

EL CONSUMIDOR CON DISCAPACIDAD: ENTRE AUTONOMÍA, DISCRIMINACIÓN Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA

*THE DISABLED CONSUMER: BETWEEN AUTONOMY, DISCRIMINATION
AND ADMINISTRATIVE JUSTICE*

María-Pía Guadalupe Díaz Díaz¹

Universidad de Turín

Turín, Italia

<https://orcid.org/0000-0002-4645-5591>

mariapia.gdiaz@gmail.com

Fecha de recepción: 17 de mayo de 2022

Fecha de aceptación: 07 de julio de 2022

Resumen

Las personas con discapacidad en el Perú, desde el reconocimiento de su plena capacidad jurídica, son partícipes directos en las relaciones contractuales de consumo para la satisfacción de sus deseos y necesidades. En este ámbito, la legislación se preocupa por garantizar su autonomía y accesibilidad; sin embargo, la discriminación aparece como un obstáculo. Este estudio explora el rol de los apoyos, ajustes razonables y la justicia administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales de consumo de personas con discapacidad. La metodología incluye el abordaje de doctrina, regulación normativa y jurisprudencia sobre la materia. Se concluye que los apoyos y ajustes razonables juegan un papel fundamental, aunado a la justicia administrativa del INDECOPI, en la remoción de los obstáculos de este escenario contractual, para la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad.

Palabras clave: Ajustes razonables, apoyos, capacidad jurídica, consumidor con discapacidad, discriminación

Abstract

Disabled people in Peru directly participate in contractual consumption relationships to satisfy their desires and needs based on a recognition of their full legal capacity.

1 Doctoranda en Derecho en la Universidad de Turín (Italia) y becaria por la misma universidad. Profesora de la Universidad de San Martín de Porres (Perú). Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla (España). Magíster en Estudios Interdisciplinarios de Género por la Universidad de Salamanca (España). Ex Becaria Universidad de Salamanca. Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia).
Cualquier mensaje con respecto a este artículo puede ser enviado al correo electrónico: mariapia.gdiaz@gmail.com

In this regard, law seeks to ensure their autonomy and access; nevertheless, discrimination appears as an obstacle. This study explores the role of support, reasonable adjustments, and administrative justice in the field of contractual consumption relationships of disabled people. The methodology includes addressing doctrine, legal regulations, and case law on the matter. The conclusion is that support and reasonable adjustments play a fundamental role, along with administrative justice by INDECOPI, in removing obstacles from this contractual scenario to fully include disabled people in society.

Keywords: *Reasonable adjustments, supports, legal capacity, consumer with disabilities, discrimination.*

“The first official aim of the International Year of Disabled People in 1981 was ‘helping disabled people in their physical and psychological adjustment to society.’ The real question is a different one. How far is society willing to adjust its patterns and expectations to include its members who have disabilities, and to remove the handicaps that are now imposed on their inevitable limitations?” (Shearer, 1981, citado por Oliver, 1981).

INTRODUCCIÓN

En el día a día, las personas con discapacidad presentan una infinidad de necesidades de productos o servicios que desean satisfacer y para lo cual deberán celebrar contratos de consumo. A partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad² (en adelante la Convención), aquellos Estados parte que la han ratificado deben cumplir con una serie de adaptaciones a su normativa vigente en lo referido a la capacidad jurídica. Entendida esta como un derecho inherente de todas las personas en razón de su condición humana, incluidas las personas con discapacidad, que comprende la capacidad para ser titular de derechos y de obligaciones y de poder ejercerlos efectivamente en todos los aspectos de la vida (Naciones Unidas, 2006, art. 12; Naciones Unidas, 2014, párr. 8, 13 y 14). Ello implica un reconocimiento en respeto de su dignidad inherente, su autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones y su independencia, además de otros principios de donde destacamos: la

2 Adoptada el 13 de diciembre de 2006, durante el 61º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entra en vigor el 3 de mayo de 2008, en la misma fecha también entra en vigor en el Perú, luego de haber sido aprobada por Resolución Legislativa N° 29127, de fecha 30 de octubre de 2007, y ratificada por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE, de fecha 30 de diciembre de 2007.

participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la accesibilidad y no discriminación (Naciones Unidas, 2006, art. 3). Cabe señalar que la Convención, en su artículo 1, cuando se refiere a personas con discapacidad, incluye a los diversos tipos como son aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales.

No se trata entonces únicamente de un mero reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino de la adaptación de todo un sistema que permita el ejercicio efectivo de esa capacidad en el terreno de la realidad. De hecho, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014) ha indicado que “La capacidad jurídica es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad” (párr. 13). De esta manera, la misma Convención se preocupa por establecer los mecanismos necesarios para tales efectos. Tal es así que en el artículo 12 el que se refiere al igual reconocimiento como persona ante la ley, se recoge la obligación de los Estados de proporcionar el acceso a los apoyos que puedan necesitar para este propósito (Naciones Unidas, 2006, art. 12), de manera que se vinculan “apoyos” con el “ejercicio de la capacidad jurídica”.

En la misma línea, pero con carácter general, la Convención acoge los ajustes razonables³, con la finalidad de garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, cuando se requieran en un caso particular y no impongan una carga desproporcionada o indebida (art. 2). En este caso, se vinculan los “ajustes razonables” con el “ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, de manera que se trata de un deber autónomo de los Estados de carácter positivo que impregna la entera Convención (Favalli, 2021, p. 133), y más allá, inclusive a todos los instrumentos sobre derechos

3 Los ajustes razonables como son conocidos actualmente, tienen como antecedente remoto su aplicación en el ámbito laboral, como se encuentran en la “Recomendación sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos”, aprobada por la OIT el 22 de junio de 1955, que comprende el suministro de medios con la finalidad de reintegrar a las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo y que conserven un empleo adecuado (OIT, 1955, art. 1). Años más tarde, se adoptaría el Convenio 159 de la OIT sobre “Readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)” como instrumento internacional jurídico vinculante que reconoce la obligación de los Estados de aplicar medidas positivas especiales para la igualdad de trato de trabajadores con discapacidad, para lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo (OIT, 1983, arts. 4 y 7). Este Convenio ha sido utilizado en la jurisprudencia constitucional peruana para justificar la implementación de medidas positivas/ tratamiento especial para el desenvolvimiento y permanencia en el ámbito del trabajo en favor de personas con discapacidad y evitar los despidos por su condición (Tribunal Constitucional del Perú, 1999, fj. 7 y 8). En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (OEA, 1999), es el primer tratado internacional dedicado a la tutela de las personas con discapacidad (Favalli, 2021, pág. 81), sin embargo no hace referencia a los ajustes razonables o medidas positivas. En el ámbito europeo, se resalta la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea donde se reconoce expresamente la obligación de proveer ajustes razonables en el ámbito del empleo a las personas con discapacidad (Unión Europea, 2000, Art. 5). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una reciente decisión, ha señalado que los ajustes razonables contenidos en la Directiva antes señalada, también implican la recolocación de un trabajador con discapacidad en otro puesto de trabajo donde disponga las competencias antes de proceder a la extinción del contrato (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2022).

humanos. Encuentra conexión también con el principio-derecho de igualdad y no discriminación (Naciones Unidas, 2006, art. 5.3), donde su denegación puede constituir discriminación fundada en la discapacidad⁴ (Naciones Unidas, 2006, art. 2).

El ejercicio de la capacidad jurídica no se puede analizar sin un principio – derecho fundamental en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, el cual es la accesibilidad (Naciones Unidas, 2014, párr. 37). Ya que es regulada como principio, vemos que impregna la entera Convención, de tal manera que los mecanismos antes señalados de ajustes razonables y apoyos deben ser interpretados, aplicados y ejecutados en línea con la accesibilidad. Ésta persigue un objetivo similar al de los ajustes razonables, eliminar las barreras de acceso que les permitan participar en la sociedad en condiciones de igualdad; sin embargo, la diferencia radica en su carácter general, como la obligación de los Estados de identificar los estándares de accesibilidad comunes a la sociedad y ejecutarlos gradualmente (Favalli, 2021, pág. 51 y 134; Naciones Unidas, 2014, párr. 25), con la finalidad de hacer que la sociedad sea accesible para todos los seres humanos (Naciones Unidas, 2014, párr. 16). De hecho, con la accesibilidad se benefician, más allá de las personas con discapacidad, las personas adultas mayores, las personas con algún grado de analfabetismo, las personas sin instrucción, entre otras similares, y tal accesibilidad hace que una sociedad sea más inclusiva.

La Convención individua las categorías generales de accesibilidad como: el acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones (art. 9), de manera que irradia un campo de acción bastante amplio que incluye asuntos como: acceso a las tecnologías y servicios electrónicos (Santillán Santa Cruz, 2022), la accesibilidad cognitiva (Jiménez Artacho, 2022), la accesibilidad en el etiquetado de productos (Pérez Sánchez, 2022; Fernández, 2022), entre otros. La accesibilidad es entendida como una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente (ex ante); es decir, que sea parte del diseño

4 Cabe agregar que la denegación de ajustes razonables, como un tipo de discriminación, fundada en la discapacidad, tiene como antecedente remoto en el ámbito de las Naciones Unidas, la Observación General nro. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, titulada Personas con discapacidad (Naciones Unidas, 1994, párr. 15). Cabe agregar que, en el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999) aunque su artículo 1.2 no hace mención expresa a medidas positivas o ajustes razonables, así como tampoco a una discriminación por la denegación de estos, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aquella prohibición de discriminación comprende la discriminación indirecta. Igualmente, en el ámbito europeo la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea, no prevé de manera expresa la denegación de ajustes razonables como un tipo de discriminación autónoma fundada en la discapacidad, sin embargo, ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha valorado que esta negativa sirva para decidir en los casos de discriminación indirecta, sí recogido en la Directiva (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2019, párr. 71 y ss).

universal de la sociedad y, cuando se requiera alguna adaptación en un caso particular, entran a tallar los ajustes razonables (ex nunc) (Naciones Unidas, 2014, párr. 25 y 26), los cuales son una obligación de realización inmediata (Favalli, 2021, p. 134). Lo que no descarta que se apliquen ajustes razonables en casos particulares como medio para garantizar la accesibilidad, a modo de justicia individual (Naciones Unidas, 2014, párr. 26), en atención a su carácter progresivo, las medidas de accesibilidad no se lograrán en un corto periodo; sin embargo, los ajustes razonables sirven para avanzar en su implementación en los casos concretos que se requieran.

El reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad y los mecanismos para su correcto ejercicio, como son los apoyos y ajustes razonables dentro de un marco de accesibilidad, han venido insertándose en la normativa peruana de manera progresiva. Una tarea que inicialmente fue cumplida en parte gracias a la Ley 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad⁵ y su Reglamento aprobado mediante D.S. 002-2014-MIMP⁶; sin embargo, ha sido el Decreto Legislativo 1384 que modifica el Código Civil entre otras leyes, donde reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad y regula los sistemas de apoyo y ajustes razonables para tales efectos, aunado a normativa complementaria⁷.

Estamos ante el desafío del reconocimiento de un nuevo sujeto pleno de derechos que es la persona con discapacidad, por lo que el ámbito del derecho privado se enfrenta a la necesidad de experimentar cambios que consisten, principalmente, en dar una nueva mirada al sujeto de derechos en la relación contractual de consumo, reconociendo su plena capacidad jurídica en respeto de su dignidad, autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones y su independencia. Con ello, nos referimos a una mirada amplia y sin discriminación, mediante la cual se logre reconocer e incorporar a las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces para celebrar actos jurídicos en este ámbito.

-
- 5 Principalmente la Ley en su Art. 9 establece el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, aunque en este punto deja la tarea al Código Civil la regulación de los sistemas de apoyo y ajustes razonables para la toma de decisiones. En el art. 50 reconoce el derecho a los ajustes razonables en el ámbito del trabajo.
 - 6 El reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, regula en su art. 3, numeral 3.31. la definición de sistemas de apoyo, asimismo en el art. 8 refuerza el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad haciendo referencia a la Ley y al Código Civil. En el art. 52 regula sobre el otorgamiento de ajustes razonables en los procesos de selección.
 - 7 Tales como: el D.S. 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, de 25 de agosto de 2019; también el D.S. 007-2021-MIMP que aprueba la Política nacional multi-sectorial en discapacidad para el desarrollo al 2030, de 5 de junio de 2021; y la R.M. 347-2021-MIMP que aprueba el Protocolo para otorgar ajustes razonables a personas con discapacidad para la manifestación de su voluntad en actos que produzcan efectos jurídicos, de 20 de diciembre de 2021.

No es un tema nuevo que las personas con discapacidad sean partícipes en el tráfico jurídico privado, por el contrario, siempre han estado presentes, pero de forma casi invisible, sin considerar su voluntad, sin reconocerles su capacidad jurídica (Marín Calero, 2005, p. 46). De hecho, durante años, se ha ido avanzando en su autonomía en varios aspectos de la vida, sin embargo, esa autonomía no ha tenido continuidad en el Derecho Privado, de donde se les ha apartado y marginado bajo pretextos como el de su propia seguridad (Marín Calero, 2005, p. 33).

Actualmente, a partir del cambio de la normativa que ha impactado también en el derecho privado peruano, como señalamos en líneas precedentes, cada vez serán más las personas con discapacidad que contraten bienes o servicios por sí mismas para satisfacer sus necesidades, deseos y preferencias (Jimenez Artacho, 2022), debido a que el consumo impregna toda nuestra vida, la de cualquier persona (Abella & Gonzáles Huesa, 2022). Sin embargo, la otra cara de la moneda, será que, en este espacio, estarán más expuestas a diversas situaciones de discriminación por su condición de discapacidad. De hecho, como apunta Mezzasoma (2015), ya de por sí, en el ámbito contractual, se habla de un desequilibrio en las negociaciones, sobre todo cuando se trata de la distribución al público de bienes o servicios (p.189). Por lo que la protección de la persona con discapacidad como consumidora cumple una función esencial para su integración y promoción en la sociedad, donde el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad intelectual (en adelante Indecopi) tiene la principal responsabilidad por ser el ente especialista e inmediato en el juzgamiento de estos casos para la corrección de los escenarios del consumo.

La Discriminación en el ámbito del consumo

No podemos referirnos al consumidor con discapacidad, sin hacer mención previamente a la discriminación. Ya es conocida la regulación de la prohibición de discriminación a nivel internacional dentro de los diversos tratados de derechos humanos, así como su regulación constitucional en el Perú establecida en el artículo 2, el cual va anexado con el derecho a la igualdad ante la ley, cuando señala: “Toda persona tiene derecho (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. En palabras del Tribunal Constitucional (2005), “Cuando la desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y por tanto frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable” (fj. 2).

Para ahondar solo un poco más en los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación, el Tribunal Constitucional citando la Opinión Consultiva 4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) reconoce que este derecho no significa que todos seamos tratados de la misma forma en todo tipo de situaciones, sino que “la igualdad jurídica presupone dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es”; es decir, se afecta el derecho, ante un trato desigual frente a situaciones sustancialmente iguales, a lo que denomina *discriminación directa, indirecta o neutral*; y también, cuando se aplica un trato igualitario a pesar de estar frente a situaciones sustancialmente desiguales, a lo que se denomina *discriminación por indiferenciación* (Tribunal Constitucional del Perú, 2014, fj. 6).

Respecto a esta última forma de discriminación denominada “por indiferenciación”, como lo ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional, se extrae la defensa de la aplicación de un trato diferenciado ante situaciones desiguales, que se aplica principalmente en contextos que involucran grupos en especial situación de vulnerabilidad de ahí que responde a una justificación objetiva y razonable. En el caso de personas con discapacidad, podemos referirnos a un trato diferenciado cuando se hace necesaria la adecuación del entorno, por medio de “ajustes razonables”, por los cuales se busca remover los obstáculos y colocar a las personas con discapacidad en una situación de “igualdad” o “paridad” con el resto que les permita el goce y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones. Tal como sucedió en el caso del Expediente 2437-2013/PA-TC, sobre acción de amparo contra Supermercados Peruanos S.A., donde se ordenó que permitiera el ingreso de personas con discapacidad visual acompañadas de sus perros guía, a sus supermercados.

Asimismo, como analizamos en un trabajo anterior (Díaz Díaz, 2021), la afectación de derechos fundamentales no es exclusiva del Estado, sino también es posible que provenga de otros particulares, de los cuales también podemos exigir su respeto, a esto se denomina la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (Tolé Martínez, 2004; Carpio Marcos, 2003; Landa Arroyo, 2014; Vivas Tesón, 2017, pp. 27-35; Vivas Tesón, 2021, pp. 206-207). De conformidad con el artículo 38 de la Constitución, se señala que “Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir y defender la Constitución”, al respecto el Tribunal Constitucional (2005) ha concluido que de este artículo “[...] se desprende que los derechos fundamentales vinculan no solo a los poderes públicos sino también a los particulares. En consecuencia, también al interior de una institución, en principio privada, como puede ser una Asociación, se impone el deber de respetar los derechos

fundamentales” (fj. 2). En concordancia con ello, también podemos agregar el artículo 65 que hace referencia a la protección de los consumidores, cuando señala: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios [...]” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 65).

Entonces, cabe totalmente una afectación de derechos en el ámbito del derecho privado, esto es, una afectación proveniente de particulares, ya sean personas naturales o jurídicas. Es el ámbito del consumo uno de los espacios más recurrentes donde se vulnera el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. De hecho, antes de la reforma de 1998, la protección del consumidor ante la discriminación en el Perú no estaba tan desarrollada, a pesar de su regulación en la Constitución (art. 65), esta se leía todavía separada del derecho privado, de ahí que había una especie de tolerancia a la discriminación que realizaban los establecimientos privados bajo “el derecho de elegir a sus clientes”; esto trajo consigo sendas denuncias a raíz de las prohibiciones de ingreso a locales nocturnos por motivos principalmente raciales (Delgado Capcha, 2020, pp. 23).

Dicho esto, el principal antecedente de la prohibición de la discriminación en el consumo en el Perú aparece en 1998, con la Ley 27049 que lo reconoce e incorpora al Decreto Legislativo 716 Ley de Protección al Consumidor. El cumplimiento de esta primera Ley de Protección al Consumidor que data de 1991 pasa a formar parte de las funciones del Indecopi con su creación en 1992, específicamente a cargo de la Comisión de Protección al Consumidor. Actualmente, ya derogada, esta Ley es la antecesora del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código), aprobado mediante Ley 29571 vigente desde octubre de 2010, que regula la prohibición de discriminación por motivo “[...] de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole [...]”, asimismo, señala que todo trato diferente debe obedecer a causas objetivas y razonables (art. 38).

De acuerdo a la línea de lo señalado por el Tribunal Constitucional como anotamos en párrafos precedentes, estaremos frente a un acto de discriminación en el consumo, cuando efectuada una distinción de trato, esta no obedezca a causas justificadas. Y es que la libertad contractual, que incumbe tanto la libertad de contratar por la cual se decide cómo, cuándo y con quién se contrata; y la libertad contractual por la cual se determina el contenido del contrato⁸, como todo derecho constitucional, no está exenta

8 Se debe hacer referencia a los artículos 2 numeral 14 y 62 de la Constitución Política del Perú que señala: Artículo 2.- “*Toda persona tiene derecho: [...] 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.*”. Artículo 62.- “*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u*

de límites dentro de un Estado social y democrático de derecho. Y son: el orden público y otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos (Landa Arroyo, 2014). Entonces la regulación de la prohibición de la discriminación en el consumo constituye uno de los límites a esa libertad contractual que se sustenta en la premisa de que los derechos de las personas también deben estar garantizados en el ámbito jurídico privado (Vivas Tesón, 2021, pp. 205-206; Vivas Tesón, 2021a).

La discriminación de personas con discapacidad: breve repaso histórico

Se ha dejado medianamente claro el terreno de la discriminación y su prohibición regulados también en el derecho privado de consumo peruano, ahora, incluir el tema de las personas con discapacidad en este ámbito no es complejo. Este grupo conforma uno de los colectivos, que, sin quitar importancia a los otros, resulta ser el de los más vulnerables con una larga data de discriminación histórica. Podemos agregar brevemente que, dentro del modelo tradicional, más conocido como de la “prescindencia” (Palacios, 2008, p. 26), se aplicaron dos formas de exclusión de personas con discapacidad: la eugenesia y la marginación (López Bastías, 2019, p. 838). Un ejemplo de la eugenesia fue lo sucedido en Esparta donde se legitimaba el infanticidio de recién nacidos con discapacidad de acuerdo a las Leyes de Licurgo (siglo IX A.C.), donde pensadores griegos como Platón y Aristóteles estaban de acuerdo con su eliminación (López Bastías, 2019, p. 838). Sobre la marginación, la tenemos en la Edad Media, época en la que se consideraba que padecían de un castigo divino que reflejaba los pecados en el cuerpo, como consecuencia de ello la gran parte moría como resultado de omisiones asistenciales, de lo contrario, recaían en la mendicidad, eran objeto de diversión y apelaban a la caridad (Palacios, 2008, p. 54 y ss).

Posteriormente, con el modelo denominado “médico o rehabilitador” desde principios del siglo XX, a raíz de los miles de soldados mutilados durante la Primera Guerra Mundial, se llegó al entendimiento de que las personas con discapacidad padecían una enfermedad y que podían ser tratadas, luego de lo cual la persona podía tener algo que aportar a la comunidad, aquí toma lugar su institucionalización (Velarde Lizama, 2012) o más bien su reclusión y apartamiento de la sociedad (Hernández Ríos, 2015). Con la revolución industrial, aparecen las limitaciones a las personas con

otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

discapacidad, como fueron las políticas de control de la migración, con la prohibición expresa de entrada en países extranjeros, siendo una realidad que se extendió hasta Brasil durante el siglo XX (Da Silva Gomez Ribeiro, Moio, Bovkalovski, Chizini Chemin, & Corradi-Perini, 2019).

Con la llegada del capitalismo industrial, las políticas y prácticas discriminatorias se institucionalizan y con ello también las corrientes de pensamiento como el utilitarismo liberal, el darwinismo social y el eugenismo (Favalli, 2021, p. 6). Poco después, en el periodo de la segunda guerra mundial, las personas con discapacidad fueron incluidas en las políticas eugenésicas que tuvieron lugar como parte de la “higiene racial” que se perseguía para “limpiar” la sociedad alemana de personas vistas como amenazas a la salud de la nación⁹. Políticas que iniciaron con su esterilización y la prohibición de contraer matrimonio, que luego daría lugar a su asesinato catalogados como “indignas de vivir”, fueron víctimas también del exterminio Nazi dentro de la denominada Operación T4 (Fioranelli, Rocchia, Rovesti, Satoll, & Petrelli, 2017).

Durante este periodo, no era posible hablar de relaciones de consumo de personas con discapacidad; ciertamente, lo que existían eran relaciones contractuales de consumo promovidas y realizadas por los curadores en el caso peruano, o de quienes hacían las veces de estos en cada regulación estatal. Era impensable tener a una persona con discapacidad como consumidora directa, no había goce de autonomía; mayormente, las personas con discapacidad se encontraban institucionalizadas, sin contacto con las relaciones de consumo, contractuales ni con el mundo exterior en general.

El modelo social de la discapacidad: la Inclusión

Con la llegada del modelo “social” de la discapacidad¹⁰, que llegaría a tener repercusión en las Naciones Unidas, con la aprobación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad en 1982, donde se

9 En línea con ello, Adolfo Hitler escribió en su libro “Mi Lucha”, lo siguiente: “*the national state . . . must see to it that only the healthy beget children*”, que en español significa “el estado nacional. . . debe velar por que solo los sanos engendren hijos” (la traducción es nuestra) (Bachrach, 2004).

10 El modelo social de la discapacidad tiene su origen en el Movimiento de Vida Independiente nacido en Estados Unidos durante los años 60 impulsado por Ed Roberts, movimiento que bajo el lema “Nothing about us without us” buscaba reivindicar el derecho de los estudiantes con discapacidad de acudir a la universidad (Velarde Lizama, 2012), junto al movimiento Antipsiquiatría y Desinstitucionalización (Conde Melguizo, 2014). En la segunda mitad de los años 70, se desarrollaron los primeros estudios en la materia, a partir de académicos ingleses y americanos. De hecho, en 1976, se elabora el revolucionario concepto de discapacidad gracias a la Unión de Impedidos Físicos contra la Segregación (UPIAS siglas en inglés), donde es entendida como las limitaciones a las oportunidades para tomar parte de la vida en comunidad en igualdad con los demás a causa de la presencia de barreras físicas o sociales (Favalli, 2021, pp. 8-9). Posteriormente, en 1981, se acuña el término “modelo social” en un estudio realizado por el británico Mike Oliver (Oliver, 1981).

define la discapacidad como el resultado de la relación entre la persona y su entorno (López Masis, 2011), se da paso a una concepción de la discapacidad en la cual es la sociedad quien debe ser rehabilitada, concebida y diseñada para las necesidades de todas las personas con la integración de la diversidad (Velarde Lizama, 2012). Se considera a la persona con discapacidad como sujeto de derechos, dejando de lado la concepción como objeto de medidas asistenciales, de beneficencia o caridad (Hernández Ríos, 2015). Asimismo, se han desarrollado instrumentos internacionales específicos volviéndose un asunto de Derechos Humanos (López Masis, 2011), de ahí que se hable de un cuarto modelo denominado “modelo de derechos humanos” basado en el concepto de dignidad humana (Favalli, 2021, pp. 11-12). Este reconocimiento, como sujeto de derechos, implica su plena capacidad jurídica, enfocado en la accesibilidad universal; es decir, al reconocimiento de su libertad para acceder y ejercer todos los derechos para vivir de manera plena e independiente (Vivas Tesón, 2020).

Personas con discapacidad como actores en el tráfico jurídico: la Autonomía

Con este cambio de paradigma de la discapacidad y su importante respaldo en el derecho internacional de los Derechos Humanos, ya no se habla únicamente de la inclusión de las personas con discapacidad en la educación general o en el trabajo, sino que se ha dado paso también a su inclusión como actores directos en el tráfico jurídico del mercado, a partir del reconocimiento de su plena capacidad jurídica (Prados García, 2022, pp. 35; Varsi Rospigliosi & Santillán Santa Cruz, 2021, pp. 1062-1063; López Barba, 2020, pp. 94-95, 111).

Cuando hacemos referencia a actores directos¹¹, queremos decir que, a diferencia del modelo anterior en que eran sustituidos por un curador, ahora pueden participar por cuenta propia, ya sea con o sin ajustes razonables, o asistidos por un apoyo o persona de confianza. Como lo señala el nuevo art. 42¹² del Código Civil peruano, no se afecta su plena capacidad jurídica si

11 Cabe señalar que la excepción la tendremos ante el caso de un apoyo con representación, donde sin quitarle la capacidad plena a la persona con discapacidad, es el apoyo quien realiza el acto reconstruyendo la voluntad de la persona asistida. Como señala Enrique Varsi (2021) “*La participación personal y directa de la persona con discapacidad es la regla, y su no participación, que sea el apoyo el que intervenga, es la excepción.*” (Varsi Rospigliosi, 2021, pág. 222). Sobre este caso, no haremos mención en este trabajo, ya que nuestro estudio se enfoca en las personas con discapacidad que interactúan como consumidores y el específico caso de la discriminación; aunque es perfecto resaltar que, en el primer caso, cabe la discriminación por asociación, esta es la que afecta a las personas que prestan asistencia o asociadas a las personas con discapacidad (Naciones Unidas, 2018, párr. 20; Favalli, 2021, p. 132; Vivas Tesón, 2021, pp. 206-207).

12 El artículo cita lo siguiente: “Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena: Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente, tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.”

actúan asistidos por apoyos o si, para el acto, se requieren ajustes razonables. De hecho, son estos los mecanismos que explicamos en la primera parte, por medio de los cuales se promociona la inclusión de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico.

Uno de los temas que se cuestiona sobre la promoción de la autonomía e independencia de las personas con discapacidad son los peligros de cometer errores en el ámbito de las relaciones jurídicas, de hecho, la interdicción en el modelo anterior se justificaba bajo el paraguas de la “protección” en este ámbito. Lo que no quiere decir que ahora los Estados estén exentos de brindar protección especial a las personas con discapacidad, por el contrario, se debe avanzar con la accesibilidad de manera progresiva y, a la vez, generar un marco de protección jurídica basado en los principios señalados por la propia Convención como son: “...autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; ...” (Naciones Unidas, 2006, art. 3.a), los cuales se conectan con el derecho a vivir de manera independiente (Naciones Unidas, 2006, Art. 19; Blanck & Martinis, 2018); por lo que un sistema de sustitución no sería compatible (Naciones Unidas, 2014, párr. 26-27).

Con lo que podemos afirmar que de estos principios y derechos se deriva también un derecho a equivocarse, que va de la mano con aquella libertad para tomar las propias decisiones que no siempre resultan favorables para toda persona (López Barba, 2020, p. 100). Como refiere Messía De La Cerda Ballesteros (2018) “esta posibilidad es consustancial al reconocimiento de su dignidad como personas” (p. 497), debido a que se vincula con el libre desarrollo de la personalidad (De Salas Murillo, 2020, pp. 2245-2246).

Mediante los ajustes razonables o los apoyos, se busca promover la autonomía de las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, ya sea con las adaptaciones necesarias o con la asistencia de una tercera persona. Estos mecanismos adquieren protagonismo especial, y es la vía por la cual se integra a las personas con discapacidad en el ámbito del consumo. En definitiva, estas medidas permiten que la persona con discapacidad ejerza su capacidad jurídica, donde la manifestación de voluntad ocupa un lugar especial pues sirve tanto para crear como para destruir una relación jurídica (Savigny, 1879, p.213). De acuerdo a Varsi Rospigliosi (2021), para llegar a la manifestación de voluntad, se debe pasar por ese proceso humano compuesto por: la información sobre el acto, la comprensión del acto, la comunicación y finalmente tiene lugar la manifestación de la voluntad, donde la voluntad interna se convierte en declarada (pp. 169-172).

En todas esas etapas del proceso de toma de decisiones, tienen lugar los ajustes razonables e igualmente los apoyos. Respecto a los primeros, la propia norma los denomina “ajustes razonables para la manifestación de voluntad”¹³, pues propician que la persona con discapacidad llegue a ese propósito. El reglamento antes señalado incluye expresamente respecto a esta primera medida: “[...] la utilización de tecnologías de apoyo o dispositivos que faciliten el acceso a la información o la manifestación de la voluntad de las personas con discapacidad [...]” (art.5.1). Asimismo, se reconoce la “[...] obligación de emitir y entregar información en formatos y medios accesibles [...] así como diversos [...] medios aumentativos o alternativos de la comunicación” (art. 6), la obligación del uso de “[...] lenguaje claro y sencillo en los procesos, procedimientos y la documentación que se emita [...]” (art. 7), igualmente, se incluye en estas medidas a la persona de confianza (art. 8).

Cabe recordar que los ajustes razonables se otorgan en atención al principio-derecho de accesibilidad como lo detallamos en párrafos precedentes, de manera que se orientan a eliminar los obstáculos para garantizar el acceso a las personas con discapacidad a los servicios públicos en un caso particular, en las áreas de entorno físico, transporte, información y comunicaciones. En el ámbito del consumo, el acceso a la información es vital para poder tomar la decisión de contratar o no un producto o servicio, siendo el ámbito informativo donde principalmente se evidencia el desequilibrio en las relaciones de consumo, donde la parte más débil es el consumidor (Mezzasoma, 2015, p. 203). De manera que la inclusión de medidas positivas como serían los ajustes razonables son necesarias en éste ámbito para que la persona con discapacidad pueda comprender el acto (Müller, 2018).

Cabe señalar que no solo las entidades públicas se encuentran obligadas a otorgarlos, sino también las entidades privadas proveedoras de servicios públicos (D.S. 016-2009-MIMP, 2019, Art. 5; Favalli, 2021, p. 133), de esta manera, el derecho privado ya no está ajeno a las necesidades de un sector de la población que también tiene derecho a la participación en la sociedad en igualdad de oportunidades. Para su otorgamiento, se debe previamente verificar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad; no es obligatorio su otorgamiento cuando se verifique una carga desproporcionada o indebida; sin embargo, la normativa hace mención a que cuando al menos persista la necesidad del ajuste razonable, se deben evaluar otras alternativas para elegir la más adecuada (D.S. 016-2009-MIMP, 2019, rt. 5). Igualmente, de

13 La norma cita lo siguiente: “Art. 2. Definiciones [...] 1. **Ajustes razonables para la manifestación de voluntad.** - Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar el goce y ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.”

acuerdo al Protocolo para el otorgamiento de ajustes razonables, existen ciertas acciones que se catalogan como actos de denegación injustificada de ajustes razonables, como: cuando no se inician acciones para la atención de las solicitudes; se deniegan los ajustes relacionados con la accesibilidad, la comunicación o la información; no se cumplen los plazos de forma justificada; o cuando se alega la carga desproporcionada o indebida sin la respectiva justificación (R.M. 347-2021-MIMP, 2021, p.15).

Con todo ello, podemos señalar que la normativa actual sobre otorgamiento de ajustes razonables busca una mayor protección a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Se aprecia la necesidad de la medida como elemento sustancial que amerita la elección de otras opciones de ajustes razonables, de manera que se agote toda posibilidad para su otorgamiento. Esta regulación nos muestra el propósito de que las personas con discapacidad sean cada vez más autónomas al momento de realizar actos que produzcan efectos jurídicos, lo que permite su promoción como actores en la sociedad y en el tráfico económico-comercial.

En el caso de los apoyos, la norma es más específica en señalar las acciones como: la facilitación de la comunicación, de la comprensión, la orientación de la persona y la facilitación de la manifestación de la voluntad (D.S. 016-2009-MIMP, 2019, art. 10). Cabe señalar que los apoyos se rigen en atención a los principios señalados en la Convención, de donde se destacan la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas (Naciones Unidas, 2006, art. 3.a). En atención a ello, el apoyo no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, sino que la “asiste” para que sea la propia persona con discapacidad quien manifieste su voluntad. En los casos de personas con discapacidad que no manifiesten voluntad, nuestra normativa regula la designación de apoyos excepcional que conlleva una representación¹⁴, no obstante, el apoyo en este caso tampoco sustituirá la voluntad de la persona con discapacidad, pues se encargará de “reconstruir” esa voluntad bajo el criterio de la “mejor interpretación de la voluntad”¹⁵ (D.S. 016-2009-MIMP, 2019, art. 11.2; Varsi Rospigliosi & Santillán Santa Cruz, 2021, p. 1066, 1074-1075). Se ha superado el principio basado en el mejor interés de la persona con discapacidad, donde

14 Tiene el carácter de excepcional pues va a designarse un apoyo con representación únicamente cuando habiendo realizado todos los esfuerzos reales, considerables y pertinentes por el juez o notario para obtener la manifestación de la persona con discapacidad, aplicando medidas de accesibilidad, ajustes razonables, personas de confianza como facilitadoras de la comunicación, entre otras, aquella no se haya obtenido (D.S. 016-2009-MIMP, 2019, art. 2.3, 46,47; Código Civil, 1984, art. 659-E).

15 Art. 2 del D.S. 016-2019-MIMP, cuyo numeral 2) cita lo siguiente: “2. **criterio de la mejor interpretación de la voluntad.** - Considera la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.”

se decidía por ella y se ha pasado a uno basado en el respeto de su voluntad, deseos y preferencias (Prados García, 2022, p.26).

De acuerdo al Comité de las Naciones Unidas, los ajustes razonables y los apoyos se erigen como derechos de las personas con discapacidad, los cuales son independientes entre sí, a la vez que complementarios (Naciones Unidas, 2014, párr. 34). De hecho, en la Observación General nro. 1 se hace mención incluso al derecho a no recibir apoyos (Naciones Unidas, 2014, párr. 34), sobre el cual nuestra normativa no se ha pronunciado, sin embargo, de la redacción en el Código Civil se entiende que los apoyos son de carácter facultativo (Varsi Rospigliosi & Torres Maldonado, 2019, p. 211), lo que también se extrae de la redacción de la propia Convención¹⁶. Pese a ello, sobre este último punto, todavía no existe consenso en la doctrina por las implicancias que trae consigo (De Salas Murillo, 2020; Prados García, 2022; Messía De La Cerda Ballesteros, 2018).

Con estos mecanismos, vemos que la accesibilidad para las personas con discapacidad va ampliando su ámbito de acción, pues no solo actúan en el tráfico jurídico como consumidoras pasivas, sino que también interactúan con los proveedores, de ahí que. a partir de ello. se susciten más escenarios donde sean objeto de discriminación.

Consumidores con discapacidad y discriminación

La discriminación en el consumo puede revestir varias formas, de manera general, como lo hemos precisado en las primeras líneas de este trabajo, ella se refiere a toda diferencia de trato que no responda a causas objetivas ni razonables. Como señala Vivas Tesón (2021) hablando de la discriminación contractual “se trata de un comportamiento que busca limitar, negar o hacer más gravoso a un sujeto el acceso a bienes y servicios por razón de ciertas circunstancias personales como ... la discapacidad” (pp. 205-206).

El Código regula la prohibición de los proveedores de incurrir en actos de discriminación en el consumo (Ley 29571, 2010, art. 38). Asimismo, reconoce a las personas con discapacidad dentro del grupo de personas más propensas a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos en atención a su vulnerabilidad en el mercado y en las relaciones de consumo (Ley 29571, 2010, art. VI.3). De esta manera, reconoce que es derecho de los consumidores recibir un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser

16 Art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo numeral 3) cita lo siguiente: “3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.” (la negrita es nuestra)

discriminados Ley 29571, 2010, art. 11.d). Por tanto, la discriminación en este ámbito constituye una infracción administrativa (Ley 29571, 2010, art. 108) cuya investigación y sanción, en la vía de la justicia administrativa, se encuentran a cargo del Indecopi.

Un aspecto importante por precisar que señala el Código es que la protección y defensa del consumidor no se limita únicamente a aquellas conductas que tienen lugar dentro de una relación de consumo entre proveedor y consumidor, sino también en la etapa preliminar a esta relación (Ley 29571, 2010, art. III). Hablando del específico caso que nos ocupa, la discriminación por motivo de discapacidad y, en general la discriminación por causas varias es más frecuente en la etapa preliminar a la relación de consumo, y busca impedir o negar la posibilidad de concretar esa relación privada (Delgado Capcha, 2020, pp. 12-13).

Nos centramos en la etapa preliminar de la relación de consumo, y vemos que se trata de una imposibilidad, que opera como un obstáculo para las personas con discapacidad para acceder a los bienes y servicios que necesitan para satisfacer sus deseos o necesidades, basada en un trato discriminatorio. Que incluso puede agravarse si se trata de bienes o servicios esenciales para la vida.

Una de las formas, donde se priva a una persona con discapacidad de acceder a una relación de consumo, es cuando se le exige la presencia de un curador, una exigencia que, aparte de discriminatoria, es totalmente ilegal debido que actualmente la normativa peruana ha derogado tal disposición para este colectivo, como hemos precisado inicialmente. También, cuando se condiciona el ejercicio de su capacidad jurídica a la designación y participación de un apoyo en la relación de consumo a pesar de que la persona comprende el acto y es capaz de manifestar voluntad¹⁷. También, cuando las entidades públicas o privadas deniegan el otorgamiento de ajustes razonables para el acceso a servicios públicos, salvo que implique una carga desproporcionada o indebida para el proveedor¹⁸.

Estas formas de obstaculizar el actuar de una persona con discapacidad, como consumidor en el ámbito privado, constituyen discriminación por

17 Como hemos precisado líneas atrás, el nombramiento de apoyos es de carácter facultativo, siendo su nombramiento excepcional únicamente cuando la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad o se encuentra en estado de coma.

18 Es obligatorio para las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos, como se señala expresamente en el artículo 8 de la Ley 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad y el artículo 5 del Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, aprobado mediante D.S. 016-2019-MIMP.

motivo de discapacidad que tienen lugar en la etapa preliminar de una relación de consumo.

No podemos negar que la persona con discapacidad, como consumidor, constituye un reto dentro de la actividad contractual privada de consumo. Más allá de su importancia como aspecto económico-comercial de que son clientes y dinamizan la economía, los proveedores deben poder responder ante este nuevo consumidor, sobre todo, en aquellos casos donde actúen solos. Como señala López Barba (2020), el cumplimiento del deber de protección vincula no solo a los apoyos, sino a todos los operadores de los ámbitos donde actúe la persona con discapacidad, son responsables de hacer comprensible el acto o negocio y las consecuencias del mismo (pp. 116-117).

Cuando se promueve la inclusión y autonomía de las personas con discapacidad y, en consecuencia, actúan solas, son más propensas a enfrentar situaciones de discriminación; por esta razón, los proveedores deben estar preparados para el otorgamiento de ajustes razonables, así que una negativa a ello constituye discriminación por motivo de discapacidad, como se señala en el Reglamento.

El rol de INDECOPI en la Justicia administrativa de consumo: estudio de caso

Desde su creación en 1992, el Indecopi cumple principalmente las funciones de promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Tratemos específicamente de esta última función. El Código regula las normas de protección y defensa de los consumidores, donde toda infracción a estas normas es de su conocimiento primario (Ley 29571, 2010, art. 105). Para estos propósitos, Indecopi recibe denuncias o las interpone de oficio (Ley 29571, 2010, art. 107) e inicia procedimientos sancionadores donde está facultado a dictar medidas cautelares (Ley 29571, 2010, art. 109), imponer medidas de corrección (Ley 29571, 2010, art. 114 y ss) y multas a los proveedores de bienes o servicios, que pueden llegar hasta 450 UIT (Ley 29571, 2010, art. 110). Los órganos competentes, en materia de derechos del consumidor son, en primera instancia, la Comisión de Protección al Consumidor y, en vía de apelación, la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

Es a partir de la jurisprudencia donde podemos encontrar el alcance de las disposiciones normativas en esta materia sobre los casos concretos y la forma de su aplicación. Una muestra de ello es el caso sobre discriminación por discapacidad en el consumo resuelto en enero de 2021 por el Tribunal de

Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, última instancia administrativa dentro del procedimiento por infracción a la normativa del consumo en el Perú, mediante Resolución 0175-2021/SPC-INDECOPI. Se toma en consideración este caso, en particular, sobre discriminación en el consumo, debido a que los hechos y la resolución del caso se dieron dentro del marco de la nueva normativa vigente sobre personas con discapacidad, esto es, el reconocimiento de su plena capacidad jurídica en el Código Civil peruano.

El caso trata de una persona con discapacidad sensorial (visual) que acude a una entidad financiera a solicitar una tarjeta de crédito que, previamente, había sido ofrecida insistentemente por la entidad por vía telefónica. Sin embargo, luego de haber firmado el contrato, haber registrado su huella dactilar e incluso haber marcado los dígitos para su clave, la tarjeta no le es entregada debido a que la entidad requería la presencia de una tercera persona que sea su “curador”¹⁹, debido a su discapacidad. El consumidor alegó, en ese momento, que sufría una discapacidad visual pero que no tenía ninguna dificultad ya que era una persona autónoma; no obstante, la entidad financiera reiteraba la presencia de una tercera persona (curador), debido a que, de acuerdo con la verificación de los datos identificativos del consumidor en el software de la entidad, este figuraba con “restricción: incapacidad mental”.

Ante estos hechos, el consumidor denunció haber sufrido un acto de discriminación por motivo de discapacidad en el consumo, mientras que la entidad denunciada sostenía que su conducta estaba justificada debido al reporte de la identificación del consumidor obtenido de su software donde figuraba: “incapacidad mental”, y señalaba que no hubo un trato discriminatorio en la exigencia de una tercera persona. La denuncia es declarada fundada en primera instancia por la Comisión de Protección al Consumidor de Junín²⁰.

Luego de las correspondientes apelaciones de ambas partes, el caso es conocido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Dentro de los argumentos, el Tribunal invoca el principio-derecho a la igualdad que vincula a todo el ordenamiento jurídico que alcanza la regulación especial sobre protección al consumidor

19 Antes de la reforma, curador para las personas declaradas en interdicción civil.

20 Mediante Resolución 236-2020/INDECOPI-JUN de fecha 17 de julio de 2020, por infracción del Art. 38.1 del Código se acreditó que la entidad financiera discriminó al denunciante señalando que tenía una discapacidad y le negó así la entrega de la tarjeta de crédito, por tanto, se ordena a la entidad a un pago de 25 UIT de multa, así como realizar una capacitación sobre prevención de la discriminación a sus trabajadores y colocar un cartel público en el local sobre prohibición de discriminación.

(párr. 51-52). Agrega que basta la existencia de un trato desigual que no se encuentre justificado, de manera objetiva y razonable, para configurar un acto discriminatorio en el ámbito del consumo, independientemente de la causa que origine el trato desigual (párr. 53-54); sin embargo, reconoce que existen actos de discriminación en el consumo más gravosos que otros, cuando el motivo es una de las categorías históricas de discriminación (sexo, raza, etc.), lo que es meritado al momento de graduar la sanción (párr. 55). Se menciona lo referido a la carga de la prueba, donde corresponde al consumidor demostrar la existencia de un trato desigual y al proveedor, la existencia de una causa objetiva que justifique dicha práctica (Ley 29571, 2010, art. 39). Cuando analiza lo referido a las personas con discapacidad, hace mención a la Convención y los deberes que implica para el Estado peruano en virtud de su ratificación, en especial sobre la plena capacidad jurídica reconocida en el art. 12, que se ha incluido en el derecho peruano mediante la Ley 29973 y el Código Civil a partir de la reforma del D.L. 1384. Resalta el hecho de que las personas han dejado de ser declaradas en interdicción y sustituidas por los curadores, pasando a un sistema de apoyos y ajustes razonables para el ejercicio de su capacidad jurídica (párr. 75-78).

En el análisis del caso en concreto, el Tribunal de Indecopi comprueba que ha existido un trato desigual contra el denunciante en virtud que la entidad financiera ha reconocido su negativa de entregarle la tarjeta de crédito si no concurría un curador (párr. 82). Ahora, respecto a que dicha negativa responda a causas objetivas y razonables, el Tribunal concluye que los argumentos de la entidad, de que fue a) *en virtud de su reporte biométrico* que consignaba que se trataba de una persona con “incapacidad mental” y b) *la política interna de la entidad* requería la presencia de un curador, carecen de justificación. En atención al argumento a), el Tribunal señala que el denunciante presentó su documento de identidad donde figuraba su discapacidad sensorial, lo que pudo ser corroborado por la entidad directamente en RENIEC o en el carnet CONADIS del denunciante, además de que esto fue manifestado por el denunciante en todo momento y que no requería la presencia de una tercera persona (párr. 92-93). En atención al argumento b) señala expresamente que, una política interna no puede ser sustento para que un establecimiento brinde un servicio diferenciado que podría vulnerar derechos de consumidores, dado que tanto el Estado como los particulares se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales ... y no hacer diferencias donde la ley no la hace (párr. 93).

Reforzando este último argumento, señala el Tribunal que,

... el procedimiento interno debía ser aplicado ... siempre y cuando estuviera en consonancia con lo dispuesto por la Convención en su art. 12 ... donde se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes (ámbito privado y público) al reconocimiento de su personalidad jurídica ... deben reconocer que las personas con discapacidad (mental o física) tienen capacidad jurídica ... (párr. 97)

Finalmente, el Tribunal, desde una postura garantista, sostiene que aún en el supuesto de que el denunciante tuviera una discapacidad mental, como arrojaba el sistema biométrico de la entidad, la entidad financiera no debió requerirle la presencia de una tercera persona para la entrega de la tarjeta de crédito, debido a que, de acuerdo a la normativa nacional y supranacional, goza de capacidad de ejercicio y no requiere de un curador para contratar servicios financieros (párr. 100). Siendo en virtud de dichos argumentos que el Tribunal confirma la resolución de primera instancia por la existencia de trato diferenciado por parte de la entidad financiera sin responder a una justificación objetiva y razonable, por lo que se trata de un acto de discriminación grave en el consumo por motivo de discapacidad (párr. 102-103).

Es de resaltar que, aparte de la sanción de 25 UIT contra la entidad financiera, se han confirmado también las medidas correctivas impuestas por la Comisión en primera instancia; sin embargo, el Tribunal agrega como medida correctiva complementaria adicional que la entidad financiera,

... cumpla con dejar de solicitar a las personas con discapacidad (física o mental) la presencia de una tercera persona (curador) para la contratación o entrega de productos financieros y modifique sus procedimientos según lo dispuesto por la normativa nacional y supranacional respecto a las personas con discapacidad (Parte resolutive artículo cuarto).

Conclusiones

1. A partir del reconocimiento de su plena capacidad jurídica, las personas con discapacidad y sus diversos tipos son partícipes en los escenarios de consumo como toda persona, en tanto el consumo forma parte de la vida diaria. Para el ejercicio de esa capacidad jurídica, la normativa peruana, en atención a los principios de autonomía individual, la libertad de tomar sus propias decisiones y su independencia recogidos en la Convención, ha regulado los sistemas de apoyos y ajustes razonables, que juegan un rol trascendental si

nos enfocamos en el ámbito del consumo lo que constituye un paso adelante en el camino hacia su autodeterminación.

2. La inclusión, protección y promoción de las personas con discapacidad en el ámbito privado del consumo trae consigo una variedad de retos, los cuales se centran. Principalmente, en cambiar la percepción que se tiene de ellas y dejar de considerarlas incapaces de actuar por sí mismas en las relaciones jurídicas de plano, como regla general, por motivo de la discapacidad. El trato a las personas con discapacidad, como consumidoras, requiere minuciosidad, no respuestas a la ligera. Para ello, se debe tener en cuenta que la discapacidad se manifiesta de diferentes formas y particularidades, donde la capacitación del personal de atención al cliente y la elaboración de protocolos de atención de manera presencial, telefónica u online, de acuerdo a los cambios normativos en la materia, son recomendables.
3. Tanto los apoyos como los ajustes razonables son derechos y, por ende, facultativos, por lo que su designación y otorgamiento será a solicitud de la persona con discapacidad, salvo los casos excepcionales y, en todos los casos, siempre tendrán en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de aquella, en ningún momento, el apoyo sustituye la voluntad de la persona a quien asiste.
4. Los ajustes razonables constituyen uno de los mecanismos más resaltantes en tanto se anteponen y buscan satisfacer, en primer lugar, la comprensión de la información sobre el acto que pretende realizar una persona con discapacidad, dando la posibilidad de que incluso participe por sí sola sin la presencia de apoyo. De manera que, por medio de mecanismos alternativos del lenguaje y medios aumentativos de la comunicación, sea esta por sí sola quien concluya un acto jurídico promoviendo su autonomía en el ámbito del consumo. Los retos sobre estos aspectos estarán enfocados en entender correctamente su funcionamiento y no utilizarlos como obstáculos, donde los proveedores de servicios abiertos al público sean entidades públicas o privadas, están obligados a su otorgamiento y su negativa puede ser considerada una discriminación por discapacidad.
5. El ingreso de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico privado no está libre de obstáculos como la discriminación, es ahí donde la justicia administrativa de consumo en el Perú juega

un papel importante. En el caso concreto analizado, Indecopi ha reconocido la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad como consumidoras y la discapacidad como una categoría protegida de discriminación en el consumo. Orienta su labor, más allá de las sanciones hacia los proveedores, a una de corrección de los escenarios de consumo por medio de las medidas correctivas que buscan evitar que se repitan las conductas infractoras en otros casos similares, y otorga a los sujetos vulnerados una protección de manera amplia, donde se incluye a las personas con discapacidad.

6. Podría pensarse en la integración del Código de protección y defensa del consumidor, con la finalidad de incluir una protección especial hacia las personas con discapacidad como consumidoras, en tanto grupo en situación de vulnerabilidad más propenso a sufrir abusos, actualmente, que con la plena capacidad jurídica actúan en este ámbito, reconociendo su plena capacidad jurídica, protegiendo y promoviendo su participación en las relaciones de consumo de forma autónoma, con apoyos o con el uso de ajustes razonables.

REFERENCIAS

- Abella, B., & González Huesa, J. (15 de marzo de 2022). *Consumidores vulnerables: responsables y necesarios*. <http://semanal.cermi.es/noticia/conversatorio-15-marzo-Dia-Mundial-Derechos-Consumidores-vulnerables-responsables-necesarios.aspx>
- Bachrach, S. (julio de 2004). In the name of public health - Nazi racial hygiene. *The New England Journal of Medicine*, Tomo 351(5), 417-420.
- Blanck, P., & Martinis, J. (2018). "The right to make choices": supported decision-making activities in the United States. *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (págs. 27-37). Madrid: Dykinson.
- Carpio Marcos, E. (2003). La interpretación de los derechos fundamentales. *Derecho PUCP*(56), 463-530.
- Conde Melguizo, R. (2014). Evolución del concepto de discapacidad en la sociedad contemporánea: de cuerpos enfermos a sociedades excluyentes. *Praxis Sociológica*(18), 155-175.

- Da Silva Gomez Ribeiro, C., Moio, P., Bovkalovski, E., Chizini Chemin, M., & Corradi-Perini, C. (abril-junio de 2019). Personas con discapacidad: la eugenesia en la inmigración de principios del siglo XX. *Revista Bioética*, 27(2), 212-222.
- De Salas Murillo, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2227-2268.
- Delgado Capcha, R. (2020). *Una mirada global a la discriminación en el consumo*. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7918/Libro%20UNA%20MIRADA%20GLOBAL%20A%20LA%20DISCRIMINACION%20EN%20EL%20CONSUMO-Jurisprudencia%20del%20Indecopi%20%28Versi%c3%b3n%20Digital%29%20%281%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Díaz Díaz, M.-P. G. (marzo de 2021). El derecho a la identidad como derecho fundamental en el Perú: el desarrollo de la protección jurídico-constitucional hasta nuestros días. *Actualidad Civil*(81), 33-52.
- Favalli, S. (2021). *Disabilità, diritti umani e diritto internazionale*. Milán: Giuffrè.
- Fernández, I. (25 de marzo de 2022). *Etiquetado accesible para personas con ceguera: una nueva conquista en materia de derechos*. Obtenido de <http://semanal.cermi.es/noticia/Etiquetado-accesible-personas-ceguera-nueva-conquista-materia-derechos.aspx>
- Fioranelli, M., Rocca, M. G., Rovesti, M., Satoll, F., & Petrelli, P. (2017). The holocaust of the disabled. *Wien Med Wochenschr*, 1(167), 54-55.
- Hernández Ríos, M. (julio-diciembre de 2015). El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, 6(2), 46-59.
- Jiménez Artacho, E. (07 de abril de 2022). *Acerca de la modificación del texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social para regular y establecer la accesibilidad cognitiva*. Obtenido de <http://semanal.cermi.es/noticia/derecho-discapacidad-accesibilidad-cognitiva-novedades-semana-88.aspx>
- Jimenez Artacho, E. (11 de febrero de 2022). *Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los requisitos*

de accesibilidad de los productos y servicios. Obtenido de <http://semanal.cermi.es/noticia/Directiva-requisitos-accesibilidad-productos-servicios-otras-novedades-Semana-80.aspx>

Landa Arroyo, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS*(66), 309-327.

López Barba, E. (2020). *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*. Madrid: Dykinson.

López Bastías, J. (enero-abril de 2019). La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través de la evolución normativa. *Revista de la Facultad de Derecho de México*(273), 835-855.

López Masis, R. (2011). Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad. *Alteridad Revista de Educación*, 6(2), 102-108.

Marín Calero, C. (2005). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Messía De La Cerda Ballesteros, J. (2018). La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En M. (. Pereña Vicente, *La voluntad de la persona protegida* (págs. 495-510). Dykinson.

Mezzasoma, L. (2015). Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional. *Derecho Privado y Constitución*(29), 187-225.

Müller, G. E. (2018). El consumidor hipervulnerable frente a la información. *XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor*. Bahía Blanca.

Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1994). *Comentario General nro. 5: Las personas con discapacidad*. Obtenido de https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN5

- Naciones Unidas. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (19 de mayo de 2014). *Observación General N° 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- Naciones Unidas. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (22 de mayo de 2014). *Observación General nro. 2. Artículo 9: Accesibilidad*. Obtenido de <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-2-Art%C3%ADculo-9-Accesibilidad.pdf>
- Naciones Unidas. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (26 de abril de 2018). *Observación General nro. 6: sobre la igualdad y no discriminación*. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-6-Articulo-5-igualdad-de-opportunidades-y-no-discriminaci%C3%B3n.pdf>
- OEA. (07 de junio de 1999). *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. Obtenido de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
- OIT. (22 de junio de 1955). *Recomendación sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R099,/Document#:~:text=Se%20deber%3%ADan%20poner%20a%20disposici%C3%B3n,perspectivas%20razonables%20de%20obtener%20y
- OIT. (20 de junio de 1983). *Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304
- Oliver, M. (1981). A new model of the social work role in relation to disability. *The handicapped person a new perspective for social workers?* RADAR.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.

Pérez Sánchez, P. (11 de marzo de 2022). *Nueva Ley 4/2022 de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, con especial mención a la obligación del etiquetado braille en los bienes y productos de consumo*. <http://semanal.cermi.es/noticia/derecho-discapacidad-semana-84-Ley-etiquetado-braille-bienes-productos-consumo-novedades.aspx>

Prados García, C. (2022). Eficacia y validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*(16), 24-45.

Santillán Santa Cruz, R. (febrero de 2022). Las personas con discapacidad como consumidores vulnerables en el comercio electrónico: el problema de la accesibilidad digital. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*(16), 1412-1431.

Savigny, F. C. (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual* (Vol. II). (J. Mesía, & M. Poley, Trans.) F. Góngora y Cía.

Tolé Martínez, J. (2004). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales. El estado de las cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Revista Derecho del Estado*(16), 99-144.

Tribunal Constitucional del Perú. (9 de julio de 1999). *Sentencia recaída en el expediente 324-99-AA/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/00324-1999-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (1 de abril de 2005). *Sentencia recaída en el expediente 0048-2004-PI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (16 de marzo de 2005). *Sentencia recaída en el expediente 1848-2004-AA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (16 de abril de 2014). *Sentencia recaída en el expediente 2437-2013-PA/TC*.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (11 de setiembre de 2019). *Sentencia en la causa C-397-18*. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217624&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6301160>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (10 de febrero de 2022). *Sentencia del asunto C 485/20*.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=93A4E315BE951DC31E608EB898DBC310?text=&docid=253723&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6290566>

Unión Europea. Consejo. (27 de noviembre de 2000). *Directiva 2000/78/CE*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32000L0078>

Varsi Rospigliosi, E. (2021). *Tratado de derecho de las personas. Capacidad* (Primera ed.). Universidad de Lima.

Varsi Rospigliosi, E., & Santillán Santa Cruz, R. (febrero de 2021). Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos. Un estudio de derecho peruano. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*(14), 1060-1081.

Varsi Rospigliosi, E., & Torres Maldonado, M. (2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano. *Acta Bioethica*, 25(2), 199-213.

Velarde Lizama, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Empresa y Humanismo*, XV(1), 115-136.

Vivas Tesón, I. (2017). *Persona, familia y sucesiones*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

Vivas Tesón, I. (marzo-junio de 2020). La reciente humanización del Derecho Civil español: necesidades y retos en materia de discapacidad. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, V(14), 191-198.

Vivas Tesón, I. (2021). *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*. Tecnos.

Vivas Tesón, I. (2021a). *El derecho contractual antidiscriminatorio: drittwirkung y libertad negocial*. *Cuadernos de derecho trasnacional*, 13(1), 672-692.