

## **¿Realmente el sistema de apoyos y salvaguardias implementado en el Código Civil cumple con su función de apoyar a las personas con discapacidad?**

Does the system of supports and safeguards implemented in the Civil Code really fulfill its function of supporting people with disabilities?



JOSÉ WILLIAM DURAN VIVANCO

Primer Juggado de Paz Letrado de Surquillo  
(Lima, Perú)

Contacto: [jdurandu@pj.gob.pe](mailto:jdurandu@pj.gob.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-5519-192X>

### **RESUMEN**

En el presente artículo expresamos nuestro acuerdo con que la legislación, en búsqueda de reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, recoja el modelo social contemplado en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que contribuye a que dichas personas puedan ejercer sus derechos de manera libre y voluntaria, con la cooperación

de los apoyos. Sin embargo, los objetivos y principios señalados en la convención no han sido establecidos adecuadamente en nuestra legislación, por lo que se han adoptado medidas legislativas sin antes contemplar nuestra realidad. Se reconoce, por ejemplo, a los sujetos con discapacidad que carecen de discernimiento y, por lo tanto, se les permite tomar decisiones, pero resulta ilógico que estas personas puedan decidir por sí mismas cuando no tienen noción de la realidad, situación que propicia una serie de abusos de sus derechos.

**Palabras claves:** capacidad jurídica, discapacidad, apoyos, salvaguardias, persona, discernimiento.

### **ABSTRACT**

In the present article, seeking to recognize the legal capacity of persons with disabilities, we express our conformity with the fact that the legislation reflects the social model contemplated in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, since it contributes to enabling these persons to exercise their rights freely and voluntarily, with the cooperation of supporters. However, the objectives and principles established in the convention have not been adequately established in our legislation, and consequently, legislative measures have been adopted without prior consideration of our reality. For example, the recognition of the power to make one's own decisions for people with disabilities who lack discernment leads to a series of abuses against them. In fact, this formula recognizes discernment but thus the lack of notion of the reality of these subjects.

**Key words:** legal capacity, disability, support, safeguards, person, discernment.

Recibido: **09/10/2020** Aceptado: **29/10/2020**

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos minuciosamente los artículos que han sido modificados e introducidos sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El 4 de septiembre de 2018 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* el Decreto Legislativo n.º 1384 (en adelante D. Leg. n.º 1384) denominado «Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones».

No obstante, antes de la aparición del D. Leg. n.º 1384, las personas con discapacidad no tenían capacidad jurídica porque se les restringía la posibilidad de ejercer sus derechos y obligaciones. Entonces, el modelo de protección diseñado para estas personas se denominaba «curatela». El curador, quien había sido designado a través de un proceso de interdicción, era el representante legal de la persona discapacitada; así, esta persona perdía autonomía sobre sus actos y no podía dirigir su vida libremente.

En cambio, el D. Leg. n.º 1384 recogió el «modelo social de discapacidad», según el cual no son las limitaciones individuales de las personas con discapacidad la causa del embrollo, sino las barreras marcadas por la propia sociedad que impiden —de manera absurda— que estas personas ejecuten una participación plena en la sociedad. Para este paradigma, los sujetos con discapacidad sí pueden contribuir a la comunidad en las mismas condiciones que las personas sin discapacidad.

Es menester señalar que el «modelo social de discapacidad» fue consolidado normativamente el 13 de diciembre de 2006, cuando se aprobó —por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas— la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención), la cual entró en vigencia el 3 de mayo de 2008. El Perú es Estado parte de la Convención, por lo que nuestro sistema jurídico no puede tener leyes que contravengan los principios establecidos en ella.

Por el contrario, se debe reconocer la aplicabilidad del «modelo social de discapacidad» en nuestra legislación. De igual manera, se deben crear normas jurídicas que guarden coherencia con los postulados contemplados en la Convención que busquen garantizar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas, en cuanto a su dignidad, autonomía e igualdad ante la ley. Por ello, se emitió el D. Leg. n.º 1384, a través del cual nuestro país recoge el citado paradigma que fue reconocido en el artículo 3 del Código Civil, cuyo tenor es «capacidad jurídica» como matriz de la clásica bifurcación de los términos «capacidad de goce» y «capacidad de ejercicio».

Por último, el nuevo tratamiento de la capacidad jurídica obliga también a revisar y cambiar algunas instituciones jurídicas que servían para protección de las personas con discapacidad; por consiguiente, ya no cabe el nombramiento de un curador para aquellas personas. Es menester una regulación normativa distinta al sistema de sustitución de decisiones; por ello, se implementó el «sistema de apoyos y salvaguardias», para coadyuvar o apoyar al sujeto discapacitado en su libre toma de decisiones.

## **2. MODELOS DE LA DISCAPACIDAD**

A continuación, abordaremos sobre los modelos que tratan acerca de las personas con discapacidad. Este acápite nos permitirá conocer las diferentes posiciones que existen sobre las personas con discapacidad y cómo fueron evolucionando a través del tiempo, desde las antiguas sociedades griega y romana hasta la actualidad, donde se encuentra vigente el paradigma «modelo social de discapacidad».

## **2.1. El modelo de la prescindencia**

Este paradigma, que existía en la Antigüedad clásica, en las sociedades griega y romana, concebía que las causas de la discapacidad son religiosas y que el sujeto discapacitado nada podía aportar a la comunidad. Por lo tanto, la persona con discapacidad era excluida de la sociedad a través de políticas eugenésicas o de marginación. Este modelo cuenta con dos vertientes.

### **2.1.1. El submodelo eugenésico**

Considera que la prescindencia del sujeto discapacitado se logra a través de políticas eugenésicas. Por ejemplo, en Grecia, el nacimiento de un niño o niña con discapacidad significaba el castigo de los dioses por un pecado cometido —mayormente— por los padres. En Roma, el nacimiento de un niño o niña con discapacidad consistía en una advertencia de la divinidad que, a través de una malformación congénita, podía estar presagiando que la alianza con los dioses se encontraba rota y que se avecinaba una catástrofe.

Aunado a ello, existía la noción de que la vida de una persona con discapacidad no merecía la pena ser vivida; además, estas personas eran consideradas como una «carga» para los padres y para la sociedad. Por eso, la sociedad prescindía de los sujetos discapacitados a través de prácticas eugenésicas, como el infanticidio en el caso de los niños y las niñas.

### **2.1.2. El submodelo de marginación**

La característica más importante —de este submodelo— es la exclusión del sujeto discapacitado de la sociedad, ya sea como consecuencia de subestimación y por ser considerado objeto de maleficios, ya sea por menosprecio o por miedo. La exclusión es la respuesta social hacia la discapacidad.

## 2.2. El modelo médico o rehabilitador

Este modelo se ha consolidado en el siglo XX. Cuenta con dos características importantes. La primera se relaciona con los motivos que se alegan para justificar la discapacidad, pues —a diferencia del modelo de prescindencia— ya no se trata de causas religiosas, sino de causas científico-médicas. Según este modelo y tratándose de medicina, se evita hablar de Dios o del diablo, y más bien se alude a la discapacidad en términos de «enfermedad» o como «ausencia de salud». La segunda característica consiste en que las personas con discapacidad sí pueden aportar algo a la sociedad, siempre y cuando sean rehabilitadas y logren asimilarse a las demás personas sin discapacidad en la mayor medida posible. A través de ello, las personas con discapacidad en un «proceso de normalización» obtienen por parte de la sociedad un valor como personas y ciudadanos.

Desde la óptica de este modelo, las personas con discapacidad se convierten en «objetos médicos»; por ello, sus realidades son explicadas desde el punto de vista medicalizante y medicalizado. Así, se crearon diversos espacios sobreprotegidos para buscar su rehabilitación; por ejemplo, la educación especial es considerada como una de las mejores herramientas de rehabilitación.

## 2.3. El modelo social de discapacidad

Este prototipo, que se encuentra vigente en la actualidad y surgió como rechazo a los modelos anteriores, cuenta con dos características fundamentales. La primera consiste en que las causas que originan la discapacidad no son religiosas ni científico-médicas, sino sociales.

Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales de las personas con discapacidad la causa del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestarles servicios apropiados y para garantizar que sus necesidades sean

tomadas en cuenta dentro de la organización social. Esto no supone negar el aspecto individual de la discapacidad, sino enmarcarlo dentro del contexto social (Toboso y Arnau, 2008).

La segunda característica se refiere a que la discapacidad radica en la propia sociedad y no en la persona: los sujetos discapacitados pueden contribuir a la sociedad en las mismas condiciones que las personas sin discapacidad. Para esto, se parte de la premisa principal de que toda vida humana es igualmente digna, pero se debe destacar que, para las personas con discapacidad, se necesita desarrollar políticas de inclusión y la aceptación plena de su deficiencia.

Como habíamos indicado en la introducción del presente trabajo, el «modelo social de discapacidad» se afianzó normativamente cuando se aprobó por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas en su sede de Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, la valiosa Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Esta tiene como propósito proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Actualmente, este paradigma también se encuentra regulado en el artículo 3 de nuestro Código Civil, cuyo tenor es «capacidad jurídica». Esta incorporación fue introducida por el D. Leg. n.º 1384.

Sobre este aspecto, nos encontramos de acuerdo en que nuestra legislación haya regulado la capacidad jurídica y tome en cuenta el «modelo social de discapacidad», ya que este reconoce que las barreras son sociales; esto es, la discapacidad en realidad radica en la sociedad misma y no en el sujeto con discapacidad física, sensorial, intelectual o mental, como equivocadamente sostuvo el modelo rehabilitador. También pretende que estas barreras sociales (incluso jurídicas) sean eliminadas con el propósito de reconocer al sujeto discapacitado su capacidad de ejercicio, a fin de que pueda

participar plenamente en la sociedad y en las mismas condiciones que los demás, por lo que tomará decisiones sin necesidad de que se le imponga una voluntad ajena.

### 3. CAPACIDAD JURÍDICA

Existen múltiples conceptos de capacidad jurídica elaborados por la doctrina nacional e internacional. No obstante, nuestro Código Civil (en adelante CC) no define la capacidad jurídica ni la de ejercicio. En el numeral 13, del contenido normativo del artículo 12 de la Observación General n.º 1, elaborada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, se define con claridad a la capacidad jurídica de la siguiente manera: «La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)».

De ello, se deduce que la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todos los seres humanos, sin importar su capacidad o discapacidad. La capacidad jurídica tiene dos vertientes: la primera es la idoneidad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones (capacidad de goce o derecho), y la segunda es la aptitud que tiene la persona para ejercer por sí misma o a través de un representante legal los derechos y obligaciones que comprenden las relaciones jurídicas (capacidad de ejercicio o de obrar).

Resulta acertado que el comité definió la capacidad jurídica con las dos vertientes, sin necesidad de sostener que existen varias capacidades. Antes de la modificatoria introducida por el D. Leg. n.º 1384, nuestro CC estableció una equivocada diferencia entre la «capacidad de goce» y la «capacidad de ejercicio», cuando en realidad la capacidad jurídica es una sola.



En esta misma línea, el destacado jurista Carlos Fernández Sessarego (2014) sostuvo una posición clara sobre la capacidad jurídica del siguiente modo:

La capacidad jurídica, que es una, supone la posibilidad de ejercerla, de actuar y obrar en el mundo según las libres decisiones de cada persona. Si bien la capacidad, en cuanto inherente a la persona, no admite excepciones, su ejercicio sí es dable de ser limitado, restringido. Pero el ejercicio de nuestra capacidad no es autónomo, no es una nueva capacidad diferente a la que poseemos todos los seres humanos, sino solo su ejercicio en el mundo de las relaciones humanas (pp. 29-30).

En ese sentido, el citado jurista sentencia en los siguientes términos: «En conclusión, no existe, sino una sola capacidad, se hace presente en el mundo exterior. Es como la libertad, que siendo una, se manifiesta en la realidad a través de actos, conductas, de proyectos y, entre ellos, del único e intransferible proyecto de vida» (Fernández, 2014, p. 30).

#### **4. DISCAPACIDAD**

Es menester definir a la persona con discapacidad para tener presente cuándo nos estamos refiriendo a estas personas y por qué se reconoce su capacidad jurídica. Así, el artículo 2 de la Ley General de la Persona con Discapacidad la define de la siguiente manera:

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales o del entorno, no ejerza o puede verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Esta ley fue publicada el 24 de diciembre de 2012 en el *Diario Oficial El Peruano*; esto es, antes de que nuestra legislación civil recoja el «modelo social de discapacidad», para reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Por ello, como se podrá verificar en aquella norma jurídica, no se aprecia nítidamente que se habla de capacidad jurídica, sino solamente se alude a que estas personas tienen los mismos derechos que el resto de la población.

No obstante, en esta ley ya se recogen principios importantes establecidos en la Convención; por ejemplo, en el literal a) del artículo 4 notamos que se dispone que las políticas y programas de las entidades públicas se sujeten al principio de «respetar la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones; y la independencia de la persona con discapacidad». Por lo tanto, esta ley significa el umbral para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en nuestro país.

## **5. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL CÓDIGO CIVIL: LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA**

El D. Leg. n. ° 1384 trajo una serie de modificaciones en distintos libros del CC, pero lo que nos interesa en realidad son las enmiendas realizadas al libro de derecho de personas, específicamente, a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En ese sentido, el artículo 3 del CC antes de su modificatoria sostuvo lo siguiente: «Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas». Como se puede notar, este artículo no tiene ambages.

Esta norma jurídica reconocía una serie de derechos a la persona —y entendiéndose por esta expresión al ser humano—. Sin embargo, en la propia norma se establecían motivos para restringir

o limitar el «goce» de los derechos de las personas, a pesar de que estos derechos les eran inherentes por su condición de ser humano, lo cual es un error porque no es factible la limitación del goce de los derechos a las personas (precisamente porque les es inherente) mediante ley, sino el ejercicio de sus derechos.

Por ello, con total acierto el reconocido jurista Carlos Fernández Sessarego (2014) criticó este dispositivo legal argumentando que:

El error a enmendar consiste en que el citado artículo 3, después de enunciar que toda persona tiene el goce de los derechos civiles, establece erróneamente que dicho goce está sujeto «a las excepciones de ley». Tremendo error que debe enmendarse a fin de eliminar salvedad alguna. Todos los seres humanos, por ser ontológicamente libres, son capaces de actuar conforme a derecho. La capacidad jurídica es inmune al derecho. No hay excepciones en cuanto a la capacidad jurídica de las personas. Por ello debe suprimirse la salvedad contenida en el artículo 3 que admite la posibilidad de la existencia de excepciones (p. 29).

En cambio, la nueva redacción del artículo 3 del CC es más extensa y establece lo siguiente: «Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida».

En primer lugar, debemos señalar que, antes de la modificatoria de este precepto legal se acostumbraba elaborar una innecesaria distinción de la clasificación y bifurcación sobre la «capacidad de derecho o de goce» y «capacidad de ejercicio o de obrar», de tal manera que se señalaban confusamente dos tipos de capacidades, lo cual es una enorme equivocación. Actualmente, este artículo en su primer párrafo —apropiadamente— reconoce a la persona su capacidad jurídica en sus dos facetas, puesto que es un derecho

inherente a la persona por su condición de ser humano sin necesidad de hacer distinciones.

En segundo lugar, esta norma señala la restricción de la capacidad de ejercicio de la persona. Esta capacidad —también conocida como capacidad de obrar— la tenemos todos los sujetos sin ninguna distinción. Hay una base de la cual partimos todos y es que se presume (*iuris tantum*) que todos tenemos capacidad de ejercicio para realizar por nosotros mismos los actos o negocios jurídicos que son de interés en nuestra vida de relación (Cieza y Olavarría, 2018, p. 55).

Como habíamos anteriormente señalado, el goce de los derechos de la persona no puede ser restringido por ley; en cambio, su capacidad de ejercicio sí puede serlo por nuestra propia legislación, por razones propias de la persona o por circunstancias ajenas a esta, de acuerdo con lo regulado en la norma vigente. Esta restricción puede ocurrir por factor cronológico, donde se encuentran comprendidos los menores de edad; por ejemplo, una persona de 13 años de edad tiene una capacidad de ejercicio restringida, según nuestro CC. Sobre esto, la doctrina señala:

Actualmente, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, estos datos que miden la capacidad de obrar de las personas son la edad —en función de la cual se valora la madurez de las personas, pero que no es una regla absoluta— y la naturaleza y/o trascendencia de los actos (Santillán, 2014, p. 667).

Cabe recordar que, antes de la modificatoria del CC, también existía otro aspecto a través del cual sucedía la restricción de la capacidad de ejercicio. Es cuando por alguna razón la persona carece de discernimiento o lo tiene de manera limitada; sin embargo, la regulación actual dejó de lado este aspecto por aquellas causales, esto es, ya no cabe la restricción. Esto resulta una falencia normativa grave, además de preocupante, porque, al dotarlas de

capacidad jurídica, estas personas podrían tomar decisiones, pero ¿qué decisiones podrían tomar si no tienen capacidad de entender o querer algo? Fácilmente podrían suscitarse atropellos y abusos de sus derechos.

Por último, de manera acertada, este artículo recoge la nueva concepción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, fruto del «modelo social de discapacidad» contemplado en la Convención. En este sentido, a estas personas se les reconoce su capacidad de ejercicio para que puedan participar plenamente en la sociedad y en las mismas condiciones que los demás, tomando decisiones libremente, sin necesidad de que se les imponga una voluntad ajena. Para el ejercicio de su capacidad jurídica surge la figura jurídica del «apoyo», lo cual se concretiza a través de la elección del mismo sujeto discapacitado; sin embargo, las finalidades o principios de la Convención no se encuentran adecuadamente regulados en nuestra legislación civil.

## **6. EL SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS**

### **6.1. ¿Qué es el «apoyo»?**

El nuevo tratamiento de la capacidad jurídica conlleva una reforma amplia de nuestra legislación, ya sea mediante la modificación o derogación de leyes, normas jurídicas, reglamentos o costumbres y prácticas existentes que constituyen discriminatorias contra las personas discapacitadas, puesto que no es suficiente reconocer la capacidad jurídica de las personas discapacitadas, sino que es importante que el Estado peruano adopte medidas necesarias para permitir que estas personas puedan ejercer sus derechos en la sociedad; de no ser así, no tendría sentido ni lógica otorgarles capacidad jurídica.

Ello se desprende del numeral 3 del artículo 12 de la Convención, donde se establece que «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». Como se podrá ver, la génesis de la figura jurídica del «apoyo» es la Convención; sin embargo, este instrumento internacional no nos ha brindado una definición clara de lo que son los apoyos. En el artículo 659-B del Código Civil peruano se define a los apoyos del siguiente modo:

Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

En ese sentido, cabe preguntarse quiénes pueden ser los apoyos. El artículo 659-C del CC señala lo siguiente:

La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

Entonces, debemos entender por «apoyos» a las personas naturales o jurídicas, incluso instituciones públicas, que cooperan o coadyuvan para que los propios sujetos discapacitados puedan tomar decisiones de manera voluntaria, libre y procurando que le sean beneficiosas. Precisamente, la finalidad y naturaleza del apoyo hace que sea diferente a la institución jurídica de la «curatela». Bajo este modelo de protección, el curador era el representante de la persona discapacitada, y como tal tomaba decisiones sin necesidad de consultar o preguntar las preferencias o voluntad del sujeto discapacitado.

Actualmente, el apoyo coadyuva a la persona discapacitada en la toma de decisiones, que pueden ser las siguientes: elegir un trabajo, tomar una opción inmobiliaria, casarse, aceptar herencias, donaciones, renunciar a ellas, o una infinidad de actos o negocios que el discapacitado puede realizar sin dejar que se le imponga la voluntad de un sujeto sobre la suya propia (Cieza y Olavarría, 2018, p. 62). En esta misma línea de pensamiento, una doctrina nacional autorizada sostuvo lo siguiente:

Los apoyos tienen por función facilitar a la persona que lo necesita la toma de sus propias decisiones para el ejercicio de sus derechos, proporcionándole información, dándole consejos, asesorarla, colaborando para facilitar su comunicación, comprensión y manifestación de voluntad, así como la interpretación y ejecución de sus actos jurídicos [...] (Torres, 2019, p. 106).

En otras palabras, de manera inequívoca podemos afirmar que una de las implicancias más importantes que trajo el nuevo tratamiento de la capacidad jurídica es la transición de un sistema de sustitución de toma de decisiones a un sistema de apoyos. En el sistema de sustitución, la persona con discapacidad no tenía capacidad jurídica; por ello, no contaba con autonomía ni tomaba sus propias decisiones, sino que existía un trato discriminatorio. En cambio, en el sistema de apoyos, es el propio sujeto discapacitado quien, en ejercicio de sus derechos, toma sus propias decisiones con la asesoría de un apoyo.

## **6.2. ¿Quién designa a los apoyos?**

Como ya habíamos mencionado, para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad surge la figura jurídica del «apoyo», la cual se concretiza a través de una elección libre del mismo sujeto discapacitado. La designación puede realizarse ante un juez competente o ante un notario.

Según lo previsto en el artículo 659-D del CC, la persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente. De esta norma jurídica se deduce que es la misma persona quien designa su apoyo, no su familiar ni otra persona cercana, y que lo puede hacer a través de la vía notarial y judicial. Para nosotros, esta norma jurídica resulta adecuada porque, si el sujeto discapacitado requiriera urgente de un apoyo, podría recurrir a una vía más expeditiva como la notarial y así evitarse un camino largo y agotador como el judicial.

Asimismo, la designación del apoyo a través de la vía judicial se tramita como proceso no contencioso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 749 del Código Procesal Penal. En ambas vías, la persona discapacitada se encargará de determinar la forma en que el apoyo cumplirá su función, el alcance y la cantidad de apoyos.

Es importante señalar que los apoyos no cuentan con facultades de representación, salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o también en caso de que el juez lo haya asignado así de manera expresa. El principal fundamento de esta norma jurídica es que el apoyo no sea el representante de la persona discapacitada, de manera que no pueda sustituirlo en la toma de decisiones; por el contrario, le presta asistencia o coopera con ella para que tome sus propias decisiones respecto al rumbo de su persona, la administración de sus bienes y la celebración de sus actos jurídicos, de modo que se logra el respeto de su autonomía y dignidad.

No obstante, nuestra legislación permite que, cuando la persona no puede manifestar su voluntad, el apoyo tenga las facultades de representación previstas por el juez o por conferidas por la misma persona que lo designó de manera expresa.



### 6.3. ¿Qué son las salvaguardias?

Las salvaguardias también tienen su origen en la Convención. En el apartado 3 de este instrumento internacional se señala lo siguiente:

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

En el artículo 659-G del CC se define a las salvaguardias de la siguiente manera:

Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

En efecto, las salvaguardias son las medidas dictadas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada; prevenir el abuso, conflicto de intereses y la influencia indebida por el que presta el apoyo; y evitar la afectación o puesta en riesgo de los derechos de la persona asistida. La aplicación de esas medidas debe ser inmediata.

Para ello, la persona o el juez que nombró el apoyo se encargará de determinar las salvaguardias que estime convenientes para el caso concreto, así como deberá indicar como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos. Asimismo, el juez efectuará todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo actúa de conformidad con su mandato y la voluntad o las preferencias de la persona.

Sin embargo, aunque las salvaguardias han sido reguladas en nuestra legislación civil, las normas jurídicas sobre esta institución no son claras. El CC nos dice que son medidas, pero no explica de qué tipo son. Entonces, el juez que conoce el caso concreto no podrá tener claras las medidas que podría dictar para garantizar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada. Además, precisamos que las salvaguardias no son un sistema diferente ni paralelo al apoyo, sino que se trata de una institución inherente al apoyo, dado que son medidas aplicables en la designación de apoyos, a fin de evitar conflictos de intereses y abusos de los derechos de las personas con discapacidad.

## **7. UNA MIRADA CRÍTICA AL SISTEMA DE APOYOS IMPLEMENTADO EN EL CÓDIGO CIVIL**

En principio, debemos señalar que respetamos y nos encontramos de acuerdo con los objetivos y los principios establecidos en la Convención de Derechos para las Personas con Discapacidad, así como anhelamos que se cumpla a cabalidad. Sin embargo, es necesario que estos fines y postulados sean regulados en nuestra legislación de manera clara, coherente y lógica para que puedan cumplirse; para ello, en primera instancia, el legislador peruano, antes de adoptar medidas legislativas, debe observar nuestra realidad. Lamentablemente, esto no ocurre de manera acertada, tal como se analizará en los siguientes párrafos.

No debemos olvidar que el modelo social de discapacidad recogido tanto en la Convención como en el CC peruano es un modelo foráneo. Sobre esto, el magistrado Reynaldo Tantaleán Odar (2018) señaló lo siguiente:

Si bien se trata de un modelo interesante, útil y loable en su bondadosa intención, es de hacer notar que, como todo modelo foráneo —puesto que nació indistintamente en Estados Unidos, en el Reino Unido y los países escandinavos— requiere previo a su colocación una adaptación acorde a la realidad sobre la cual va a regir. Pero parece que ello no ha sido tomado muy en cuenta por nuestro legislador, pues se olvidaron que en el Perú estamos en una realidad donde impera la «viveza criolla»; en suma, una realidad muy distante a aquella donde nació este paradigma, lo cual puede traernos tarde o temprano diversos problemas aplicativos generados por el legislador y que, lamentablemente, tendrá que solucionarlos el juez (p. 32).

Asimismo, se recuerda que, antes de la modificatoria introducida, el artículo 43 del CC regulaba tres supuestos de incapacidad absoluta: (i) los menores de 16 años de edad, salvo para aquellos actos determinados por la ley; (ii) los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento, y (iii) los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Sin embargo, a través del D. Leg. n.º 1398 se derogaron los dos últimos supuestos.

Expresamos nuestra conformidad con la derogación del tercer supuesto de la norma jurídica acotada para reconocer a las personas sordomudas, ciegosordas y ciegomudas su capacidad jurídica. Empero resulta preocupante que el D. Leg. n.º 1384 haya derogado, sin tener en cuenta nuestra realidad, el segundo supuesto de incapacidad absoluta, que se refiere a aquellos que se encuentran privados de discernimiento. Conforme al D. Leg. n.º 1384, estas personas que no cuentan con discernimiento tienen capacidad

jurídica para el ejercicio de sus derechos; por ello, según nuestra legislación civil vigente las personas con discapacidad que carecen de discernimiento pueden tomar decisiones con el asesoramiento de su apoyo o sin apoyo porque no es obligatoria su designación.

Cabe preguntarnos, entonces, ¿cómo una persona que no tiene discernimiento puede tomar decisiones? En realidad, no podría porque no entiende, no comprende las consecuencias de sus actos, no tiene noción de lo que sucede a su alrededor o en la realidad. Se entiende por discernimiento «la aptitud para distinguir entre lo bueno y lo malo, lo correcto de lo incorrecto, lo justo de lo injusto, o para generar conceptos abstractos. Es conocido también como la capacidad de entender y de querer o como la llamada capacidad natural» (Cieza y Olavarría, 2018, p. 60).

Sobre ello, los destacados profesores Mario Castillo Freyre y Jhoel Chipana Catalán (2018) criticaron severamente la regulación actual de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que carecen de discernimiento, en los siguientes términos:

nos han llamado poderosamente la atención por su falta de utilidad y porque traicionan de manera directa el espíritu de lo que este Decreto Legislativo dice implementar (la propia Convención). Todo esto, sin duda alguna, va a traer una inseguridad jurídica completa, porque desde ahora —aunque parezca increíble— las personas sin discernimiento alguno son plenamente capaces y pueden contratar. Así, no faltarán quienes se quieran aprovechar de ellas para perjudicar a este grupo humano que, a través del engaño, va a celebrar diversos contratos con terceros. Se ha abierto, sin duda, una puerta muy grande para que los estafadores se aprovechen de ellos sin ningún miramiento (p. 50).

Compartimos esta acertada crítica porque nuestra regulación actual sobre este tema es totalmente defectuosa (o pésima), pues lo que generará es que se cometa una serie de abusos de los derechos

de las personas con discapacidad que carecen de discernimiento, entre ellos tenemos a las personas esquizofrénicas graves, retardados mentales graves, personas con síndrome de Down o personas que no pueden manifestar su voluntad. Esta situación se agrava aún más cuando la legislación actual regula la figura del apoyo que no es de carácter obligatorio, sino voluntario, pues es el propio sujeto con discapacidad quien elige su apoyo para el ejercicio de sus derechos.

En otras palabras, la persona que no tiene discernimiento y que no cuenta con apoyo hará lo que quiera hacer sin entender lo que ocurre en la realidad, sin comprender las consecuencias de sus actos. De esta manera, como ya habíamos dicho anteriormente, no faltarán algunas personas que maliciosamente se aprovechen de su condición para lucrar o beneficiarse involucrándolos en actos jurídicos o en otras situaciones.

No obstante, existen voces que aseveran que las personas con discapacidad tienen derecho a cometer errores, lo cierto es que cabe preguntarse si, una vez que hayan incurrido en errores, las personas sin discernimiento podrán rectificarse o corregirse. Honestamente, será difícil o quizá imposible.

Por otro lado, la legislación actual establece que, para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, estas personas pueden elegir su apoyo y con la cooperación del apoyo pueden tomar sus propias decisiones; entonces, ya no se habla del curador, quien antes del D. Leg. n.º 1385 era el representante legal de la persona con discapacidad. Sin embargo, se advierten normas que no son adecuadas. Cuando se verifica el CC en el artículo 659-E, se habla del apoyo con representación para las personas que no pueden manifestar su voluntad.

Evidentemente, el apoyo con representación vendría a cumplir la misma función que un curador porque será el apoyo quien tome

decisiones por el sujeto discapacitado, al no poder este expresar su voluntad. Entonces, resulta absurdo e innecesario cambiar de nombre y varias normas jurídicas para introducir una figura nueva que brinda los mismos efectos de la curatela.

Precisamente, en los casos donde la persona carece de discernimiento, además de aquellos en los que la persona no puede manifestar su voluntad, la figura del «apoyo» no cumple realmente su función de apoyar, colaborar, asistir o coadyuvar a la persona con discapacidad. Por más que exista esta figura, la persona con discapacidad no podrá ejercer de manera plena sus derechos. Sobre esta regulación, los citados profesores han señalado lo siguiente:

De este modo, nos queda clara la idea de que las personas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable, así como aquellas que no tienen discernimiento, no pueden en modo alguno ejercer de manera plena sus derechos, ni hacerlo a través de «apoyos». Necesitarían, pues, de alguien que los represente (Castillo y Chipana, 2018, p. 49).

En consecuencia, las modificaciones realizadas a nuestra legislación a través del D. Leg. n.º 1384 resultan ser nefastas y no se ajustan a los objetivos ni postulados establecidos en la Convención. Nuestro país, al ser Estado parte de la Convención, se encuentra en la obligación de tomar medidas legislativas claras y lógicas para establecer una adecuada protección de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, pero antes de adoptar estas medidas deberá observar fijamente nuestra realidad.

## **8. ALGUNOS PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE APOYOS**

Para el correcto funcionamiento de la transición del sistema de sustitución al sistema de apoyos —en observancia al modelo social

de discapacidad introducido a través del D. Leg. n.º 1384—, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ, mediante la cual se aprobó el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de Discapacidad; sin embargo, la aplicación de las reglas y procedimientos de aquel reglamento en la práctica judicial presentó algunos problemas de índole práctico.

Uno de los objetivos específicos de este reglamento es la implementación del sistema de apoyos para las personas con discapacidad que cuenten con una sentencia firme a través de la cual se haya designado un curador, así como las que tengan proceso de interdicción en trámite, en el más breve plazo, o para los procesos que se iniciarán con la nueva regulación. No obstante, se han presentado una serie de problemas en la práctica.

Así tenemos, por ejemplo, en los procesos con sentencia firme o consentida a través de la cual se ha nombrado curador para la persona con discapacidad, que se busca la restitución de la capacidad jurídica a pedido de parte o de oficio por el juez a cargo del caso. Los casos con sentencia firme son muchos en nuestro país. Los problemas que surgen son diversos: cuando no se encuentra en el Poder Judicial el registro de los datos pertinentes (materia, número de expediente), seguimientos no tan frecuentes, falta de impulso o falta de registro en el Sistema Integrado Judicial (SIJ), porque anteriormente no se realizaba el escaneo de los expedientes en el SIJ, para establecer con mayor facilidad la ubicación de los expedientes y el almacenamiento (descarga) de las resoluciones.

De tal manera, el juez a cargo del caso se encuentra limitado para cumplir los objetivos previstos en el reglamento; y la situación empeora dado que varios procesos ya han sido remitidos al archivo. Como es sabido, los juzgados, cada cierto tiempo, mandan al archivo para su custodia aquellos procesos finiquitados y algunos caídos en



abandono por falta de impulso; así, en caso de que las partes quieran seguir con el proceso, tendrán que solicitar su desarchivamiento.

De manera semejante, se aprecia otra dificultad en los procesos de interdicción civil que se encuentran en trámite para transformar y reconducir el proceso de designación de apoyos y salvaguardias en la vía de proceso no contencioso. Muchos abogados se encuentran limitados para lograr esta transformación.

Son varias barreras con las cuales se encuentra el abogado, tales como desconocer las normas procesales y sustantivas, sin dejar de mencionar la barrera actitudinal. En este sentido, es indispensable dejar atrás los prejuicios. Es necesario que todos los operadores jurídicos y la población en general tomen conciencia de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las personas sin discapacidad y en las mismas condiciones.

Asimismo, se advierte otro problema en las nuevas solicitudes de apoyos y salvaguardias: los jueces no se encuentran capacitados para tomar criterios adecuados durante el trámite hasta la ejecución de estos procesos. Igualmente, los especialistas legales y auxiliares jurisdiccionales no están capacitados para brindar los ajustes necesarios pertinentes a las personas con discapacidad.

De igual manera, existe una gran polémica respecto a la participación del equipo multidisciplinario en los nuevos procesos de designación de apoyos y salvaguardias. Algunos jueces consideran que no es necesario y se debe resolver el caso, para lo cual toman en cuenta lo actuado; otros consideran que sí es necesario para llegar a la convicción de resolver el pedido que se realiza. Cabe señalar que el reglamento anotado permite que el equipo multidisciplinario intervenga en estos casos de designación de apoyos y salvaguardias para la evaluación sobre el nivel de autonomía y de comunicación de la persona con discapacidad, y que, asimismo, podrá apoyar para explorar su voluntad y sus preferencias.



Por otro lado, el problema se manifiesta cuando no se logra realizar la implementación del sistema de apoyos en los procesos con sentencia firme o consentida a través de la cual se ha nombrado curador para la persona con discapacidad, así como las que tengan proceso de interdicción en trámite, en el breve plazo, o aquellos procesos que se iniciarán con la nueva regulación. No se cumplen los plazos porque los juzgados manejan una carga procesal exorbitante.

Otra adversidad se presenta para la revisión, variación y cambio en los procesos de apoyos y salvaguardias: realmente, los jueces y los especialistas legales no se dan abasto debido a la excesiva carga procesal que es ventilada en los órganos jurisdiccionales. Peor aún, en muchas ocasiones, estos juzgados no cuentan con capacidad técnica, les falta logística, solo cuentan con materiales desgastados o computadoras malogradas, etcétera.

Por último, para lograr los objetivos establecidos en el reglamento, los operadores jurídicos y la población en general deben tomar conciencia de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás. Es importante también que se brinden varias capacitaciones a todos los operadores jurídicos y a la población sobre las modificaciones referidas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a través de charlas, seminarios, cursos, jornadas académicas, etcétera. Asimismo, es imperativo tanto dotar a los juzgados de materiales logísticos suficientes y computadoras operativas como contratar personal jurisdiccional.

## **9. CONCLUSIONES**

El «modelo social de discapacidad» se afianzó normativamente el 13 de diciembre de 2016 mediante la aprobación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas. Asimismo, se estableció en nuestro Código

Civil a través del D. Leg. n.º 1384. Este paradigma reconoce que las barreras son sociales, lo que significa que la discapacidad recae en la sociedad y no en la persona con discapacidad física, sensorial, intelectual o mental, como equivocadamente sostuvo el modelo rehabilitador.

La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todos los seres humanos y resulta equivocado establecer diferencias entre la «capacidad de goce o derecho» y la «capacidad de ejercicio». En el numeral 13 del contenido normativo del artículo 12 de la Observación General n.º 1, se define con claridad a la capacidad jurídica en los siguientes términos: «La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)».

En la Ley General de las Personas con Discapacidad se recogen postulados importantes establecidos en la Convención. Entre ellos están, por ejemplo, el literal a) del artículo 4, en que se dispone que las políticas y programas de las entidades públicas se sujeten al principio de «respetar la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones; y la independencia de la persona con discapacidad». De manera inequívoca, esta ley significa el umbral para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en nuestro país.

De manera acertada, el artículo 3 del Código Civil acoge la nueva concepción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, fruto del «modelo social de discapacidad» regulado en la Convención. En ese sentido, a estas personas se les reconoce su capacidad de ejercicio para que puedan participar plenamente en la sociedad y en las mismas condiciones que los demás, de manera que pueden tomar decisiones libremente y sin necesidad de que se les imponga una voluntad ajena. Para ello nace la figura jurídica

del «apoyo», la cual se concretiza a través de la elección del mismo sujeto discapacitado; sin embargo, las finalidades o principios de la Convención no se encuentran adecuadamente regulados en nuestra legislación civil.

Los apoyos pueden ser personas naturales o jurídicas, incluso instituciones públicas que, designadas mediante vía notarial o judicial, cooperan o coadyuvan para que los propios sujetos discapacitados puedan tomar sus decisiones de manera voluntaria y libre, procurando que les sean beneficiosas. Es importante señalar que la finalidad y naturaleza del apoyo logra diferenciarse de la institución jurídica de la «curatela». Bajo este modelo de protección, el curador era el representante de la persona discapacitada, y como tal tomaba decisiones sin necesidad de consultar o preguntar las preferencias o voluntad del sujeto discapacitado.

Por su parte, las salvaguardias son las medidas dictadas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada; prevenir el abuso, el conflicto de intereses y la influencia indebida del que presta el apoyo; y evitar la afectación o puesta en riesgo de los derechos de la persona asistida. La aplicación de esas medidas debe ser inmediata.

No existe ninguna duda de que uno de los efectos más importantes que trajo el nuevo tratamiento de la capacidad jurídica es la transición de un sistema de sustitución de toma de decisiones a un sistema de apoyos. Respetamos y estamos de acuerdo con los objetivos y los principios establecidos en la Convención, así como anhelamos que se cumpla a cabalidad. Pero, para ello, es necesario que estos fines y postulados sean regulados en nuestra legislación de manera clara, coherente y lógica; en ese sentido, el legislador peruano, antes de adoptar medidas legislativas, deberá observar nuestra realidad. Lamentablemente, esto no ha ocurrido de manera acertada.

A través del D. Leg. n.º 1384, las personas que no cuentan con discernimiento tienen capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos; por ende, según nuestra legislación civil vigente, las personas con discapacidad que carecen de discernimiento podrán tomar decisiones. No obstante, resulta ilógico que las personas que carecen de discernimiento puedan tomar decisiones porque no poseen noción de la realidad. Estas normas generan una inseguridad jurídica y dan pie a la comisión de una serie de abusos contra estas personas.

En la práctica judicial se advierten varios problemas para la transición al sistema de apoyos, tales como la falta de registro de datos de los expedientes antiguos, dado que muchos de estos fueron enviados al archivo; los cortos plazos frente a la excesiva carga procesal, etcétera. La solución para estos problemas sería ofrecer varias capacitaciones a los operadores y a la población en general sobre las normas con relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, así como dotar a los juzgados de materiales logísticos suficientes y de computadoras operativas, y contratar más personal.

## REFERENCIAS

- Castillo, M. y Chipana, J. (2018). La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (65), 45-50. <https://works.bepress.com/jhoel-chipanacatalan/60/>
- Cieza, J. y Olavarría, M. (2018). Defectos y virtudes de la nueva regulación sobre la capacidad jurídica en lo relativo a personas naturales. *Actualidad Civil*, (52), 45-64.
- Fernández, C. (2014). El Código Civil peruano, treinta años después. En Torres, M. (coord.), *Estudios críticos sobre el Código Civil:*

*análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica.* Gaceta Jurídica.

Santillán, R. (2014). *La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos. Discapacitados, pero no incapacitados.* Gaceta Jurídica.

Tantaleán, R. (2018). El acto jurídico y el derecho sucesorio: sus cambios a partir del Decreto Legislativo n.º 1384. *Actualidad Civil*, (32), 29-44.

Toboso, M. y Arnau, S. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 10(20), [1-20]. [https://www.fuhem.es/wp-content/uploads/2019/08/Discapacidad\\_enfoque\\_Amartya\\_Sen.pdf](https://www.fuhem.es/wp-content/uploads/2019/08/Discapacidad_enfoque_Amartya_Sen.pdf)

Torres, A. (2019). Capacidad de ejercicio. A propósito de los decretos legislativos n.º 1377 y n.º 1384. *Actualidad Civil*, (106).