de paradigma, pues establece que la discapacidad no se define únicamente por las deficiencias físicas, mentales o sensoriales de la persona, sino que resulta de la interacción de estas con las diversas barreras que impone la misma sociedad. Es decir, las personas con discapacidad no son vulnerables en sí mismas, sino que son injustamente ubicadas en una situación de vulnerabilidad por la propia sociedad⁴.

De este modo, son víctimas de una sociedad *incapacitante* antes que víctimas de sus propias circunstancias individuales⁵. Por ello, el Estado colombiano tiene la responsabilidad⁶ y el deber de realizar todas las acciones pertinentes para eliminar todas las barreras a fin de que las personas con discapacidad puedan desarrollarse autónomamente en igualdad de condiciones⁷.

En consecuencia, todas las instancias del Estado colombiano tienen el deber de adecuar sus procedimientos, normativa y políticas interna a fin de cumplir con sus obligaciones internacionales. Ello, tomando en cuenta

¹ (i) Comité Para La Eliminación De Todas las Formas De Discriminación Contra Las Personas Con Discapacidad. *Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. OEA/Ser.LXXIV.3.1. CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1. (ii) Comité De Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad. *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. CRPD/C/GC/1.

² 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. 103-154.

³ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 133; y QUINN, Gerard y Theresia DEGENER. *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, documento HR/PUB/02/1, 2002, pág. 12

⁴ CIDH. Informe No. 63/99, Caso No. 11.427. *Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador*. 13 de abril de 1999, párr. 54 y *Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico (Paraguay)*. Medidas Cautelares N° 277-07. 29 de julio de 2008.

⁵ DE LORENZO, Rafael y Agustina PALACIOS. "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional". En: LAORDEN, Javier (dir.). *Los derechos de las personas con discapacidad*. Lerko, Madrid, 2007, pág.6.

⁶ NACIONES UNIDAS. "El camino a seguir: una agenda para el desarrollo que tenga en cuenta a las personas con discapacidad para 2013 y después de ese año". Informe del Secretario General, 2013.

⁷ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 293; y CIDH. Informe No. 52/13, Casos 11.575, 12.333 y 12.341, *Casos Clarence Allen Lackey y otros; Miguel Ángel Flores; y James Wilson Chambers Vs. Estados Unidos de América*. Fondo. Sentencia del 15 de julio de 2013

que, dado que este instrumento internacional posee la máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico colombiano al ser un tratado de derechos humanos⁸, cualquier regulación de rango legal o inferior que no sea acorde a los términos de la CDPCD, requiere ser reinterpretada a la luz de los nuevos términos que ha asumido el Estado en esta materia.

2. La prohibición de discriminación por motivos de discapacidad.

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra contemplado en diversos tratados de derechos humanos mediante disposiciones generales, normas de protección específica o de forma transversal a todo el instrumento. Además, debido a su relevancia, la obligación de igualdad y no discriminación ha adquirido la naturaleza de *norma de ius cogens* y, por ende, no admite restricciones ni pactos en contrario⁹.

Si bien ambos conceptos - la igualdad por un lado y el derecho a la no discriminación por otro - son difíciles de desligar debido a que forman elementos constitutivos de un principio básico relacionado con la protección de los derechos humanos; actualmente el mandato de no discriminación ha adquirido un sentido autónomo, específico y concreto. Al respecto, el Comité de Derechos de Humanos ha indicado que un acto discriminatorio se constituye cuando (i) se realiza de forma arbitraria una distinción, exclusión, restricción o preferencia; (ii) basada en motivos prohibidos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquiera otra condición social, y (iii) que tenga como objetivo o resultado el menoscabo en el goce o ejercicio de los derechos humanos¹⁰.

Cabe destacar que los motivos prohibidos, al representar condiciones sociales, se traducen en última instancia en la existencia de determinados grupos sociales que, debido a los patrones de exclusión que han sufrido por parte de la sociedad, reciben el nombre de "grupos en situación de vulnerabilidad". En razón a esto, si bien la condición de discapacidad no se encuentra prevista en las normas relativas a la discriminación de los tratados de derechos humanos generales, la CDPCD¹¹ y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIDPCD)¹² han establecido la inclusión de la discapacidad como motivo prohibido.

Como consecuencia de este reconocimiento y del modelo social, se entiende que toda imposición de una barrera u omisión de acciones para levantarla en perjuicio de las personas con discapacidad constituye un acto discriminatorio hacia este colectivo. Tomando esto en consideración, y a partir de lo estipulado por la CDPCD, se entiende que las normas o procedimientos de sustitución de voluntad que niegan el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debido a sus condiciones intrínsecas también configuran un trato discriminatorio¹³. Por ello, una normativa que no tome en cuenta la opinión de una persona con

⁸ Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

⁹ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 184.

¹⁰ Comité de los Derechos Humanos. *Observación General No. 18, no discriminación*. 1989.

¹¹ Arts. 2, 3 y 5 de la Convención de Personas con Discapacidad.

¹² Art. 1.2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Tratado en vigor para el Estado colombiano desde su ratificación en el año 2004 y parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

¹³ Art. 12.2 de la Convención de Personas con Discapacidad.

discapacidad y que sustituya su voluntad sobre el proceso de adopción de sus hijos, resulta claramente una afectación al derecho a la no discriminación.

3. El Derecho a la familia de las personas con discapacidad

Existe un consenso en los diversos instrumentos de los sistemas de protección de derechos humanos en que la familia debe ser considerada como un “elemento natural y fundamental” de la sociedad¹⁴. En ese sentido, desde el DIDH se han estipulado una serie de derechos y obligaciones que buscan tutelar este espacio de forma amplia y sin reducirse a un modelo tradicional de familia¹⁵, pues se reconoce que esta institución es un aspecto esencial en el desarrollo de las capacidades y autonomía de las personas.

En razón a ello, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de toda persona a constituir una familia y desarrollarse en la misma¹⁶. Además, como parte de este derecho, se ha enfatizado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida familiar¹⁷.

Por lo señalado anteriormente, la CDPCD también ha contemplado el deber de los Estados de garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en relación a la custodia, tutela, guarda y adopción de niños mediante mecanismos de asistencia apropiada en el desempeño de estas responsabilidades¹⁸. En ese sentido, siguiendo el modelo social, se busca expandir las libertades y capacidades de estas personas a partir de la eliminación de las barreras que la propia sociedad les puede imponer en este tema.

Ahora bien, es cierto que este tratado reconoce y toma en consideración que se debe velar al máximo por el interés superior del niño. No obstante, esto no puede avalar a que se descalifique a una persona con discapacidad intelectual o psicosocial de su capacidad para ser padre o madre solo en razón de sus características intrínsecas. Al respecto, la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha resaltado que “una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño”¹⁹.

En razón de lo anterior, se comete un acto de discriminación que impide el ejercicio del derecho a la familia de las personas con discapacidad cuando mediante una norma se establece una presunción de “incapacidad”

¹⁴ Art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); Artículo 17. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 15.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

¹⁵ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 146.

¹⁶ Art. 15.2 del Protocolo de San Salvador.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Forneron e hija vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 47.

¹⁸ Art. 23. Respeto del hogar y de la familia.- Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, supra nota, párr. 111 y *Caso Forneron e hija vs. Argentina*, supra nota, párr. 99.

frente a los padres con discapacidad intelectual y que omite su voluntad cuando existe un debate con respecto a la tenencia de sus hijos o hijas. De conformidad con las obligaciones internacionales del Estado, las personas con discapacidad deben ser tratadas de forma equitativa, por lo cual su desempeño como padres deberá ser evaluado en cada caso en concreto sin que la ley los prohíba o limite de forma absoluta y desproporcional, y sin que la discapacidad en sí misma sea el argumento para restringir la patria potestad.

4. Implementación de un sistema de apoyos.

Finalmente, el Estado tiene la obligación de garantizar la autonomía de las personas con discapacidad y que de esa forma puedan tomar sus propias decisiones. En razón a esto, existe el deber de implementar un sistema de apoyos y salvaguardas que permita garantizar el nivel más alto de autonomía para este colectivo²⁰. En ese sentido, además de eliminar toda norma que sustituya la voluntad e imponga decisiones sobre las personas con discapacidad, resulta necesario que se adopten mecanismos de apoyo para ellas con respecto a sus hijos o hijas, y de esa forma puedan ejercer sus deberes como padre o madre de forma adecuada. Por ello, un sistema de esta naturaleza que se base en el diálogo y la capacitación, es a todas luces una medida más garantista de los derechos humanos y menos gravosa con respecto a las personas con discapacidad.

Además, estos mecanismos también resultan más adecuados con lo estipulado por la Convención de los Derechos del Niño, ya que este instrumento estipula el deber de prestar asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza de los niños y niñas²¹, pues se reconoce el deber de los padres de criar a sus hijos o hijas y de procurar que la separación del núcleo familiar sea solamente excepcional, fundada en el interés superior del niño y mediante control judicial. En la misma línea, la Corte IDH también ha enfatizado la necesidad de favorecer el desarrollo y fortalecimiento familiar, mediante asistencia del poder público a los padres, en protección de los niños y niñas²².

En consecuencia, es necesario que el Estado colombiano adopte un sistema de apoyos para los padres o madres con discapacidad para lograr un verdadero desarrollo y tutela de derechos. La evaluación de la necesidad y el tipo de apoyo debe realizarse en cada caso en concreto, atendiendo al contexto y entorno de la persona, así como de sus circunstancias personales.

5. Recomendaciones

Por todo lo expuesto anteriormente, respetuosamente recomendamos:

- i. Se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 66 de la Ley 1098 al constituir una norma discriminatoria que afecta el derecho de las personas con discapacidad al derecho a la familia al prescindir de su voluntad durante el proceso de adopción de sus hijos.

²⁰ Arts. 12.3, 19.b y artículo 26 de la Convención de Personas con Discapacidad.

²¹ Artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño.

²² Core IDH. *Opinión Consultiva No. 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 2002, párr. 66.



CLÍNICA JURÍDICA EN
DISCAPACIDAD Y DERECHOS
HUMANOS DE LA PUCP

- ii. Se exhorte a las autoridades correspondientes a que implementen un sistema de apoyos y medidas de capacitación para garantizar la plena autonomía de las personas con discapacidad para ejercer sus deberes como madres o padres.

Renata Bregaglio
Docente de la Clínica
DNI: 40284989

Renato Constantino
Docente de la Clínica
DNI: 46049208

Adrián Lengua
Alumno e integrante de la Clínica
DNI: 47367172