



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Apoyos y Salvaguardias como formas de asistencia y
medidas de control garantistas del respeto de los derechos
y voluntades de las personas con discapacidad**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Maribel Danitza Caicay Peralta

**Asesor(es):
Dra. María del Rosario de la Fuente Hontañón**

Piura, junio de 2020



APROBACIÓN

La tesis titulada “Apoyos y Salvaguardias como formas de asistencia y medidas de control garantistas del respeto de los derechos y voluntades de las personas con discapacidad”, presentada por la bachiller Mariel Danitza Caicay Peralta en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis: Dra. María del Rosario de la Fuente Hontañón.

M. del Rosario de la Fuente Hontañón

Directora de Tesis





DEDICATORIA

A mis padres, María Elena y Oscar, por estar presentes en cada etapa de mi vida, brindándome su amor, confianza y apoyo incondicional.

A Manuel, por ser mi compañero de batalla ante las adversidades.

Gracias por alegrar mis días.

Esto es por y para ustedes.





Resumen Analítico-Informativo

Apoyos y Salvaguardias como formas de asistencia y medidas de control garantistas del respeto de los derechos y voluntades de las personas con discapacidad.

Mariel Danitza Caicay Peralta.

Asesor(es): Dra. María del Rosario de la Fuente Hontañón.

Tesis.

Abogado.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, junio de 2020.

Palabras claves: Capacidad jurídica, personas con discapacidad, deficiencias, Apoyos, Salvaguardias.

Introducción: Mediante la presente tesis la autora expone el nuevo tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico peruano a partir de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1384 (“D.L. 1384”) que trajo como consecuencia la creación de los Apoyos y Salvaguardias. En el primer capítulo se analizará a dos de los principales Convenios Internacionales de protección de derechos humanos sobre personas con discapacidad suscritos por el Perú, así como la Ley General de la Persona con Discapacidad (“LGPD”). En el segundo capítulo se explicará el motivo de la extinción del proceso de la Interdicción Civil y de la Curatela para las personas con discapacidad, para luego realizar un análisis concienzudo de los Apoyos y Salvaguardias regulados en el Derecho Civil y el Derecho Notarial. Por último, en el tercer capítulo se realizarán comentarios sobre los aciertos y desaciertos en la creación de dichas figuras. Asimismo, se esbozarán propuestas de mejora con el fin de procurar una mayor protección de los derechos y voluntades de las personas con discapacidad.

Metodología: Método descriptivo, comparativo y analítico.

Resultados: Los Apoyos y Salvaguardias deben ser entendidas como figuras jurídicas a las que puedan acceder no solamente personas con deficiencias físicas, mentales, sensoriales e intelectuales de carácter permanente, sino también aquellas con deficiencias de carácter temporal o a largo plazo, pues su razón de ser radica en el soporte que éstas puedan brindar a

todas aquellas personas que necesiten ser asistidas en el ejercicio de su capacidad, ya que independientemente de la temporalidad de sus deficiencias, dichas personas deben ser proveídas con las herramientas necesarias para superar las barreras que limitan su participación plena en la sociedad.

Conclusiones: La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“La Convención”) ha sido el cimiento en base al cual se constituyeron en nuestro país tanto la LGPD como el D.L. 1384, pues es el primer tratado que reconoce a las personas con discapacidad como seres humanos con capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas. La creación de los Apoyos y Salvaguardias a través del D.L. 1384 trajo como consecuencia que en nuestro sistema jurídico se inapliquen la Interdicción Civil y la Curatela con respecto a personas con discapacidad, dado que al reconocérseles una capacidad de goce y de ejercicio plena, deviene en innecesario que éstas tengan que ejercer sus derechos a través de la representación legal de un curador. Los Apoyos tendrán la función de interpretar la voluntad de la persona a quien asisten, debiendo tener en cuenta su trayectoria de vida, las previas manifestaciones de voluntad que hayan realizado, así como toda información que se haya podido recabar de aquellas personas de su entera confianza. Las Salvaguardias, por su parte, tendrán la función de garantizar el respeto de los derechos, voluntades y preferencias de la persona que recibe el apoyo, previniendo el abuso y la influencia indebida de parte de quien les asiste.

Fecha de elaboración del resumen: junio de 2020.

Analytical-Informative Summary

Apoyos y Salvaguardias como formas de asistencia y medidas de control garantistas del respeto de los derechos y voluntades de las personas con discapacidad.

Mariel Danitza Caicay Peralta.

Advisor: Dra. María del Rosario de la Fuente Hontañón.

Thesis.

Abogado.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, junio de 2020.

Keywords: Legal capacity, individuals with disabilities, supports, safeguards.

Introduction: Through this thesis the author exposes the new treatment of the legal capacity of people with disabilities from the entry into force of Legislative Decree 1384 (*D.L. 1384*), which resulted in the creation of Supports and Safeguards. In the first chapter we will analyze two of the main International Agreements on the rights of persons with disabilities, as well as the General Law of Persons (*LGPD*) with Disabilities. In the second chapter we will explain the reason for the termination of the Civil Interdiction and Guardianship process for disabled people and then we will carry out an in-depth analysis of the Supports and Safeguards regulated in Civil Law and Notary Law. Finally, in the third chapter we will comment on the advantages and disadvantages in the creation of those figures. Likewise, I will offer improvement proposals in order to seek greater protection of the rights and wills of people with disabilities.

Methodology: Descriptive, comparative, analytical.

Results: Supports and Safeguards must be understood as legal figures that can be used not only by people with permanent physical or mental impairment but also by those with temporary or long-term disabilities, since their reason for being lies in the assistance that they can provide to those who need to be assisted in the exercise of their legal capacity because regardless of how long their deficiency may last these people should be provided with the tools to overcome the barriers that limit their participation and full inclusion on equal terms in society.

Conclusions: The Convention on the Rights of Persons with Disabilities has been the foundation on which both the *LGPD* and the *D.L. 1384*, since it is the first treaty that recognizes people with disabilities as human beings with legal capacity on equal terms with other people. The creation of Supports and Safeguards through D.L. 1384 brought as a consequence that in our legal system the Civil Interdiction and Guardianship figures are not applied anymore to individuals with disabilities, given that given that by recognizing their legal capacity, it becomes unnecessary for them to have to exercise their rights through the legal representation of a guardianship. The Supports will have the function of interpreting the will of the person they are attending, taking into account their life trajectory, the previous manifestations of will they have made, as well as any information that may have been obtained from those people they trust. The Safeguards, on their part, will have the function of guaranteeing the respect of the rights, wills and preferences of the person receiving the support, preventing abuse and undue influence on the part of the person assisting them.

Summary date: june 2020.



TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1. PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	5
1.1. El ser humano como sujeto de derechos.....	5
1.1.1. Los derechos fundamentales del ser humano y su dignidad como persona	5
1.1.2. Principales Convenios Internacionales de protección de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad suscritos por el Perú.....	6
1.1.2.1. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad	8
1.1.2.1.1. Determinación de los Modelos de Tratamiento de Discapacidad	9
1.1.2.2. Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.....	11
1.1.2.2.1. Determinación de los Modelos de Tratamiento de Discapacidad y su comparación con lo regulado en la CIEFDPD.....	13
1.1.2.2.2. Análisis del concepto de capacidad jurídica regulado en La Convención y el impacto que éste crea en la legislación Peruana.....	16
1.2. Adecuación del ordenamiento jurídico peruano a La Convención, a través de la ley N° 29973: Ley general de la persona con discapacidad	19
1.2.1. Definición y determinación de los Modelos de Tratamiento de Discapacidad en la LGPD, y su comparación con lo regulado en La Convención y la CIEFDPD.....	20
CAPÍTULO 2. DEL MODELO DE REPRESENTACIÓN AL MODELO ASISTENCIAL EN LA TOMA DE DECISIONES: LOS APOYOS Y LAS SALVAGUARDIAS EN EL PERÚ	25
2.1. Antecedentes: Extinción del proceso de la Interdicción Civil y de la Curatela para los discapacitados	25
2.1.1. El proceso de Interdicción Civil	25
2.1.1.1. Legitimidad activa y pasiva.....	25
2.1.1.2. Personas con capacidad de ejercicio restringida reguladas en el artículo 44 incisos 4, 5, 6 y 7 del Código Civil	26
2.1.2. La Curatela	27
2.1.3. ¿Por qué se extingue la Interdicción Civil y la Curatela para los Discapacitados?.....	29

2.2. Apoyos y Salvaguardias	30
2.2.1. Definición y Finalidad.....	30
2.2.2. ¿Quiénes pueden acceder al uso de Apoyos y Salvaguardias?.....	32
2.2.3. ¿Quiénes pueden solicitar y designar Apoyos y Salvaguardias?.....	33
2.2.4. ¿Cuál es el contenido mínimo que deberá tener la Resolución Judicial que designa el Apoyo?	37
2.2.5. Normas procesales en la determinación de Apoyos y Salvaguardias en la vía judicial	37
2.2.5.1. Personas con discapacidad con proceso de interdicción con sentencia firme	38
2.2.5.2. Personas con discapacidad con proceso de interdicción en trámite	38
2.2.5.3. Requerimientos de nuevas solicitudes de designación de Apoyos y Salvaguardias en el ámbito judicial.....	38
2.2.6. Determinación de Apoyos y Salvaguardias en la vía Notarial	39
2.2.6.1. Designación de Apoyos y Salvaguardias bajo los alcances del D.L. 1417 y sus diferencias con el Código Civil y el Procesal Civil	40
2.2.6.2. Designación de Apoyos y Salvaguardias bajo los alcances del D.S. N° 016-2019-MIMP y sus diferencias y similitudes con el Código Civil y Procesal Civil	42
2.2.7. Responsabilidad civil de la persona con discapacidad	43
2.3. Del Control de Convencionalidad a la aplicación del D.L. 1384 en la Jurisprudencia Peruana	44
CAPÍTULO 3. COMENTARIOS SOBRE ACIERTOS, DESACIERTOS Y PROPUESTAS DE CAMBIO EN LA REGULACIÓN DE LAS FIGURAS DE LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS	55
3.1. Crítica y propuesta de cambio sobre el concepto de discapacidad regulado en la LGPD.....	55
3.2. Crítica y propuesta de mejora al Artículo 45 Literal B del Código Civil	56
3.3. Crítica y propuesta de mejora al contenido normativo del Artículo 659 literal A y B del Código Civil.....	58
3.4. Crítica y propuesta de mejora sobre los artículos 22 y 29 del D.S. N° 016-2019-MIMP	61
3.5. Crítica y propuesta de mejora sobre el artículo 28 del D.S. N° 016-2019-MIMP .	61
3.6. Crítica y propuesta de mejora sobre el artículo 34 inciso 1 del D.S. N° 016-2019-MIMP	62
3.7. Crítica y propuesta de mejora al Artículo 659 literal H del Código Civil	63

3.8. Propuesta de obligatoriedad en la designación de Apoyos y Salvaguardias por parte del núcleo familiar de las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad..... 65

3.9. Propuesta de creación de nuevos juzgados de descarga 67

CONCLUSIONES..... 69

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 73





INTRODUCCIÓN

El ser humano es una realidad compleja, imperfecta e inacabada, cuya plena realización como persona se logrará a través de la adquisición de grados máximos de perfeccionamiento, los cuales solamente podrán verse alcanzados a través de un correcto y eficiente cumplimiento de sus necesidades y exigencias básicas propias de su naturaleza¹.

Una de esas exigencias consistirá en vivir en una sociedad en la que se respete su dignidad y se permita un correcto ejercicio de sus derechos sin discriminación alguna, ya que el hombre pese a ser una realidad individual tiene una vocación vital de convivencia².

El 03 de mayo de 2008 fue una fecha trascendental para el ordenamiento jurídico peruano, pues entró en vigor en todo el territorio nacional la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, lo cual trajo como consecuencia que el estado se viera obligado a tomar las medidas necesarias para que en su sistema jurídico se implemente el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Dicha implementación se vio concretada casi diez años después, exactamente un 05 de septiembre de 2018, con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1384, Decreto que regula y reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas (En adelante “D.L. 1384”).

El D.L. 1384 efectúa cambios importantísimos en la regulación de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad tanto en las normas del Código Civil, como en las del Código Procesal Civil y en las Notariales. Prueba de ello es que dejaron de ser considerados “incapaces absolutos” todas aquellas personas que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, y de la misma forma, dejaron de ser considerados como “incapaces relativos” todas aquellas personas con retardo mental y aquellas con deterioro mental que les impide expresar su voluntad.

Las personas con discapacidad pasaron de tener una capacidad de ejercicio restringida a tener una capacidad de ejercicio plena en el desarrollo de sus derechos y deberes pues tras la

¹ Cfr. Castillo, L. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 10, 2 (2012): pp. 233-235.

² Cfr. Castillo, L. Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho. *Foro jurídico: revista de derecho*, 7, (2007): p. 5.

entrada en vigor del D.L. 1384, las figuras jurídicas de la interdicción y de la curatela dejaron de ser aplicables para con las personas con discapacidad.

Con esta nueva regulación, al ser las personas con discapacidad personas completamente capaces de celebrar todo acto y negocio jurídico, y con ello ser sujetos de responsabilidades civiles que surjan como consecuencia de su actuar, nuestro legislador ha instituido las figuras jurídicas de los Apoyos y las Salvaguardias como formas de asistencia y medidas de control que deberán de ejecutarse con la finalidad de garantizar el respeto de los derechos, voluntades y elecciones de las personas con discapacidad.

Dentro de las funciones que deberán desempeñar los Apoyos están el brindar asistencia en la comunicación, en la manifestación de voluntad y en la comprensión de actos jurídicos de la persona que los requiere. Por su parte, las medidas de control a cargo de las Salvaguardias tendrán como función la prevención del abuso o la influencia indebida de quienes ejerzan como Apoyos, evitándose de esta manera cualquier vulneración a los derechos fundamentales de las personas asistidas.

Para evitar analogías en la redacción, diferenciaremos a la figura del Apoyo del verbo apoyo escribiendo a la primera con la inicial en mayúscula.

La finalidad que perseguimos a través de la realización del presente trabajo de investigación consistirá en analizar las consecuencias jurídicas que conlleva la creación de los Apoyos y las Salvaguardias en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, así como proponer recomendaciones de mejora en su desarrollo tanto práctico como teórico en aras a su perfeccionamiento.

En el primer capítulo comentaremos sobre los derechos de las personas con discapacidad y su dignidad como ser humano. Se analizarán similitudes y diferencias en el concepto de discapacidad en 2 de los principales Convenios Internacionales de protección de derechos humanos sobre personas con discapacidad suscritos por el Perú, y en la Ley general de la persona con discapacidad. También se estudiará el concepto “Capacidad Jurídica” regulado en nuestro Código Civil.

Posteriormente, en el segundo capítulo se hará una breve explicación sobre el porqué de la extinción del proceso de la Interdicción Civil y de la figura de la Curatela para los discapacitados, para luego de ello dar paso al análisis concienzudo de las figuras jurídicas de

los Apoyos y Salvaguardias reguladas en el Derecho Civil y el Derecho Notarial. Como parte de dicho análisis también se realizará un comparativo entre ambas regulaciones.

Finalizaremos el presente capítulo comentando 3 casos de jurisprudencia peruana a partir de los cuales se evidencian una evolución en el tratamiento y reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Por último, en el tercer capítulo nos dedicaremos a realizar comentarios sobre los aciertos y desaciertos en la regulación de las figuras de los Apoyos y Salvaguardias tanto en el Derecho civil como en el Notarial. Asimismo, esbozaremos propuestas de mejoras que permitan una mayor protección de los derechos y voluntades de las personas con discapacidad.





CAPÍTULO 1.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1.1. El ser humano como sujeto de derechos

1.1.1. Los derechos fundamentales del ser humano y su dignidad como persona

Tanto la justicia como la paz en el mundo tienen su razón de ser en el tratamiento de la persona como un ser humano con dignidad, de la cual brotan exigencias de obligatorio cumplimiento que han de respetarse de manera absoluta, sin restricciones. Dichas exigencias son los llamados “Derechos Fundamentales”³, entendidos como “La traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad”⁴.

Lo cual significa que la existencia de algunas deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales en algunas personas, no las convierte en menos valiosas que otras, sino muy por el contrario, siguen siendo seres humanos de los cuales se ha de predicar dignidad, respeto y obligatoriedad en el cumplimiento de sus derechos fundamentales, como de todas las personas en general.

Los Derechos Humanos o también llamados Derechos Fundamentales preexistieron a la sociedad y al Estado, son concebidos como derechos naturales inherentes a la persona en razón de su propia naturaleza y cuyo reconocimiento ha sido progresivo en el transcurso del tiempo. Estos Derechos no solo se encuentran protegidos por el sistema jurídico interno de cada país, sino también por normas internacionales a través de los Tratados Internacionales. Con lo cual, deviene en necesaria la existencia de una relación armonizadora entre ambos niveles de protección – el nacional y el internacional-, de tal forma que las tensiones que se llegaran a suscitar entre ambos puedan resolverse siempre de la mejor manera, del modo más favorecedor a la protección de los derechos fundamentales⁵.

Al ser la persona el fin último del Derecho -en la medida que ella es un absoluto, es fin en sí misma-, su objetivo principal será procurar el desarrollo de la persona a través de la adquisición de grados máximos de perfeccionamiento, los cuales solamente podrán obtenerse

³ Cfr. Castillo, L. El valor de la persona humana. *Revista Galega de Cooperación Científica Iberoamericana*, 11, (2005): p.3.

⁴ Sanchis, P. Estudios sobre derechos fundamentales. P. 20. Cit. por: Idid, p. 5.

⁵ Cfr. Castillo, L. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 10, 2 (2012): p. 8.

a través del correcto desarrollo de sus necesidades y exigencias básicas propias de su naturaleza⁶.

Una de esas necesidades consistirá en vivir en una sociedad a través de la cual se le permita un desarrollo pleno de sus derechos, y una efectiva participación en los distintos ámbitos de su vida, procurándose en todo momento la protección y el reconocimiento de su dignidad humana.

Con lo cual, todas y cada una de las decisiones que adopte el poder público como mandatos de obligatorio cumplimiento, no solo no pueden formularse ni mantenerse al margen o ir en contra de la persona, sino que además de ello deberán tener su fundamento en la promoción de su desarrollo, pues “La significación de la Persona permitirá formular y dar contenido a principios como la justicia, la igualdad, la libertad y la solidaridad con base en las cuales se ha de interpretar un dispositivo positivado en el derecho interno (Ley y Constitución) o en el derecho internacional (Convención)”⁷.

1.1.2. Principales Convenios Internacionales de protección de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad suscritos por el Perú

El Estado Peruano en el ejercicio de sus funciones ha suscrito diferentes Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, con la finalidad de proteger y resguardar el correcto ejercicio de los derechos fundamentales de todos sus habitantes, asumiendo obligaciones y adquiriendo derechos entre Estados miembros en el ámbito internacional.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita en 1969, de la que el Perú forma parte, y cuyo contenido le es vinculante desde el 14 de octubre del año 2000⁸, cumple una labor fundamental en la regulación de los tratados internacionales en nuestra legislación interna, pues través de dicho acuerdo los Estados firmantes mediante su libre consentimiento, se comprometieron a reconocer y a cumplir una serie de normas concernientes a la aplicación e interpretación de los tratados a los que se adherían.

⁶ Cfr. Castillo, L. La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. *Gaceta Jurídica*, 6, (2009): p. 10.

⁷ *Ibid*, p. 5.

⁸ Cfr. Agencia Peruana de Cooperación Internacional- APCI [en línea]: *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Disponible en <<http://www.apci.gob.pe/IINNCI/archivos/COMPENDIO/PARTE%202/Convenci%C3%B3n%20de%20Viena%20sobre%20Tratados>> [Consultado 18 de julio de 2019].

La denominación que dicha Convención, en su artículo 2 otorga al “Tratado” es la de ser “Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, con lo cual, a lo largo del presente trabajo habrán veces en las cuales denominaremos al “Tratado” como “Acuerdo” o “Convenio”, sin que ello implique una alteración en su naturaleza jurídica.

Dentro de los mandatos jurídicos asumidos por el Perú tras su adhesión al Convenio de Viena, encontramos lo regulado en sus artículos 26, 27 y 29, mediante los cuales dicha Convención establece la prohibición de invocar disposiciones de su derecho interno como causa de justificación para el incumplimiento de un tratado, pues lo pactado en este, deberá ser de obligatorio cumplimiento en la totalidad de su territorio. Por lo tanto, todo tratado al que se encuentre adherido el Perú deberá ser interpretado conforme a la buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin.

En cuanto a nuestra normativa interna, tenemos que el ordenamiento jurídico peruano, a través de su Constitución Política de 1993 (en adelante “la Constitución”), exactamente en su artículo 55, reconoce como parte del Derecho Nacional a todos aquellos tratados internacionales celebrados por el Estado que se encuentren en vigencia.

Por consiguiente, si tanto los tratados internacionales como la Constitución persiguen el mismo fin que es la protección absoluta de los derechos humanos, resulta lógico pensar que toda disposición normativa que regule un tratado internacional y que positivice exigencias de justicia formuladas en torno a la persona, no pueden estar “Ni por encima ni por debajo de la Constitución, sino que necesariamente por su propia naturaleza y contenido, se colocan en la misma posición que la Constitución, y en ese sentido son Derecho constitucional vigente y exigible”⁹.

En consecuencia, el encontrarnos adheridos a un tratado internacional nos pone en la obligación de revisar y adaptar nuestro sistema jurídico, nuestras políticas y programas de trabajo de acuerdo con lo pactado en este, procurando garantizar en todo momento, su correcta y efectiva aplicación.

⁹ Castillo, L. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 10, 2 (2012): pp. 247-250.

Después de haberse explicado el porqué de la importancia y la obligatoriedad al cumplimiento a un tratado internacional, como acto seguido desarrollaremos las 2 principales convenciones sobre los derechos de las personas con discapacidad suscritas por el Perú, que son: la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

1.1.2.1. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (en adelante “CIEFDPD”) fue aprobada en la ciudad de Guatemala el 07 de junio de 1999, en el vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹⁰.

En Perú fue aprobada por el Congreso de la Republica, el 18 de junio de 2001, mediante Resolución Legislativa N° 27484, y ratificada por el Presidente de la República el 30 de agosto de 2001. Entrando en vigor en todo el territorio peruano el 29 de septiembre de 2001¹¹.

Uno de los principales objetivos procurados por dicha Convención y que se encuentra desarrollado a lo largo de sus catorce artículos, es la prevención y eliminación de todas aquellas formas de discriminación que puedan surgir contra las personas con discapacidad, estableciéndose como regla de obligatorio cumplimiento que los Estados parte tengan que colaborar de manera efectiva con las investigaciones científicas y tecnológicas en aras a la prevención de las discapacidades, buscando en todo momento los medios y recursos para promover una vida independiente y autosuficiente de las personas con discapacidad.

El órgano encargado de dar seguimiento a todos los compromisos suscritos en dicha convención es el “Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra

¹⁰ Cfr. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional -Cejil. *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. En: Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: Compilación de Instrumentos. Buenos Aires: Folio Uno S.A., 2009. pp.193-194.

¹¹ Cfr. Poder Judicial del Perú [en línea]: *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5121460045187ceca767ff01a4a5d4c4/Convencion+Interamericana+para+la+eliminacion+de+todas+las+formas+de+discriminacion+contra+las+personas+con+discapacidad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5121460045187ceca767ff01a4a5d4c4>> [Consultado 20 de Agosto de 2019].

las Personas con Discapacidad” (CEDDIS), el cual se encontrará integrado por un representante designado por cada Estado parte.

1.1.2.1.1. Determinación de los Modelos de Tratamiento de Discapacidad

En el presente capítulo realizaremos un breve análisis de los conceptos “Discapacidad” y “Discriminación contra las personas con discapacidad” regulados por la CIEFDPD en sus artículos 1 y 2 respectivamente, con la finalidad de poder tener un panorama de lo que ha sido el desarrollo de este concepto y el tratamiento que se le ha dado a lo largo de los años, hasta la actualidad.

La CIEFDPD define a la “Discapacidad” como:

Una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Asimismo, define el término “Discriminación contra las personas con discapacidad”, como:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad (...).

No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad (...). En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

De los artículos citados podemos observar que, la CIEFDPD al momento de conceptualizar la palabra “Discapacidad”, engloba dentro de su definición tanto a las deficiencias físicas, mentales o sensoriales, de naturaleza permanente como a las de naturaleza temporal, lo cual, conforme se verificará al término del presente capítulo, concuerda con el concepto de discapacidad regulado en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero difiere del concepto de Discapacidad recogido en nuestra Ley General de las personas con discapacidad.

Ahora, para proceder con la determinación de los “Modelo(s) de tratamiento de discapacidad” utilizados por la CIEFDPD consideramos necesario desarrollar como cuestión previa ¿en qué consisten estos?, razón por la cual, procederemos con una síntesis de las

definiciones de los 3 grandes modelos que han iniciado el tratamiento jurídico hacia las personas con discapacidad: el Modelo de la Prescindencia, el Modelo Rehabilitador y el Modelo Social.

i) Modelo de Prescindencia. Es aquel modelo a través del cual la discapacidad se percibe como un castigo divino, de tal forma que las personas con discapacidad son consideradas como una carga social. Es en razón de ello en base al cual el Estado y la sociedad encuentran el fundamento para prescindir de estas personas, a través de políticas eugenésicas o de marginación. Es en este modelo en el cual se establecía que la discapacidad era concebida como un asunto de salud, donde el problema radicaba en las deficiencias que pudiera tener la persona con discapacidad¹².

ii) Modelo de Rehabilitador. Este modelo surge al finalizar la segunda guerra mundial en el siglo XX, debido al elevado número de personas heridas por el conflicto armado y los accidentes laborales. En este modelo a diferencia del anterior, no se prescindía de las personas con discapacidad, sino por el contrario, las rehabilitaban para que de esta forma puedan incluirse nuevamente a la sociedad. Es considerado un modelo médico rehabilitador debido a que se centra en las deficiencias de las personas e implica un modelo de sustitución en la toma de decisiones, pues se asume que estas personas tienen deficiencias que les impide decidir por sí mismas. Un claro ejemplo de ello es la Ley 27050 o también llamada antigua Ley General de la Persona con Discapacidad, en donde se definía a las personas con discapacidad en base a sus deficiencias¹³.

iii) Modelo Social. Este modelo concibe a la discapacidad como producto de la interacción entre la persona con deficiencias físicas, mentales, sensoriales e intelectuales, y su entorno adverso a ella. Esta manera de entender la discapacidad busca adaptar a la sociedad de acuerdo a las necesidades de las personas con discapacidad, eliminando las barreras que

¹² Cfr. Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. p.25. cit. por: Congreso de la República del Perú [En línea]. *Anteproyecto de ley que modifica el Decreto Legislativo 295 del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica y su implicancia en los libros de personas, acto jurídico, familia, sucesiones, contratos y prescripción y caducidad*. Disponible en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/cedis2013.nsf/pubweb/1D188C29A84F93CC05257E19006D8DE3/\\$FILE/ANTEPROYECTOEDIS.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/cedis2013.nsf/pubweb/1D188C29A84F93CC05257E19006D8DE3/$FILE/ANTEPROYECTOEDIS.PDF)> [Consultado el 10 de agosto de 2019].

¹³ Cfr. Palacios, Agustina. *¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el Derecho Español*. En su: *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar- Dykinson, 2006. pp. 244-246.

existan entre ambas y que impiden su realización como persona, respetando en todo momento su capacidad jurídica¹⁴.

Después de haberse desarrollado los Modelos de tratamiento de Discapacidad, podemos concluir que la CIEFDPD otorga al concepto de “Discapacidad” un tratamiento acorde al Modelo Social, pues entiende dicho concepto como un conjunto de deficiencias que no se encuentran aisladas de la sociedad, sino por el contrario, reconoce en esta un papel protagónico en la creación de factores que limitan y muchas veces hasta impiden a las personas con discapacidad ejercer sus derechos en igualdad de condiciones a las demás personas. Dicha Convención entiende que la discapacidad no se encuentra en la persona per se, sino en la sociedad y en el entorno económico que la rodea, pues son estos los causantes o agravantes de las limitaciones de la capacidad para el ejercicio de sus actividades diarias.

En cuanto al término “Discriminación contra las personas con discapacidad”, consideramos que se ha optado por el Modelo Rehabilitador, pues en dicha definición se reconoce que de darse el caso en el cual la legislación interna prevea la interdicción, ésta no constituirá discriminación. Reconociéndose por tanto a la figura jurídica de la interdicción como válida en cuanto sea necesaria y apropiada para el bienestar de la persona con discapacidad.

Por tanto, a nuestro criterio la CIEFDPD si bien es cierto entiende a la discapacidad conforme al Modelo Social, también es cierto que en su conceptualización aún se evidencian rasgos de la influencia del Modelo Rehabilitador. Lo cual no está mal, pues si nos orientamos en tiempo y espacio, para la fecha en la cual entró vigor, el reconocimiento pleno de los derechos de las personas con discapacidad no se encontraba regulado y reconocido como lo está en la actualidad.

1.1.2.2. Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante “La Convención”) y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sexagésimo primer periodo de sesiones, mediante Resolución NRES/61/106. En el Perú fueron aprobados por el Congreso de la Republica, mediante Resolución Legislativa N° 29127 de fecha 30 de octubre del 2007, y ratificados por el Presidente de la República, mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE de

¹⁴ Cfr. Palacios, A. *Loc. Cit.*

fecha 30 de diciembre de 2007. Entrando en vigor en todo el territorio peruano el 03 de mayo de 2008¹⁵.

El objetivo principal que busca obtener La Convención con su obligatoriedad entre los estados partes es promover, proteger y asegurar que todas las personas con discapacidad ostenten una plena capacidad jurídica para un efectivo goce de sus derechos y libertades fundamentales, procurándose en todo momento el respeto por su dignidad humana.

Como parte de las medidas innovativas instituidas por La Convención, se encuentran la creación de las figuras jurídicas de los Apoyos y Salvaguardias como formas de asistencia y medidas de control garantistas del respeto hacia los derechos y voluntades de las personas con discapacidad.

Dentro de la organización interna de La Convención se encuentra el “Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (en adelante el “Comité”) como órgano encargado de supervisar el efectivo cumplimiento de todos los compromisos suscritos. Los miembros de dicho comité deberán ser personas de gran integridad moral y con reconocida competencia.

En lo que respecta al Protocolo Facultativo, podemos decir que su importancia radica en que atribuye al Comité, la autoridad para examinar todas aquellas denuncias individuales que se realicen con respecto a la vulneración de cualquiera de los derechos regulados en La Convención. La competencia que tenga dicho Comité será procedente siempre y cuando la persona haya agotado las vías procesales correspondientes en su sistema jurídico a nivel nacional. Por consiguiente, todo lo relativo a las denuncias o reservas sobre el contenido del Protocolo Facultativo, así como el trámite del proceso que deban seguir las denuncias a cargo del Comité, se encuentra establecidos en él¹⁶.

¹⁵ Cfr. Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad - CONADIS [En línea]. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Disponible en <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/1147_GOB497.pdf> [Recuperado el 30 de junio de 2019].

¹⁶ Cfr. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Derechos Humanos [En línea]. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-Material de promoción: Serie de Capacitación Profesional N° 15*. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf> [Consultado el 15 de junio de 2019]

Para que el Protocolo Facultativo sea aplicable a los estados partes de La Convención, es necesario su suscripción y ratificación. En la actualidad, abril de 2020, forman parte de La Convención 181 estados¹⁷, y de su Protocolo Facultativo 96 estados¹⁸.

Existe un antes y después de la entrada en vigor de La Convención, pues gracias a ella se vislumbra un cambio radical en el panorama jurídico de las personas con discapacidad, no por establecerse derechos “nuevos” pues todos ellos ya estaban anteriormente proclamados en otros Acuerdos Internacionales y ya les eran reconocidos por su condición de seres humanos con dignidad, sino por el nuevo tratamiento otorgado al ejercicio de la capacidad, pues inserta un concepto de capacidad jurídica basado en una igualdad de derechos a fin de lograr una tutela efectiva de su voluntad¹⁹.

1.1.2.2.1. Determinación de los Modelos de Tratamiento de Discapacidad y su comparación con lo regulado en la CIEFDPD

Siguiendo con la estructura de trabajo del subcapítulo anterior, procederemos con el análisis de los conceptos de “Discapacidad” y de “Discriminación por motivos de discapacidad” regulados por La Convención, para luego de ello proceder a realizar un comparativo de la regulación de dichos conceptos con los de la CIEFDPD.

En el literal e) del preámbulo de La Convención, se define a la “Discapacidad” como:

Un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencia y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

De igual manera, su artículo 1, regula lo siguiente:

(...)

¹⁷ Cfr. Colección de Tratados de las Naciones Unidas [En línea]. *Estado de los tratados: Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Disponible en < https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en > [Consultado el 20 de abril de 2020].

¹⁸ Cfr. Colección de Tratados de las Naciones Unidas [En línea]. *Estado de los tratados: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Disponible en < https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&clang=_fr > [Consultado el 20 de abril de 2020].

¹⁹ Cfr. Vivas, I. Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad. *Pensar, Revista de Ciencias Jurídicas*, 20,3 (2015): pp.829-831

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

De lo expuesto se observa que, a diferencia de la CIEFDPD, La Convención sí define a la discapacidad como un concepto que evoluciona en el tiempo, no limitándolo solamente a aquellas deficiencias físicas, mentales y sensoriales, sino extendiéndolo también hasta las intelectuales.

Otra de las diferencias que podemos advertir es que La Convención no solo señala al entorno económico y social como factores causantes de la discapacidad, sino que va más allá, pues al hacer referencia al término “diversas barreras”, incluye dentro de ellas no solo a las económicas y sociales, sino también a las culturales, políticas, físicas, laborales, entre otras.

Por último, podemos evidenciar que de lo regulado en su artículo 1, La Convención, al referirse al término “personas con discapacidad” en estricto no lo define ya que lo único que hace es indicar que dicha expresión “incluye” a aquellas personas con deficiencias a largo plazo, mas no que son las únicas²⁰. Por tanto, el hecho que La Convención no utilice la expresión “son”, sino la expresión “incluye”, nos hace pensar que su intención no fue crear una lista con *números clausus* de lo que podría entenderse como persona con discapacidad, sino por el contrario, lo que procuró fue tener una lista abierta para que dentro de este término puedan incluirse todas aquellas personas con deficiencias sin importar la temporalidad de las mismas.

Nuestra postura se ve reforzada cuando verificamos que nuestro modo de interpretar se condice con lo postulado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Derechos Humanos, la cual también considera que la manera correcta de interpretar lo definido por La Convención sobre el término “Personas con Discapacidad”, es que este no limita dicha condición a un determinado grupo de personas en concreto, sino

²⁰ Cfr. Barrifi, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Tesis (Disertación doctoral: Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho). Madrid: Universidad de Carlos III de Madrid, 2014.

que de esta forma abarca a todos los tipos de discapacidad existentes, como es el caso de las personas con discapacidad temporal o a largo plazo²¹.

El siguiente artículo bajo análisis será el 2, que es aquel mediante el cual La Convención define el término “Discriminación por motivos de discapacidad”, entendiéndose como tal a:

Cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

Si realizamos una comparación entre la citada definición y la regulada en la CIEFDPD, tomando en cuenta que entre la dación de una y otra existe una diferencia de 7 años, podemos decir que La Convención ejemplifica un claro avance en el tiempo y en el Derecho para el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, pues a diferencia de la CIEFDPD, La Convención no solo les reconoce una capacidad de goce, sino también una de ejercicio, lo cual involucra un cambio radical en el tratamiento y en la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pues este reconocimiento de la capacidad de goce y ejercicio para con las personas con discapacidad deberá de realizarse en igualdad de condiciones con las demás personas.

Otra de las diferencias advertidas es que, La Convención sí añade y precisa dentro de su definición los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo en los que se desarrollan los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, algo que la CIEFDPD no logra hacer.

La Convención a diferencia de la CIEFDPD, al definir el término “Discriminación por motivos de discapacidad” no hace mención en ninguna parte de ella a la figura de la “Declaración de Interdicción”, y esto se debe porque La Convención a lo largo de su contenido, sí regula y sí reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pues la figura de la interdicción ya no es de aplicación para ellas, pues estas ostentan capacidad de ejercicio plena.

²¹ Cfr. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Derechos Humanos [En línea]. *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Guía de formación. Serie de capacitación profesional N° 19.* Disponible en < https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_sp.pdf > [Consultado el 15 de agosto de 2019]

Ahora, en lo referente a los “Modelos de tratamiento de discapacidad” utilizados por La Convención tanto en su definición de discapacidad como en su definición de discriminación por motivos de discapacidad, sostenemos que La Convención se adhiere por un tratamiento acorde al Modelo Social, dado que, no considera a la discapacidad como un concepto aislado de la sociedad, sino por el contrario la reconoce como el resultado obtenido de la sumatoria de: las personas con deficiencias, y las barreras sociales que estas pudieran tener para el ejercer sus derechos y libertades en los distintos ámbitos de su vida.

1.1.2.2.2. Análisis del concepto de capacidad jurídica regulado en La Convención y el impacto que éste crea en la legislación Peruana

La raíz etimológica de la palabra “capacidad” proviene del latín *capacitas*, que tiene como derivativo el verbo *capio* cuyo significado es tomar, agarrar, apoderarse. La persona con capacidad, por lo tanto, sería aquella que tiene la posibilidad de tomar decisiones en sus actividades.

Existen dos dimensiones de la capacidad ante el Derecho: por un lado, tenemos la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, a la cual se le conoce como Capacidad Jurídica, y por otro, la aptitud para ejercer esos derechos con plena eficacia jurídica, también conocida como Capacidad de Ejercicio²².

La capacidad jurídica o también llamada capacidad de goce es comúnmente definida como aquella aptitud del hombre para ser titular de derechos y deberes, siendo considerada como una cualidad inherente que ostenta todo ser humano para la realización de actos jurídicos. Dicha capacidad se identifica con la personalidad jurídica y la subjetividad jurídica del ser humano, constituyéndose como la “dimensión estática” del derecho, llegándose a considerar como la posibilidad o potencialidad de ser titular de derechos y obligaciones²³.

La capacidad de ejercicio o también llamada capacidad para obrar puede ser definida como aquella facultad que necesita tener una persona para producir actos jurídicos con eficacia jurídica. Su manifestación de voluntad tendrá efectos para sí misma y para con los demás, ya sea en ejercicio de su capacidad negocial, como en la asunción de responsabilidades por las consecuencias de sus actos u omisiones. La capacidad para obrar vendría a ser la aptitud de la

²² Cfr. Martínez De Aguirre, C. *La persona y el derecho de la persona*. En su: Curso de Derecho Civil. Madrid: Colex, 2015, p.30.

²³ *Ibid*, p. 33

persona para dar vida a aquellas relaciones jurídicas que han de afectarle ya sea activa o pasivamente²⁴.

La Convención regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su artículo 12, de la siguiente manera:

(...)

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

(...)

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, (...) a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Como es de conocimiento, un tratado de derecho internacional es de obligatorio cumplimiento entre sus estados miembros, pues genera en ellos una imperiosa necesidad de adoptar determinadas medidas para adecuar su ordenamiento jurídico conforme a lo pactado. Por tanto, no queda duda entonces, que en cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo, tanto en Perú como en los demás 181 estados firmantes, deberá existir un reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas en todos los aspectos de su vida.

Existen diferentes posturas doctrinarias con respecto a esta nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en La Convención, lo cual ha originado intensos debates entre ellos. Nosotros, realizaremos una síntesis de 3 de las posturas más destacadas.

En primer lugar. Tenemos a un sector de la Doctrina Española representada por Patricia Cuenca, ella advierte que el sistema jurídico de su país ataca frontalmente al principio de la dignidad humana, dado que en España el sistema de Incapacitación regulado para las personas mayores de edad con discapacidad²⁵ trae como consecuencia una limitación del ejercicio de su capacidad jurídica. Patricia Cuenca propone una inmediata eliminación de la distinción entre

²⁴ Cfr. Puig Brutau, J. *Compendio de derecho civil*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 1987. pp. 158- 160.

²⁵ Artículos 199, 200 y 201 del Código Civil Español

capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, pues a su modo de entender, si La Convención unifica a ambas capacidades como una sola bajo el término Capacidad Jurídica, el sistema jurídico Español debería hacer lo mismo²⁶.

En segundo lugar. En la Doctrina Peruana, tenemos a Alex Plácido, quien muestra afinidad con la postura anterior, pero añadiéndole cierto matiz, pues para él es correcto que se elimine la distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio para con las personas con discapacidad, pero no solo eso, sino que propone que esta distinción sea predicable en absolutamente todas las personas incluso para las menores de edad. Con lo cual, para él, cualquier restricción legal que pueda producir alguna limitación en el uso de la capacidad de ejercicio, como por ejemplo regímenes legales de incapacidad, de interdicción y de curatela, deberían ser derogados de nuestro Código Civil²⁷.

En tercer lugar. Como otra exponente de la Doctrina Española tenemos a Nuria Martínez. Para ella, el término capacidad jurídica regulado en el artículo 12 de La Convención abarca tanto a la capacidad de goce o capacidad jurídica propiamente dicha como a la capacidad de ejercicio. Sin embargo, a diferencia de Patricia Cuenca, Nuria Martínez sostiene que no puede existir unanimidad de estos conceptos, sino por el contrario, debe de respetarse la coexistencia de ambos, pues se está hablando de dos modelos de capacidades con regulaciones diferentes. Por tanto, a su modo de interpretar, La Convención recoge bajo el término “Capacidad jurídica” tanto a la capacidad de goce y de ejercicio, pero respetando la identidad conceptual de cada una de ellas²⁸.

En base a lo expuesto, conviene hacer reflexión sobre cuál de estas posturas es la que mejor encaja en el concepto de capacidad jurídica adaptado en nuestra nación.

En Perú, el concepto de capacidad jurídica de las personas con discapacidad se encuentra regulado en su artículo 3 del Código Civil de 1984, de la siguiente manera:

²⁶ Cfr. Cuenca, P. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Unidad de La Rioja-Redur*, 10 (2012): pp. 79-80.

²⁷ Cfr. Plácido, A. *Discapacidad y capacidad jurídica: a propósito del Decreto Legislativo N° 1384 que adecúa el Código Civil a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. En: Varsi, Enrique [et. al.] *Derecho Procesal de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2019. p. 107-109.

²⁸ Cfr. Martínez, N. *Viaje al tratamiento jurídico de las personas con discapacidad: una visión global del camino*. En: Sánchez, En Heredia, Lerdys [et. al.] *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. p. 461.

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 (...).

Asimismo, regula la capacidad para obrar o capacidad de ejercicio en su artículo 42, enunciando que:

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 (...).

Tras un análisis del contenido normativo de ambos artículos, podemos advertir que nuestro ordenamiento jurídico adopta una forma de entender a la capacidad jurídica conforme al modelo dual de capacidad, pues pese a que nuestro Código Civil recoge bajo el mismo término “Capacidad jurídica” al concepto de capacidad de goce y al de capacidad de ejercicio, haciéndolas coexistir a ambas como compatibles, no las equipara, ni las hace equivalentes, pues cada una ostenta una naturaleza y una regulación distinta, respetando su identidad y las particularidades propias de cada una de ellas.

Por tanto, cuando a lo largo del presente trabajo de investigación mencionemos el término “Capacidad jurídica”, deberemos entender que estamos haciendo referencia a ambas capacidades: tanto a la de goce como a la de ejercicio. Ahora, cuando el contexto lo amerite, y requiramos hablar de cada una de ellas de manera singular, por separado, las nombraremos según su propia denominación.

1.2. Adecuación del ordenamiento jurídico peruano a La Convención, a través de la ley N° 29973: Ley general de la persona con discapacidad

El Perú en su calidad de estado parte de La Convención, ha revisado y ha adoptado su legislación interna, así como sus políticas y programas de trabajo en pro de la igualdad y respeto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Una muestra clara de ello es la creación de la Ley 29973: Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPD), publicada en el Diario Oficial el Peruano el 24 de diciembre de 2012, y cuya entrada en vigor en todo el territorio nacional se dio el 25 de diciembre de 2012.

Antes de proseguir con el desarrollo de la LGPD, considero pertinente señalar que con anterioridad a su entrada en vigor, existió la Ley 27050, también llamada Ley General de la Personas con Discapacidad (En adelante “Ley 27050”), vigente en el Perú desde el 06 de

enero de 1999²⁹; sin embargo, esta encontró su fin el 25 de diciembre de 2012 con la entrada en vigor de la “nueva” LGPD, pues en cumplimiento de artículo I del título preliminar del Código Civil, una ley puede derogar a otra ley por declaración expresa, cuando la materia de esta se encuentra íntegramente regulada por la nueva.

La LGPD es producto de la adhesión del Perú a La Convención, pues a diferencia de la Ley 27050 en donde se realiza un tratamiento de la discapacidad conforme al Modelo Rehabilitador, en esta sí se realiza un tratamiento conforme al Modelo Social.

Una cuestión interesante a mencionar es que después de poco más de un año de la entrada en vigor de la LGPD, se aprobó mediante D.S. N° 002-2014-MIMP su reglamento, el que entró en vigor en todo el territorio nacional el 09 de abril de 2014. Este consta de 117 artículos y de 16 Disposiciones Complementarias Finales, y contribuye con la LGPD en el logro de una mejor regulación de todos aspectos de su competencia.

Tal y como se encuentra regulado en su artículo 1, la LGPD tiene por finalidad establecer el marco legal para la promoción, protección y realización de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas. Procurando, su desarrollo e inclusión plena y efectiva tanto en su vida política, como en la económica, social, cultural y tecnológica.

1.2.1. *Definición y determinación de los Modelos de Tratamiento de Discapacidad en la LGPD, y su comparación con lo regulado en La Convención y la CIEFDPD*

La definición que la LGPD otorga al término “Persona con discapacidad” se encuentra regulada en su artículo 2, estableciendo que:

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

Tras una interpretación literal al citado artículo, podemos observar que, a diferencia de lo que podría interpretarse del artículo 1 de La Convención, y de lo expresamente regulado en el

²⁹ Cfr. Plataforma Única del Estado Peruano [En línea]. *El Conadis presenta la campaña de sensibilización “Dígalo con respeto, persona con discapacidad”*. Disponible en <<https://www.gob.pe/institucion/conadis/noticias/28575-el-conadis-presenta-la-campana-de-sensibilizacion-digalo-con-respeto-persona-con-discapacidad>> [15 de septiembre de 2019]

artículo 1 de la CIEFDPD, la LGPD al definir el término “Persona con Discapacidad”, excluye de este concepto – de forma indubitable- a aquellas personas que sufren una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter temporal o a largo plazo, pues bajo su definición una persona es considerada discapacitada solamente si es que tiene deficiencias de carácter permanente. Lo cual a nuestro criterio, debe cambiar.

En lo que atañe al Modelo de Discapacidad acogido en la LGPD, podemos advertir que al igual que La Convención y a diferencia de la CIEFDPD, adopta para la discapacidad un concepto acorde al Modelo Social, pues no considera a la discapacidad como un concepto totalmente ajeno a la sociedad, sino por el contrario, reconoce una relación directamente proporcional entre las personas con discapacidad y las barreras actitudinales de su entorno que limitan su desarrollo e inclusión.

En el Perú, los ciudadanos con discapacidad tuvieron que esperar más de 4 años desde la entrada en vigor de La Convención, para que pueda existir la LGPD en todo su territorio nacional. La espera valió la pena, ya que la LGPD a lo largo de sus 86 artículos desarrolla y propone políticas y programas del Estado para el reconocimiento de una serie de principios y derechos de las personas con discapacidad.

Diez de sus principales regulaciones son:

Primero. El Perú deberá garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a distintos formatos y medios utilizables para su comunicación. La utilización de estos se extiende a los procesos judiciales y los procedimientos administrativos que se sigan ante la administración pública y los proveedores de servicios públicos. En este último supuesto, dichas entidades deberán proveer de manera gratuita el servicio de un intérprete cuando la persona con discapacidad lo requiera.

Segundo. Con respecto a la educación, las Universidades, Institutos y escuelas públicos y privados, se encuentran en la obligación de incluir en su currículo estudios de asignaturas sobre accesibilidad y el principio de diseño universal. Dichas instituciones están obligadas a reservar el 5% de las vacantes ofrecidas en sus procesos de admisión por especialidad profesional para la postulación de personas con discapacidad.

Tercero. En lo que corresponde al sector Salud, se estableció la obligación por parte del Ministerio de Salud para garantizar y promover el ingreso de la persona con discapacidad a un sistema de aseguramiento universal que garantice prestaciones de salud, de rehabilitación y de

apoyo de calidad. Por lo tanto, el Estado Peruano también garantizará el acceso de la persona con discapacidad a los productos y servicios ofertados por las aseguradoras privadas.

Cuarto. En cuanto al deporte, el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) y el Instituto Peruano del Deporte (IPD) están en la obligación de promover la creación de federaciones deportivas de personas con discapacidad que demanden las diferentes discapacidades, con la finalidad de que el Perú pueda integrarse al Comité Paralímpico Internacional (CPI) y otras instituciones del deporte.

Quinto. En lo que respecta al trabajo, se establece que la persona con discapacidad tiene derecho a trabajar en igualdad de condiciones con las demás personas, en un trabajo cuya elección sea libre, y donde exista igualdad de oportunidades y de remuneración.

Sexto. Se creó la figura de la “Empresa promocional de Personas con Discapacidad” entendiéndose por ella a aquella empresa constituida como persona natural o jurídica, que cuenta por lo menos con un 30% de personal con discapacidad, y en donde un 80% de este personal desarrolla actividades directamente vinculadas con el objeto social de la empresa.

Séptimo. Estableció que las personas con discapacidad mayores de edad que sean beneficiarias a una pensión de orfandad según el régimen previsional no verán afectado el cobro de dicha pensión siempre y cuando perciban una remuneración que no sea mayor a 2 remuneraciones mínimas vitales del lugar de su trabajo habitual. Las personas con discapacidad severa que se encuentren en una situación de pobreza determinada bajo los criterios del Sistema de Focalización de Hogares (Sisfoh), y que no tenga un ingreso o pensión que provenga del ámbito público o privado, tiene derecho recibir una pensión no contributiva a cargo del Estado. El reglamento fija las condiciones y requisitos para el progresivo acceso a este beneficio. Corresponde a las direcciones de Salud expedir los certificados de discapacidad severa y a Conadis registrarlos.

Octavo. Se instaure el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) como órgano especializado en aquellas cuestiones relativas al tratamiento de la discapacidad en el Perú. Sus funciones se encuentran reguladas en el artículo 64 de la LGPD. También se establece el Sistema Nacional para la Integración de la persona con discapacidad (Sinadipes) como un sistema encargado de asegurar el cumplimiento de todas las políticas públicas que orientan toda aquella intervención que realice el Estado Peruano en materia de discapacidad. El Conadis es el ente rector del Sinadipes.

Noveno. Se constituye al certificado de discapacidad como único documento válido para acreditar la condición de discapacidad de una persona. En dicho certificado se deberá considerar la limitación en la actividad y la restricción en su participación en la sociedad.

Décimo. Se implementa un Registro Nacional de la persona con Discapacidad a cargo del Conadis, encargada de compilar y organizar toda la información proporcionada por las entidades públicas de los diferentes niveles del gobierno, que se encuentre relacionada a las personas con discapacidad y sus organizaciones.





CAPÍTULO 2.

DEL MODELO DE REPRESENTACIÓN AL MODELO ASISTENCIAL EN LA TOMA DE DECISIONES: LOS APOYOS Y LAS SALVAGUARDIAS EN EL PERÚ

2.1. Antecedentes: Extinción del proceso de la Interdicción Civil y de la Curatela para los discapacitados

2.1.1. El proceso de Interdicción Civil

El proceso de interdicción civil, o también llamado en la legislación comparada, proceso de incapacitación³⁰, se encuentra regulado en nuestro país tanto en el Código Civil como en el Código Procesal Civil. Por tanto, el contenido que desarrollaremos a lo largo del presente capítulo tendrá como fuente principal de información lo regulado en los mencionados compendios normativos.

Es un proceso contencioso cuyo trámite se realiza mediante vía sumarísima, y cuya competencia le corresponde al Juez de Familia del lugar del domicilio en donde se encuentre el demandado o también, a elección del demandante, es competente el juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales.

La pretensión que se busca tras la interposición de una demanda de interdicción civil es la declaración judicial del estado de incapacidad del demandado, por lo tanto, se dirige contra la persona cuya interdicción se solicita, o de manera excepcional, contra aquellas que teniendo derecho a solicitar dicha interdicción, no lo hubieran hecho- en el presente capítulo solo se estudiará el primer supuesto-.

2.1.1.1. Legitimidad activa y pasiva

Para que exista una legitimidad pasiva del demandado, es necesario que cumplan con 2 requisitos: el primero es que debe ser mayor a 18 años de edad o excepcionalmente, menor a 16 años de edad que haya adquirido capacidad jurídica legalmente por haber contraído matrimonio o haber obtenido un título oficial que le autorice ejercer una profesión ; y el segundo es que solamente puede ser dirigido contra las personas enunciadas en el artículo 44 numerales del 4 al 7 del Código Civil que son: los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos. Excepcionalmente, en el caso de estos dos últimos, la

³⁰ Cfr. Moreno Roca, E. *La protección jurídico patrimonial de la persona con discapacidad psíquica a la luz de la convención internacional de derechos de personas con discapacidad*. Tesis (Disertación doctoral: Derecho y Ciencias Políticas). Valencia: Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, 2017. p. 284.

demanda de interdicción no procederá cuando se acredite su discapacidad a través de un certificado emitido por la autoridad correspondiente. Esto debido a que, al ser reconocidos los ebrios habituales y los toxicómanos como personas con discapacidad, la ley les atribuye capacidad jurídica plena, pudiendo con ello, designar Apoyos y Salvaguardias para el ejercicio de su capacidad.

A modo de aclaración, debe tenerse presente que existe un único supuesto en el que la declaratoria de interdicción no le es impuesta a una persona a través de un proceso de interdicción civil, es el caso de las personas que sufren una condena penal que lleva anexa la sanción de la interdicción civil. Los límites de la restricción de su capacidad jurídica dependerán del hecho punitivo. A modo de ejemplo, se encuentra lo regulado en los artículos 36 y 108 del Código Penal, y es el caso de aquellas personas condenadas por el delito de feminicidio, a quienes además de imponérseles una pena privativa de la libertad no menor de 20 años, se les sanciona con una incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, y con la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas determinadas por el juez.

Excepcionalmente, en cualquier estado del proceso judicial, por considerarse necesario, el juez tiene la potestad de decidir privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada, y con ello designarle un curador provisional.

Con respecto a la legitimidad activa del demandante: en el caso del pródigo y del mal gestor, es necesario que lo solicite su cónyuge, sus herederos forzosos, y por excepción, el Ministerio Público de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados. En el caso del ebrio habitual y del toxicómano, es necesario que lo solicite su cónyuge, los familiares que dependen de él y, por excepción, el Ministerio Público de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o se encuentren incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena.

2.1.1.2. Personas con capacidad de ejercicio restringida reguladas en el artículo 44 incisos 4, 5, 6 y 7 del Código Civil

A fin de comprender con exactitud las causas en las que se fundan la restricción de la capacidad de ejercicio de las personas declaradas interdictas, a través de un proceso de interdicción, es necesario como primer paso, definir lo que el Código civil entiende por pródigos y malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos.

El pródigo es aquella persona que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible. El mal gestor a aquella persona que, teniendo cónyuge y herederos forzosos, ha realizado malas gestiones que han originado una pérdida en más de la mitad de sus bienes. En este último caso, queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.

Los ebrios habituales y los toxicómanos son aquellas personas que por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que pueden generar toxicomanía o del uso de drogas alucinógenas: se exponen a ellos mismo o a sus familiares a caer en la miseria, requieran asistencia permanente, o amenazan a la seguridad ajena.

La importancia del proceso de interdicción civil radica en que, para que una persona sea efectivamente restringida de su capacidad de ejercicio a través de este proceso, y por ende deba ejercer sus derechos a través de la representación legal de un curador, es absolutamente necesario e imprescindible que la demanda de interdicción haya sido declarada funda y con ella se haya declarado judicialmente la interdicción del demandado.

Con lo cual, la sentencia emitida en el proceso de interdicción tiene un carácter constitutivo, puesto que, sus efectos originan una situación jurídica inexistente con anterioridad a la interposición de este, provocando que la persona declarada interdicto deba someterse a un régimen de representación a través de un curador³¹.

La resolución de sentencia que imponga una interdicción civil, y que tenga calidad de ejecutoriada deberá ser inscrita en Registro de Personas Naturales.

2.1.2. La Curatela

La Curatela es una figura jurídica de protección y guardia creada por el derecho, que tiene por objetivo suplir la capacidad de ejercicio de las personas declaradas incapacitadas a través del proceso de interdicción civil. El curador es la personificación de la figura de la curatela³².

Los fines de la curatela en el caso de los pródigos, malos gestores, ebrios habituales y los toxicómanos va a consistir en la administración de bienes, y la representación del interdicto en asuntos específicos determinados por el juez. Para los ebrios habituales y los toxicómanos, la curatela también tendrá como funciones la protección de su integridad, su tratamiento y eventual rehabilitación. Por consiguiente, al ejercer el curador actos de administración de los

³¹ Cfr. Gómez de Liaño, F. *El proceso civil*. 2ª ed. Oviedo: Forum, 1992. p. 416.

³² Cfr. Moreno Roca, E. *op. cit.*, p. 290.

bienes del interdicto, está obligado a dar cuentas de su administración tanto anualmente como al cese del cargo.

La designación del curador le corresponde al juez oyendo al consejo de familia. El establecimiento de sus facultades y obligaciones correspondientes en cada caso en concreto, también son competencia del juez de familia que dictó la sentencia de interdicción. Sin embargo, cabe advertir que existe una excepción a dicha regla -establecida también en el Código Civil-, y es el caso de los adultos mayores con capacidad de ejercicio plena, quienes pueden nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos y el alcance de sus facultades, por escritura pública con la presencia de 2 testigos, en previsión de ser declarados judicialmente interdictas en el futuro. De la misma forma, también podrán disponer en qué personas no debe recaer tal designación. Dicha Escritura pública deberá ser inscrita en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp). Por lo tanto, de cumplirse este último supuesto, el juez a cargo del proceso de interdicción será quien deba recabar la certificación del dicho registro, a efectos de realizar una verificación a la existencia del correcto nombramiento del curador, puesto que, de serlo, tal designación vincula obligatoriamente al juez.

El nombramiento de un curador para el penado es un caso aparte, pues esta lo solicita el fiscal dentro de las veinticuatro horas de ejecutoriada la sentencia penal que conlleve la interdicción civil; también lo podrán solicitar el cónyuge y los parientes. Las funciones que realiza el curador se limitarán a la administración de los bienes, a la representación en juicio del penado y a cuidar de la persona y bienes de los menores o incapaces que se hallaren bajo la autoridad del interdicto hasta que se les provea de tutor o de otro curador.

Nombrando algunos de los efectos que produce la curatela en el pródigo, como el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano, se tiene que no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. Las demás limitaciones que puedan recaer sobre la capacidad jurídica de los interdictos en cuanto a los actos de administración de su patrimonio, los decidirá el juez. Por tanto, el curador y las personas legitimadas para demandar la interdicción podrán solicitar la anulación de todos aquellos actos patrimoniales que se realicen en contravención de lo enunciado. Teniéndose en cuenta que esta nulidad no puede predicarse de aquellos contratos celebrados en relación con las necesidades de su vida ordinaria.

Con respecto al fin de la curatela, en el supuesto del condenado a pena que lleva anexa la interdicción civil, acaba al mismo tiempo que la privación de su libertad. El liberado bajo condición continúa bajo curatela.

En el caso de la curatela del pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano, termina por declaración judicial que levanta la interdicción, la que solamente se produciría si el juez determina que las causas que originaron la restricción de la capacidad de ejercicio de las personas declaradas interdictas, ya no se existen. Su rehabilitación solo se podrá solicitar cuando durante más de dos años no ha dado lugar a ninguna queja por hechos análogos a los que originaron la curatela.

La declaración judicial de rehabilitación puede ser solicitada por el mismo interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar. Se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, en su caso. Las resoluciones que rehabiliten a las personas interdictas en el ejercicio de los derechos civiles deberán ser inscritas en el Registro de Personas Naturales.

Cuando la curatela corresponde a los padres se rige por las disposiciones referentes a la patria potestad. Para todo lo demás no previsto en la curatela, se rige por las normas de la Tutela.

2.1.3. ¿Por qué se extingue la Interdicción Civil y la Curatela para los Discapacitados?

Como es sabido, la LGPC dispuso la creación de una comisión especial encargada de revisar el Código Civil en lo concerniente al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La consecuencia inmediata de ello fue la creación del Decreto Legislativo 1384 que como ya hemos dicho, entró en vigor en todo el territorio nacional fue el 05 de septiembre de 2018.

Dicho decreto realizó una serie de modificaciones tanto en el Código Civil, como en el Código Procesal Civil y en el Decreto Legislativo del Notariado. Todas ellas versan sobre las nuevas regulaciones a seguirse para lograr un reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en aras a un efectivo cumplimiento de la promoción de la igualdad y el respeto por sus derechos.

Por lo tanto, si las personas con discapacidad ostentan capacidad jurídica plena para realizar por ellas mismas el ejercicio de sus derechos, resulta más que evidente que a ellas no les es aplicable el proceso de interdicción civil, pues no se les podrá declarar judicialmente como incapaces. En consecuencia, tampoco les será aplicable la figura de la curatela, pues ya no necesitan ejercer sus derechos a través de la representación legal de su curador.

El D.L. 1384 deroga el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, el cual otorgaba el estatus de “incapaz absoluto” a aquellas personas que por cualquier causa se encuentran privadas de discernimiento, y deroga los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil, los cuales consideraban con “capacidad de ejercicio relativa” a las personas con retardo mental y a las personas que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Tal es así que hoy en día, todas ellas y en general todas las personas con discapacidad en el Perú, son libres de designar a su entera elección las figuras de los Apoyos y Salvaguardias que consideren pertinentes para coadyuvar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Sus significados, finalidades, formas de uso y demás conceptos, serán parte del análisis que desarrollaremos a continuación.

2.2. Apoyos y Salvaguardias

La primera vez de la que se habló sobre la existencia de las figuras jurídicas de los Apoyos y Salvaguardias, fue en los incisos 3 y 4 del artículo 12 de La Convención.

Consideramos a dicho artículo como el eje principal en base al cual gira el presente trabajo de investigación, pues es a través de este que, por vez primera, en todo el mundo, se crean y regulan las figuras jurídicas de los Apoyos y Salvaguardias para las personas con discapacidad.

El Perú es uno de los pocos países que ya adaptó su sistema jurídico en base a los preceptos vinculantes establecidos en La Convención, pues la creación de la LGPD y la entrada en vigor del D.L. 1384, procuran en todo momento un reconocimiento pleno e íntegro de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, de tal forma que esta sea ejercida en igualdad de condiciones que las demás personas. El alcance, contenido y finalidad de la LGPC ya ha sido desarrollado en el capítulo anterior, con lo cual, en el presente capítulo se hablará sobre el D.L. 1384, específicamente en lo concerniente a la creación y regulación de las figuras jurídicas de los Apoyos y Salvaguardias.

2.2.1. Definición y Finalidad

¿Qué son los Apoyos? ¿Qué son las salvaguardias? ¿Por qué no existieron sino hasta el D.L. 1384? ¿Qué finalidad cumplen? ¿Existen desventajas en su uso? ¿Quiénes pueden hacer uso de estas figuras? Para poder responder de manera ordenada a todas estas interrogantes, es necesario empezar por delimitar su contenido.

Los Apoyos se encuentran definidos en el artículo 659 literal B Código Civil como aquellas formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad con la finalidad de facilitar: el ejercicio de sus derechos, el apoyo en la comunicación con los demás, la manifestación e interpretación de su voluntad, y la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias.

Por tanto, cuando los Apoyos interpreten la voluntad de la persona a quien asisten, deberán tener en cuenta no solamente su trayectoria de vida, sino también las previas manifestaciones de voluntad que estas hayan realizado en contextos similares, así como toda información que se haya podido recabar de aquellas personas que sean de su entera confianza o cualquier otra información que sirva de guía para interpretar sus preferencias de manera correcta.

Como regla general, los Apoyos no tienen facultades de representación, sin embargo, existen 03 excepciones a la regla: la primera versa sobre aquellos casos en los que dicha facultad es establecida expresamente por decisión de la persona que solicita el Apoyo. La segunda es el caso de las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad. La tercera es el caso de aquellas personas que se encuentran en estado de coma y que no hayan designado su apoyo con anterioridad. En estos dos últimos supuestos, la designación del Apoyo con representación se encuentra a cargo del Juez.

En cuanto a la gestión realizada por los Apoyos, el Código Civil regula que estos se encuentran exentos de garantizarla, salvo aquellos supuestos en los cuales los padres ejercen la función de Apoyos, pues en este caso, el juez -a pedido del consejo de familia- puede resolver que estos sí garanticen su gestión por ser necesaria en amparo del interés del hijo.

Las Salvaguardias, por su parte, son definidas en el artículo 659 literal G del Código Civil, como aquellas medidas establecidas para garantizar el respeto de los derechos, voluntad y preferencias de la persona que recibe el apoyo, previniendo el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos, evitando de esta manera, la afectación y el potencial riesgo en los derechos de las personas asistidas. Por lo tanto, quien designe el Apoyo, establecerá también las Salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos.

Después de haberse conceptualizado ambas figuras y con ello saber cuál es la función que cumplen en el Derecho, como siguiente paso, procederemos a delimitar el ejercicio de su titularidad, debiéndose establecer quienes son las personas legitimadas para acceder, solicitar y designarlos.

2.2.2. ¿Quiénes pueden acceder al uso de Apoyos y Salvaguardias?

Tanto los Apoyos como las Salvaguardias nacen como figuras jurídicas fundadas y destinadas a promover y salvaguardar la capacidad jurídica de las personas con deficiencias, procurándose en todo momento que esta sea ejercida en igualdad de condiciones a las demás personas.

EL D.L. 1384 incorpora la regulación de estas figuras en el Código Civil, creando para ello el Capítulo Cuarto ubicado dentro del Título II de la Sección Cuarta del Libro III, perteneciente al Derecho de Familia.

El artículo 659 literal A del Código Civil regula que “La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio”.

Del artículo citado, nos surgen las siguientes preguntas: ¿En el Perú, los Apoyos y las Salvaguardias son figuras creadas solamente para uso de las personas mayores de edad con discapacidad? O por el contrario ¿Son figuras jurídicas aplicables a toda persona mayor de edad que necesite asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica? De cumplirse esto último, ¿si una persona necesita apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la convierte en una persona con discapacidad?

Para el desarrollo de estas preguntas, es necesario remontarnos a lo expuesto en el capítulo anterior, en donde indicábamos que a nuestro modo de interpretar, La Convención al realizar la definición del término “Personas con discapacidad”, no limitaba dicha condición a un determinado grupo de personas en concreto, sino por el contrario, dentro de su definición consideraba como personas con discapacidad tanto a aquellas que tenían deficiencias permanentes como a las de naturaleza temporal o a largo plazo.

Asimismo, también advertíamos que la LGPD al definir el término “Persona con Discapacidad” no lograba una conceptualización acorde a lo regulado en La Convención, pues excluía de su denominación a aquellas personas con deficiencias de carácter temporal o a largo plazo ya que, bajo su concepto, una persona es considerada discapacitada solamente si es que tiene deficiencias de carácter permanente.

Ahora, de lo normado por el Art. 659 literal A, se evidencia que solamente existen 2 únicos requisitos para poder tener acceso a los Apoyos y Salvaguardias, que son: el ser una persona mayor de edad, y el requerir ayuda en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Dicho esto, a nuestra interpretación, el acceso a estas figuras no se encuentra restringido solamente a aquellas personas con deficiencias de carácter permanente -que según la definición de la LGPD vendrían a ser las personas con discapacidad-, sino que también pueden acceder a estas aquellas personas que, sin ser discapacitadas, tienen deficiencias de carácter temporal o a largo plazo. Pues en ambos casos, puede darse el supuesto en el cual requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, y con ello requieran nombrar Apoyos y Salvaguardias.

Respondiendo a las preguntas formuladas al inicio del presente subcapítulo, podemos afirmar que, los Apoyos y las Salvaguardias no son de acceso exclusivo para las personas mayores de edad con discapacidad, sino que también podrán acceder a ellos aquellas personas mayores de edad con deficiencias de carácter temporal o a largo plazo, que -sin ser consideradas como discapacitados conforme a lo regulado en la LGPD- requieren designar a un Apoyo para el ejercicio de sus derechos. Con lo cual, no toda persona que necesite designar Apoyos y Salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica es una persona con discapacidad.

En ese sentido, en línea con Carla Villareal consideramos que “El sistema de apoyos debe ser un mecanismo abierto no sólo a personas con discapacidad, sino a toda persona con dificultad para ejercer su capacidad jurídica, que lo requiera”³³.

2.2.3. ¿Quiénes pueden solicitar y designar Apoyos y Salvaguardias?

Las personas mayores de edad que requieran apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica pueden solicitar Apoyo(s), designándolo(s) voluntaria y libremente ante un notario o ante un juez competente. Serán ellas mismas quienes determinarán su forma, identidad, alcance, duración y cantidad. El Apoyo puede recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, estas últimas deberán ser especialistas en la materia y encontrarse debidamente registradas.

Debe quedar claro que, de solicitarse la designación de Apoyo ante un juez, el escrito de demanda deberá cumplir -como en toda demanda- con los requisitos de admisibilidad y procedencia. De darse el caso en el cual el solicitante sea una persona con discapacidad, al

³³ Villareal López, Carla. *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú*. Tesis (Magister en Derechos Humanos). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. p. 157.

escrito de su demanda deberá acompañarse además de las razones que lo motivaron a requerir el Apoyo, y el certificado de discapacidad que acredita su condición de tal. Siendo deber del juez el realizar todas aquellas modificaciones, adecuaciones o ajustes necesarios en el proceso, con la finalidad de garantizar en todo momento la expresión de la voluntad de la persona con discapacidad.

Los mayores de 18 años también pueden solicitar y designar ante notario público, aquellos Apoyos a futuro que necesiten en previsión de requerir asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Ellos mismos deberán disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En el documento en el que quede inscrito la designación de los apoyos, deberá constar el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro surtirá eficacia.

Existen dos únicos supuestos en los cuales, de manera excepcional, no será la misma persona que requiere el Apoyo quien los solicite ni quien los designe, sino por el contrario, la solicitud se iniciará a petición de cualquier persona con capacidad jurídica, y la elección la realizará el juez competente. El primero supuesto es el caso de las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad, y el segundo, es el caso de aquellas personas que se encuentran en estado de coma y que no hayan designado su apoyo con anterioridad. Este proceder solo será autorizado después de haberse realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, habiéndoseles prestado para ello las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

Cuando sea el juez quien determine la persona o personas que ejercerán de Apoyos, tendrá la obligación de realizar tal designación tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella y la persona que requiere apoyo. El juez también será el encargado de fijar el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida.

De acuerdo a lo regulado en el artículo 15 inciso 3 del Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP que aprobó 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 (en adelante “D.S. N° 016-2019-MIMP”), vigente

en el Perú desde el 26 de agosto de 2019, para los casos en los cuales una persona no puede manifestar su voluntad y se encuentra albergada en establecimientos de salud como: hospitales psiquiátricos, centros de rehabilitación en salud mental, centros de acogida residencial u otras de naturaleza análoga, el juez puede designar como Apoyo temporal al Director del establecimiento donde se encuentra albergada la persona que requiere el apoyo.

Tal y como lo prohíbe el artículo 659 literal E del Código Civil, el juez no podrá designar como Apoyos a las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual. A nuestro entender, dicha prohibición debe ser acatada ya sea que la designación del Apoyo lo realice el juez como que lo realice la persona que requiera el apoyo -pese a que en este último supuesto dicha prohibición no se encuentre literalmente establecida-, pues creemos que es difícil -por no decir imposible- concebir que una persona que lesiona derechos fundamentales, cometiendo delitos contra el cuerpo y la salud y contra la libertad sexual, pueda ser capaz de ejercer con probidad una función tan importante como es la de asistir en el ejercicio de la capacidad jurídica a una persona que requiere de su asistencia.

Dicho esto, expresamos nuestro rechazo con un sector de la Doctrina que postula la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda elegir como Apoyo y Salvaguardia a una persona condenada por violencia familiar o por violencia sexual, pues para ellos, la persona con discapacidad es libre de designar a quien desee, en la medida que previamente sepa de tales circunstancias. Con lo cual sostienen que si es la voluntad de la persona con discapacidad elegir a estas personas, ésta debe ser respetada sin limitación alguna³⁴.

Con respecto a las Salvaguardias podemos decir que, al ser medidas creadas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas que reciben Apoyo, y que tienen como funciones principales la prevención del abuso e influencias indebidas por parte de quien brinda el mismo, es que entendemos que es imposible concebir la existencia de esta figura jurídica si no es que se encuentre siempre junto con la del Apoyo, pues ha sido creada con el fin de resguardar y proteger la correcta aplicación de este.

En razón de ello, es que el D.S. N° 016-2019-MIMP, en su artículo 21 inciso 3, otorga como potestad discrecional a favor de la persona que designa el Apoyo que, de requerirlo,

³⁴ Cfr. Wong, J. *Del Sistema de apoyo y salvaguardias conforme al decreto legislativo N° 1384*. En: Varsi, Enrique [et. al.] *Derecho Procesal de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2019. p. 259.

determine dentro de sus Salvaguardias: La rendición de cuentas, realización de auditorías, de visitas periódicas o visitas domiciliarias inopinadas, entre otros.

Las Salvaguardias van a encontrarse siempre presentes cada vez que se solicite y se designe Apoyos, ya sea que esta designación haya sido realizada por la misma persona que lo requiere o por el juez competente. Por lo tanto, sea el juez o sea la parte solicitante, deberán establecer las Salvaguardias que estimen convenientes para el caso en concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los Apoyos.

Un claro ejemplo de aplicación de la Salvaguardias lo encontramos en los casos en los que el juez interviene en la designación de Apoyos, pues de darse este supuesto, el juez deberá de realizar audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona que funge de Apoyo está actuando de conformidad con su mandato y con la voluntad y preferencias de la persona.

Los efectos de las designaciones de Apoyos y Salvaguardias, conforme al artículo 19 del D.S. N° 016-2019-MIMP, se producen desde la emisión de la Escritura Pública en caso lo realice el Notario, o desde la expedición de la Sentencia que declara consentida o ejecutoriada la designación en caso lo realice el Juez.

Por tanto, a modo de síntesis de todo lo expuesto, concluiremos lo siguiente:

Primero. Pueden solicitar Apoyos y Salvaguardias ante juez o notario todas aquellas personas mayores de edad, con capacidad de ejercicio plena que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad.

Excepcionalmente, la solicitud de designación de apoyos y salvaguardias en el caso de las personas que no puedan manifestar su voluntad, y para las personas que se encuentran en estado de coma y que no hayan designado su apoyo con anterioridad, podrá ser iniciada en la vía judicial por cualquier persona con capacidad de ejercicio plena.

Segundo. Pueden designar Apoyos y Salvaguardias ante notario todas aquellas personas mayores de edad, con capacidad de ejercicio plena que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad, o todas aquellas que provisionalmente deseen designar Apoyos y Salvaguardias a futuro, para cuando lo requieran.

Excepcionalmente, la designación de Apoyos y Salvaguardias en el caso de las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad, y para las personas que se encuentran en estado de coma y que no hayan designado su apoyo con anterioridad, deberá

ser realizada por el Juez competente. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado Apoyo con anterioridad, mantendrán el apoyo designado.

Tercero. Los efectos de la designación de Apoyos y establecimientos de Salvaguardias se producen desde la emisión de la Escritura Pública, o desde la expedición de la Sentencia que declara consentida o ejecutoriada la designación.

Cuarto. La persona que designa el Apoyo puede establecer como Salvaguardias: La rendición de cuentas, realización de auditorías, o la realización de visitas periódicas o visitas domiciliarias inopinadas, entre otros.

2.2.4. ¿Cuál es el contenido mínimo que deberá tener la Resolución Judicial que designa el Apoyo?

De acuerdo a lo desarrollado en el artículo 13 del D.S. N° 016-2019-MIMP, el contenido de la Sentencia que designa a la persona que ejercerá de Apoyo deberá contener como mínimo la identificación de la persona quien recibirá el Apoyo, la identificación de quien sea designado como Apoyo, el alcance de sus facultades, el plazo de duración del cargo, la aceptación del Apoyo y las Salvaguardias correspondientes señalando plazos mínimos para la revisión del desempeño del Apoyo.

2.2.5. Normas procesales en la determinación de Apoyos y Salvaguardias en la vía judicial

El Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de La Discapacidad (En adelante “Reglamento del D.L. 1384”) fue aprobado mediante R.A. N° 046-2019-CE-PJ de fecha 23 de enero de 2019, entrando en vigor en todo el territorio peruano el 13 de febrero de 2019.

Dicho reglamento tiene por objetivo el establecer reglas y procedimientos necesarios para una correcta transición al sistema de Apoyos y Salvaguardias en observancia obligatoria al modelo social de discapacidad.

Su ámbito de aplicación abarca a los procesos judiciales en materia de interdicción civil que cuentan con sentencia firme, y aquellos que se encuentran en trámite. Asimismo, comprende a las nuevas solicitudes de apoyos y salvaguardias para su correcta aplicación.

El reglamento del D.L. 1384 regula los 3 tipos de procesos judiciales que existen para la designación de Apoyos y Salvaguardias:

- i) Primero. “Proceso de reconocimiento judicial de designación de Apoyos y Salvaguardias”, es aquel proceso iniciado a solicitud de la propia persona con discapacidad, a quien luego de haberse brindado los ajustes razonables, la orientación legal e información, designa apoyos y salvaguardias, para que sea reconocido judicialmente.
- ii) Segundo. Se conoce como “Proceso de designación judicial de Apoyos y Salvaguardias” a aquel proceso iniciado por un tercero, en los supuestos en los cuales la persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad o se encuentre en estado de coma, para que los Apoyos y Salvaguardias sean designados por el juez. En este proceso, la solicitud de designación puede ser realizada por cualquier persona con capacidad jurídica.
- iii) Tercero. “Proceso transformado a designación de Apoyos”, son aquellos procesos de interdicción en trámite, transformados y reconducidos a raíz de la entrada en vigor del D.L. 1384.

2.2.5.1. Personas con discapacidad con proceso de interdicción con sentencia firme

Los procesos judiciales de interdicción civil que cuentan con sentencia serán transformados al proceso de Apoyos y Salvaguardias. Produciéndose con ello la declaración de restitución de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, dejándose sin efecto la declaración de interdicción civil y nombramiento de curador. Dicha transformación es de competencia del mismo juez que emitió la sentencia de interdicción.

2.2.5.2. Personas con discapacidad con proceso de interdicción en trámite

Los procesos judiciales de interdicción civil que se encuentran en trámite serán reconducidos al proceso de Apoyos y Salvaguardias. Produciéndose con ello la declaración de restitución de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Dicha transformación es de competencia del mismo juez que conoce el proceso de interdicción en trámite.

2.2.5.3. Requerimientos de nuevas solicitudes de designación de Apoyos y Salvaguardias en el ámbito judicial

Las nuevas solicitudes de Apoyos y Salvaguardias deberán ser tramitadas ante los Juzgados de Familia o de darse el caso - de no existir juzgado de familia en el distrito-, ante los Juzgados Mixtos, mediante proceso no contencioso. El juez de familia o mixto que atienda dichas solicitudes deberá ser aquel juez del lugar del domicilio de la persona con discapacidad, o aquel juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales.

2.2.6. Determinación de Apoyos y Salvaguardias en la vía Notarial

Las personas mayores de edad que requieran apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica pueden solicitar Apoyos y Salvaguardias, designándolos voluntaria y libremente ante un notario o ante un juez competente. También podrán designar estas figuras jurídicas en la vía notarial, en previsión de requerir asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica en el futuro.

Resulta de interés señalar que, antes de la entrada en vigor del D.S. N° 016-2019-MIMP un 26 de agosto de 2019, el Derecho Notarial no tenía regulación alguna sobre cómo tramitar la designación de Apoyos y Salvaguardias bajo sus alcances normativos, pues hasta antes de esa fecha, solo se encontraba regulado lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1417, también llamado “Decreto Legislativo que promueve la inclusión de las personas con discapacidad” (en adelante “D.L. 1417”), vigente desde el 14 de septiembre de 2018.

El D.L. 1417 solamente regula los supuestos sobre la designación de Apoyos y Salvaguardias en la vía Notarial para las personas adulto mayores³⁵ con alguna discapacidad que les impide manifestar su voluntad, y que tengan calidad de pensionistas de la Ley N° 29625³⁶, o beneficiarias o usuarias de programas nacionales de asistencia no contributivos. Para el caso de las personas adulto mayores que sí pueden manifestar su voluntad, la designación de Apoyos y Salvaguardias no se puede realizar en la vía notarial, sino en la judicial.

Con lo cual, hasta antes de la entrada en vigor del D.S. N° 016-2019-MIMP, nos resultaba común preguntarnos ¿Qué pasa en el supuesto en el cual una persona mayor de edad que sin ser pensionista o beneficiario de programas no contributivos, requiere asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, y desee designar Apoyos y Salvaguardias en la vía notarial? O ¿Qué sucede en el caso en el cual una persona mayor de edad desee acudir al notario para designar Apoyos y Salvaguardias en previsión de requerirlos a futuro? ¿Qué normas debo seguir?

En razón de lo expuesto, con la finalidad de tener un orden en la explicación de ambas normas y detallar en cada una sus diferencias con el Código Civil y el Procesal Civil, es que dividiremos el presente subcapítulo en 2 secciones. En una abordaremos la regulación de los

³⁵ Conforme a lo regulado en el artículo 2 de la Ley N° 30490, una persona es considerada adulto mayor si tiene 60 o más años de edad.

³⁶ También llamada Ley de Devolución de Dinero del FONAVI a los Trabajadores que Contribuyeron al mismo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 006-2012-EF.

Apoyos y Salvaguardias bajo los alcances del D.L. 1417, y en la otra todo lo referente a las mismas figuras jurídicas, pero esta vez bajo al alcance del D.S. N° 016-2019-MIMP.

2.2.6.1. Designación de Apoyos y Salvaguardias bajo los alcances del D.L. 1417 y sus diferencias con el Código Civil y el Procesal Civil

Las regulaciones efectuadas a través del 4 del D.L. 1417, ostentan sus propias particularidades con respecto a las normas para la designación de Apoyos y Salvaguardias reguladas en el Código Civil y Procesal Civil. Tales diferencias las detallaremos a continuación.

En primer lugar. La definición que el D.L. 1417 otorga al Apoyo en su artículo 4 inciso 2, es la siguiente:

El apoyo es aquella persona natural que facilita el cobro de la pensión, devolución de aportes económicos o subvenciones económicas referidas en el numeral 4.1. Dicha persona presta su apoyo en la manifestación de la voluntad de la persona adulta mayor, que incluye la comunicación, comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo; y la administración del dinero recibido.

La figura del Apoyo regulado por el D.L. 1417 a diferencia de lo regulado en el Código Civil, no puede recaer sobre aquellas personas jurídicas sin fines de lucro, sino que por el contrario, solamente podrán ser Apoyo las personas naturales.

Otra de las diferencias encontradas en ambas regulaciones, radica en que el D.L. 1417 al conceptualizar el Apoyo, incluye dentro de las funciones del mismo para con la persona que requiere el apoyo, no solamente la asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, sino que también la facultad de administrar su dinero recibido producto del cobro de su pensión, devolución de aportes económicos o de otras subvenciones económicas. Estas atribuciones establecidas como regla general en el Derecho Notarial son la excepción en el Derecho Civil, pues en la regulación otorgada al Apoyo en el Código Civil, se establece como regla general que este no tenga facultades de representación, existiendo como únicas excepciones los supuestos en los cuales sea la misma persona con necesidad de apoyo quien lo establezca expresamente, o el juez -de cumplirse los supuestos regulados en el 659 inciso E del Código Civil-.

En segundo lugar. La definición que el D.L. 1417 otorga a la figura a las Salvaguardias en su artículo 4 inciso 5, es la siguiente:

Las salvaguardias son mecanismos que garantizan el respeto de la voluntad y preferencias de la persona adulta mayor para asegurar el cobro y uso adecuado en su beneficio. El procedimiento para la ejecución de la salvaguardia se establece mediante Decreto Supremo (...).

El Centro Integral de Atención al Adulto Mayor de la municipalidad distrital, o quien haga sus veces, implementa las salvaguardias (...).

A diferencia del Código Civil -en donde las medidas de control versan sobre más ámbitos de la vida diaria-, la regulación que efectúa el D.L. 1417 sobre las Salvaguardias se centra básicamente en los mecanismos para garantizar la voluntad y preferencias de la persona adulto mayor en el cobro y uso adecuado de sus subvenciones económicas. Lo cual tiene sentido pues en este contexto, el fin primordial que cumplen los Apoyos radica en la asistencia al adulto mayor en recaudar y administrar el dinero cobrado producto de sus subvenciones económicas.

En regulación contraria al Código Civil en donde es el juez o la misma persona que requiere el Apoyo es quien determina cuál o cuáles serán y en qué consistirán las Salvaguardias, en el D.L. 1417 es el Centro Integral de Atención del Adulto Mayor de la Municipal Distrital correspondiente o quien haga sus veces, quien se encargue de implementar las Salvaguardias consistentes en la rendición de cuentas y en la supervisión periódica. El procedimiento para la ejecución de las Salvaguardias se establece mediante Decreto Supremo, a propuesta del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, con el refrendo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

En tercer lugar. A diferencia del Código Civil y el Código Procesal Civil en donde se regulan la designación de Apoyos y Salvaguardias para toda persona mayor de edad que requiera apoyo y/o asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, la regulación de estas figuras establecida a través del D.L. 1417, versa solamente para aquellas personas adulto mayores con alguna discapacidad que les impida expresar su voluntad, y únicamente para facilitarles la administración y el cobro sus pensiones, devolución de sus aportes económicos, o subvenciones de programas nacionales de asistencia no contributivos.

En cuarto lugar. En el ámbito notarial existe un orden de prelación -de obligatorio cumplimiento- que se deberá seguir para la presentación de la solicitud de designación de Apoyos para las personas adulto mayores con discapacidad que no pueden expresar su voluntad, este se encuentra regulado en el artículo 4 inciso 3.2 del D.L. 1417. En el ámbito

judicial, no existe un orden de prelación para realizar solicitudes de designación de Apoyos, pues en este se dispone que cualquier persona con capacidad jurídica -sin especificarse grado de parentesco alguno- puede demandar la solicitud de designación de Apoyos y Salvaguardias ante un juez de familia.

En quinto lugar. En el artículo 659 inciso E del Código Civil se establece que quedan impedidos de ejercer el cargo de Apoyo todas aquellas personas que cuenten con antecedentes penales, policiales, judiciales. Estos requisitos también son establecidos como impedimentos en la vía notarial en el Art. 4 inciso 3.2 del D.L. 1417, con la única diferencia que tal prohibición se extiende también para aquellas personas que sean deudores alimentarios. Lo cual se encuentra justificado debido a que la función que desempeña el Apoyo además del cobro de las pensiones es el de administrar el dinero recibido.

2.2.6.2. Designación de Apoyos y Salvaguardias bajo los alcances del D.S. N° 016-2019-MIMP y sus diferencias y similitudes con el Código Civil y Procesal Civil

La solicitud y correspondiente designación de Apoyos y Salvaguardias tendrán sus propios requisitos dependiendo de si estos serán ejercitados en el presente, o a futuro. En el primer caso, la ley establece que tales solicitudes y designaciones lo podrán realizar aquellas personas mayores de edad con discapacidad que pueda manifestar su voluntad y requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica. En el segundo caso, lo podrán realizar toda persona mayor de edad, en prevención de requerirlos en una situación de discapacidad o estado de coma.

En cuanto a las diferencias y similitudes en su regulación con el Código Civil y Procesal Civil tenemos lo siguiente:

En primer lugar. Al igual que en las designaciones judiciales, la persona quien designa el Apoyo podrá establecer en qué persona sea natural o jurídica sin fines de lucro, deberá recaer tal responsabilidad.

En segundo lugar. La posibilidad de designar Apoyos y Salvaguardias a futuro es solo una facultad designada al Notario, mas no al Juez.

En tercer lugar. Los elementos mínimos exigidos en el contenido de una Sentencia que designa Apoyos y Salvaguardias también son exigidos en la Escritura Pública que designa Apoyos y Salvaguardias en la vía Notarial.

En cuarto lugar. A diferencia de lo regulado en la vía Judicial, en la Notarial sí se establece la posibilidad de una renuncia por parte del Apoyo ya sea que este esté ejerciendo el cargo en el presente, o tenga la obligación de hacerlo a futuro.

En quinto lugar. Las facultades de actuación del Apoyo, sea a presente o a futuro, van a surtir efectos desde el momento en que la persona a quien va a brindar asistencia lo determine, debiendo quedar constancia de ello en la Escritura Pública de designación. En el caso del Apoyo a futuro se encontrará obligado a presentar los documentos que acrediten el cumplimiento de la condición establecida en la Escritura Pública.

En sexto lugar. Debemos decir que a diferencia de la designación de Apoyos en la vía judicial, en donde sí existen normas respecto a la competencia del Juez, en la vía notarial, no se establecen normas de competencia que deben seguir los Notarios para la extensión de la Escritura Pública de designación, lo cual, lejos de ser criticable, nos parece acertado, dado que tales designaciones deben ser atendidas con carácter de urgencia, debiendo brindarse en todo momento facilidades de acceso a las personas con deficiencias que requieran asistencia en su capacidad jurídica. Asimismo, cabe recalcar que toda designación, modificación o revocación del nombramiento de Apoyos y Salvaguardias es inscribible en el Registro de Personas Naturales de la Sunarp, siendo además obligación del Notario comunicar tales cambios al otro Notario donde se inscribió primigeniamente la designación.

2.2.7. Responsabilidad civil de la persona con discapacidad

La Responsabilidad Civil es aquella área del Derecho encargada de resarcir o compensar a quien se le haya causado daño, ya sea por el deber general de no dañar a otros, o por el incumplimiento de sus obligaciones. En el primer caso, se hace referencia a la denominada “Responsabilidad Civil Extracontractual”, y en el segundo, a la denominada “Responsabilidad Civil Contractual”. La importancia de esta área del derecho en todos los ordenamientos jurídicos existentes radica en que la responsabilidad civil procura en todo momento la tutela de derechos, incluso con posterioridad a la ocurrencia del daño³⁷.

Aplicando tal información al tema que nos es objeto de investigación, nos surgen las siguientes preguntas: ¿Si todo daño causado necesita ser resarcido, qué sucede en el caso de las personas que designaron Apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica? ¿La

³⁷ Cfr. Rangel Sánchez, Diana. *El “daño a la persona” en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar*. Tesis (Licenciatura en Derecho). Piura: Universidad de Piura, 2015. p. 3-5.

responsabilidad por la existencia del daño la asumen ellas, o por el contrario la asume la persona que ejerce como Apoyo?

El Código Civil es claro al resolver estas preguntas en su artículo 1976 literal A, en donde dispone que la persona con capacidad jurídica es responsable por todas y cada una de las decisiones que esta haya tomado en el ejercicio de la misma, incluso de aquellas realizadas bajo la asistencia de un Apoyo, teniendo derecho a repetir contra él.

Existe una sola excepción a esta regla y es el caso de las personas que se encuentran en estado de coma, dado que ellas no son responsables por las decisiones tomadas por los Apoyos designados judicialmente, ya sea que estos hayan actuado con dolo o con culpa.

¿Y en el caso de las personas que no pueden manifestar su voluntad y que al igual que las personas en estado de coma, fue también el juez quien les designó un Apoyo, quién responde? y ¿en el supuesto en el cual la propia persona que solicitó el Apoyo fue quien le otorgó la facultad de representación? ¿Quién es responsable civilmente en estos supuestos? ¿la persona con discapacidad o el Apoyo? La respuesta a estas interrogantes las tiene los artículos 1976 literal A y en el 659 literal H del Código Civil, en ellos se establece que quienes responden civilmente por las decisiones tomadas en el ejercicio de su capacidad jurídica son las mismas personas que celebraron los actos, incluso así estas hayan sido celebradas con asistencia de un Apoyo ya que, según nuestra normativa, las personas que fungen de Apoyos están exentas de la obligación de garantizar su gestión. ¿Se ajusta a derecho o no?, lo responderemos en el Tercer Capítulo.

2.3. Del Control de Convencionalidad a la aplicación del D.L. 1384 en la Jurisprudencia Peruana

Como es sabido, hasta antes de la entrada en vigor del D.L. 1384, los Juzgados de Familia eran los órganos competentes para conocer todas aquellas demandas de Interdicción Civil interpuestas por los familiares de las personas que se encontraban privadas de discernimiento, de las personas con retardo mental, y de las personas con deterioro mental con imposibilidad de manifestar su voluntad. Lo pretendido a través de dicho proceso era lograr la incapacitación de dichas personas, de tal forma que el ejercicio de su capacidad jurídica deba realizarse a través de un representante legal denominado Curador.

Si bien las modificaciones al Código Civil y Procesal Civil con respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se dieron a partir de septiembre de 2018, sería incorrecto de nuestra parte afirmar que anteriormente a ello no existía norma alguna que nos

vincule a dicho reconocimiento, más aún cuando a lo largo del presente trabajo hemos dicho que el Perú en su calidad de estado parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya reconocía desde mayo de 2008 la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas.

En nuestro país, exactamente hasta antes del 05 septiembre de 2018, no existió uniformidad en los pronunciamientos judiciales en los procesos de interdicción civil. Si bien como regla general hubieron jueces que decidieron aplicar lo ordenado en el Código Civil con respecto a la Curatela, y con ello declarar la incapacidad absoluta o relativa de las personas con discapacidad, también hubieron otros jueces que de manera excepcional decidieron inaplicar la normativa jurídica interna y apartándose de la misma, haciendo uso del Control de Convencionalidad, sentenciaron a favor del reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, negándose de esta manera a declarar como incapaz a una persona con discapacidad. Es de este grupo excepcional es del cual nos ocuparemos en el presente capítulo.

Previo a ello, es necesario saber ¿Qué es el control de Convencionalidad? A lo que respondemos que es una herramienta interpretativa creada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), cuyo uso deberá predicarse dentro de un Estado de Derecho³⁸. Su aplicación es una obligación jurídica que todo juez deberá asumir en protección a la vigencia de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que se haya suscrito el Perú, debiéndose inaplicar leyes que incluso siendo constitucionales, los pudieran contravenir³⁹.

Uno de los procesos de Interdicción Civil mediante el cual se decide inaplicar la normativa interna con respecto a la Curatela, para proceder a aplicar lo regulado en la Convención sobre Derechos de las personas con discapacidad, lo encontramos en el expediente N° 01305-2012 llevado ante el Tercer Juzgado de Familia de Cusco a cargo del Juez Edwin Bejar Rojas.

Mediante dicho proceso la Sra. Marta Ciprian Vda. De Velásquez pretende que se declare la interdicción de sus hijos Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian de 47 y 45 años de edad respectivamente, por padecer de esquizofrenia paranoide, con lo cual solicita también ser designada como la curadora de sus progenitores.

³⁸ Cfr. Castillo, L. *Control de Convencionalidad*. En: Álvarez, Mario [et. al.] *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. México, ISEG, Instituto Tecnológico de Monterey, Università degli studi di Perugia, 2013, p.3.

³⁹ *Ibid.* p. 10

De los fundamentos de hecho expuestos a lo largo de la demanda, advertimos que la demandante previo al inicio del proceso judicial, acudió ante la Oficina de Normalización Previsional (en adelante la “ONP”) para efectuar el cobro de la pensión de orfandad que les correspondía a sus hijos tras la muerte de su esposo Justo Velásquez. Al apersonarse ante dicha entidad presentó los certificados médicos que acreditaban la enfermedad de esquizofrenia paranoide que padecían sus hijos desde hace 20 años atrás y en donde además se dejaba constancia que eran personas que se encontraban medicadas, que necesitan atención medico psiquiátrica y que en su condición de discapacitados se encontraban impedidos de ejercer un trabajo. Sin embargo, la ONP tomando como argumento su regulación administrativa interna, respondió que no podía otorgar la pensión por orfandad solicitada debido a que se tenía que declarar la incapacidad de sus hijos a través de un proceso de interdicción, para que luego de ello, tras su designación como curadora, ella recién tendría la potestad cobrar la pensión de orfandad en representación de sus hijos. Adicionalmente a ello, la demandante acudió ante el Seguro Social de Salud (en adelante “EsSalud”) con la finalidad de obtener respuesta sobre una cobertura de salud gratuita que a sus hijos les correspondería por ser personas con discapacidad y tener calidad de derechohabientes. Dicha entidad de salud también le denegó dicho acceso, alegando que para ello se necesitaba la declaración de interdicción de sus hijos. Es ahí, que ante lo acontecido, la Sr. Marta se ve obligada a acudir ante el Poder Judicial con el objetivo de obtener una sentencia que declare la incapacitación de sus hijos y sea designada como curadora de los mismos.

En base a los hechos descritos, el Juez de Familia decidió hacer uso del Control de Convencionalidad e inaplicar el artículo 43 numeral 2, y el artículo 44 numerales 2 y 3 del Código Civil referidos a la incapacidad absoluta y relativa de las personas con discapacidad, por considerarlos incompatibles con lo regulado en el artículo 12 de La Convención, el derecho constitucional a la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley y los principios de legalidad, *pro debilis*, *pro homine* regulados en los artículos 3, 8, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH”) ⁴⁰ y los artículos 2, 3, 7, 138 y 139 de la Constitución Política del Perú⁴¹. En consecuencia, el fallo fue a favor del reconocimiento de la plena capacidad de goce y de ejercicio de las personas cuya interdicción se solicitaba, alegando que estas tienen derecho a acceder a una pensión de orfandad por incapacidad y a una atención de salud como

⁴⁰ También llamada “Pacto de San José”. Fue suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada por el Consejo de Ministros mediante Decreto Ley N° 22231 de fecha 11 de julio de 1978.

⁴¹ Cfr. Fundamento Primero.

derechohabientes sin que su condición de discapacidad sea el motivo de la restricción de sus derechos. Con lo cual dispuso también la inaplicación de toda norma legal que exija como requisito la presentación de una resolución judicial de incapacitación y la designación de un curador para el cobro dicha pensión⁴².

Dicha sentencia emitida el 29 de enero de 2016 recaída en la Resolución N° 43, no solo fue relevante por la aplicación del Control de Convencionalidad, sino también por la forma en como el Juez a lo largo de sus fundamentos va otorgando forma y contenido a las figuras jurídicas del Apoyo y las Salvaguardias -que para esa fecha no se encontraban reguladas aún-, estableciendo en el caso en concreto las medidas adecuadas para la asistencia y cuidado que deberán existir para coadyuvar en el ejercicio de la capacidad jurídica⁴³ de Wilbert y Rubén.

Asimismo, en la Audiencia Única en la que se llevó a cabo las declaraciones de los demandados, el Juez utilizó ajustes razonables para que dichas personas tengan la facilidad de exteriorizar su voluntad, y de esa manera puedan expresar su deseo de contar con Apoyos en los diversos aspectos de su vida, llegando a manifestar que desean que dicha asistencia recaiga tanto sobre su madre y como sobre su hermana Milagros Velásquez Ciprian⁴⁴.

Al ser una sentencia que no fue apelada, y en la que el Juez aplicó una norma constitucional e inaplicó una norma legal ordinaria, el expediente se elevó en Consulta. El órgano competente para conocer dicho caso fue la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permanente⁴⁵. Dicha Sala desaprobó la sentencia emitida por el Tercer Juzgado de Familia de Cusco declarándola nula, con lo cual dispuso la emisión de un nuevo pronunciamiento por parte del Tercer Juzgado.

Respecto a ello, consideramos que la Sala Suprema se equivoca en su decisión. Ello, debido a que -a nuestro modo de entender- interpretaron de forma errónea el concepto de capacidad jurídica regulado en el artículo 12 de La Convención, pues conforme se desprende de sus argumentos⁴⁶, interpretaron que La Convención no reconocía una capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad, sino que lo que hacía era reconocer una capacidad jurídica, la misma que a su criterio, no incluía a la capacidad de ejercicio, sino solo a la capacidad de goce. Con lo cual, según su interpretación, no existiría una incompatibilidad

⁴² Cfr. Fundamento Segundo.

⁴³ Cfr. Considerando Octavo, Noveno y Décimo; así como el Fundamento Tercero.

⁴⁴ Cfr. Considerando Octavo inciso 8.9

⁴⁵ En mérito a los artículos 14 y 32 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴⁶ Cfr. Considerando Tercero incisos 3.8, 3.11, 3.12, 3.13

normativa entre lo dispuesto por La Convención y los artículos 43 literal 2 y 44 literales 2 y 3, pues ambas normas -la nacional e internacional- reconocen la capacidad de goce hacia las personas con discapacidad⁴⁷.

Los argumentos en los que se fundan nuestra postura con respecto a la dualidad de capacidades recogidas bajo la denominación “Capacidad Jurídica” ya fueron expuestos en el presente trabajo en su Capítulo Primero.

El gran error cometido por la Sala Suprema hubiese traído consecuencias nefastas para el reconocimiento de la capacidad jurídica de Wilbert y Rubén, sin embargo, por fortuna ello no llegó a cumplirse, dado que poco después de su pronunciamiento entró en vigor el D.L. 1384, con lo cual, el proceso de interdicción que estaba en trámite se recondujo a uno de designación de Apoyos. En la actualidad, dicho proceso ya cuenta con sentencia emitida mediante Resolución N° 61 de fecha 29 de enero de 2020, y su condición es de firme y consentida.

El otro caso del cual hablaremos recae sobre el expediente N° 25158-2013 seguido ante el Segundo Juzgado Constitucional de Lima. Es un proceso de Amparo interpuesto por José Antonio Segovia Soto, en contra de las resoluciones judiciales emitidas por los miembros integrantes de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco y el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior del Cusco. Mediante dicho proceso el demandante solicita tutela de sus derechos fundamentales por haber sido declarado interdicto por incapacidad absoluta, lo que considera una violación a sus derechos fundamentales por parte de los órganos jurisdiccionales mencionados, pues ninguno de ellos aplicó las normas referentes a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De lo expuesto en los fundamentos fácticos de la demanda se desprende que el demandante tiene 52 años de edad, que padece de esquizofrenia paranoide diagnosticada desde los 24 años, y que lleva un tratamiento médico desde ese entonces hasta la fecha de su demanda, lo que le ha permitido controlar su enfermedad y desarrollarse de manera normal.

En 1979, se graduó de Bachiller en un Instituto en electricidad y electrónica y, en 1993, se graduó de Bachiller en Ingeniería Eléctrica en una Universidad, obteniéndose su título profesional en 2006. Ha participado en cursos y actos académicos diversos para su actualización profesional. En el campo laboral se ha desempeñado profesionalmente como

⁴⁷ Cfr. Considerando Cuarto incisos 4.3, 4.4. y 4.5

ingeniero y docente en diversas instituciones, lo que evidencia su capacidad profesional y laboral, ubicado en tiempo, espacio y persona, con una inteligencia emocional dentro de lo normal.

José Antonio tiene tres hermanos, con uno de ellos tiene una mala relación desde temprana edad, agudizándose en los últimos años, por razones sucesorias tras la muerte de su madre. Afirma que sus hermanos pretenden aprovecharse de su discapacidad para disponer su internamiento, pues ya en una oportunidad lo hicieron, y tomando ventaja de ello, vendieron su casa por un monto por debajo del real. Adicionalmente a ello sostiene ser violentado física y psicológicamente por sus hermanos.

En 2010, tres de sus hermanos solicitaron su interdicción e internamiento. Su fundamento fue que José Antonio pese a ser una persona con esquizofrenia paranoide se resistía a seguir el tratamiento para su enfermedad, lo que le impedía tener un adecuado discernimiento de la realidad y una adecuada convivencia social.

El Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior del Cusco estableció como puntos controvertidos el determinar si José Antonio padece de esquizofrenia paranoide crónica y progresiva, o si por el contrario se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y físicas. Ante ello, José Antonio alega haber presentado 8 pericias psiquiátricas, todas ellas afirmaban que padecía de esquizofrenia crónica en tratamiento, con lo cual, resultaba ser una persona lúcida, orientada en espacio y tiempo, con inteligencia, ya que su sintomatología era controlada con el tratamiento que seguía. Sin embargo, pese a ello, la sentencia emitida por el primer juzgado de familia fue declararlo interdicto, y nombrar como su curadora a su hermana.

José Antonio alude haber sido violentado en sus derechos fundamentales, pues considera que la sentencia que declara su incapacitación afecta sus derechos a la valoración de la prueba, debida motivación de resoluciones, y a su derecho a una decisión justa, ya que dicha sentencia no aplicó lo regulado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Motivo por el cual interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, sin embargo, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco confirma la sentencia apelada. Luego de ello, recurrió en Casación ante la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, la misma que declaró improcedente su recurso. Después de haberse agotado todas las etapas del proceso judicial, y ver que en todas ellas se vulneraban sus derechos fundamentales y su dignidad como ser humano, es que decide apersona ante el

Segundo Juzgado Constitucional de Lima mediante proceso de Amparo contra dichas resoluciones judiciales, alegando violación a sus derechos constitucionales, una indebida motivación de las sentencias, e inaplicación de La Convención.

Todos los jueces al presentar sus descargos a través de su contestación de demanda coinciden en señalar que la demanda interpuesta por José Antonio tiene como pretensión la revisión a la sentencia de interdicción, con lo cual, el proceso de Amparo debe ser declarado improcedente. Señalan además haber cumplido a lo largo de las instancias con el debido proceso y con la correspondiente valoración de los medios probatorios, siendo que en todos ellos se acreditan el estado de salud mental crónico del interdicto. Sus hermanos por su parte señalaron que José Antonio es un enfermo mental que a la fecha de presentación de la demanda se encuentra sin tratamiento, y que desde octubre de 2013 cuenta con una disposición de internamiento en una clínica de salud mental en Cusco, lo cual no ha cumplido. Asimismo, precisan también que ha dispensado de su patrimonio en su propio perjuicio.

El Juez del Segundo Juzgado Constitucional de Lima al manifestar los argumentos de su sentencia estableció que sí era un órgano competente para pronunciarse con respecto a la demanda en cuanto a que las resoluciones emitidas por los demandados eran sentencias que habían omitido lo regulado en La Convención y además se encontraban carentes de una debida motivación, lo cual vulneraban el derecho a la tutela procesal efectiva, pues en todas ellas se estableció que José Antonio debería ser declarado incapaz por el solo hecho de padecer esquizofrenia paranoide, sin tomar en cuenta que no toda persona que padece de dicha enfermedad resulta necesariamente imposibilitada de manifestar su voluntad o de tener capacidad de discernimiento, como era el caso en autos⁴⁸.

Asimismo, en dicha sentencia el juez deja constancia que en las resoluciones impugnadas pese a declararse la incapacidad absoluta de Juan José, en ninguna de ellas se ha señalado y justificado si la discapacidad que padece se encuentra comprendida dentro de los alcances del artículo 43 literal 2, ó 44 literales 2 o 3 del Código Civil. Dicho juzgado también hace notar su rechazo por la forma en la que se designó al Curador, pues ésta figura recayó sobre Carmen Segovia por el solo hecho de ser la hermana de Juan José, sin importar que éste no se encontrara de acuerdo con tal designación por existir conflictos entre ellos⁴⁹.

Otro de los aspectos relevantes que nos muestra dicho pronunciamiento judicial es la manera en cómo el juzgado concibe a la persona con discapacidad, y es que, a diferencia de

⁴⁸ Cfr. Considerando Tercero.

⁴⁹ Cfr. Considerando Sexto y Duodécimo.

los órganos judiciales demandados, el Segundo Juzgado Constitucional de Lima sí reconoce la capacidad de goce y de ejercicio de las personas con discapacidad, invocando los preceptos recogidos en La Convención. El juez convoca a realizar un proceso de sensibilización en todo el Sistema Judicial con respecto al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad conforme a lo preceptuado por La Convención. En los actuados, al hacer referencia al sistema de apoyo hace alusión a mecanismos que garanticen una continuidad del tratamiento psiquiátrico que debe llevar José Antonio, sin que ello involucre restricción alguna en sus derechos como ciudadano⁵⁰. En consecuencia, en base a los argumentos descritos, la demanda de Amparo fue declarada fundada, disponiéndose la nulidad de las resoluciones emitidas por los órganos judiciales emplazados, y en consecuencia, se ordenó la expedición de una nueva resolución por parte del Primer Juzgado de Familia.

Como era de esperarse, dicho pronunciamiento fue apelado. El órgano judicial encargado de resolver en segunda instancia fue la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. Los argumentos que sustentaron la apelación coincidían en que el Juez del Segundo Juzgado Constitucional de Lima se extralimitó en sus potestades ya que actuó como si fuera una instancia de mérito más, para ellos, el juez debió ordenar que la Corte Suprema vuelva a calificar el recurso de Casación. Por tanto, postulaban que la sentencia debe ser nula por arbitraria e inconstitucional. Alegaban que el juez no ha tomado en cuenta que José Antonio es una persona esquizofrénica que constituye un peligro para la sociedad, ya que no se sabe en qué momento va a atacar contra él mismo o contra terceros. Asimismo sostienen que lo regulado en La Convención no resulta de aplicación para las personas con esquizofrenia paranoide debido a que este es un tipo de enfermedad mental que no debe ser considerado como discapacidad, ya que este sí priva a las personas de su capacidad de ejercicio⁵¹.

Ante los argumentos expuestos, la Tercera Sala Civil sentenció confirmando la sentencia apelada, declarando la nulidad de las resoluciones judiciales cuestionadas y ordenó que Primer el Juzgado de Familia vuelva a emitir un nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos planteados en sus disposiciones. Al igual que el Segundo Juzgado Constitucional, coincidió en afirmar que los magistrados demandados además de no haber

⁵⁰ Cfr. Considerando Octavo.

⁵¹ Cfr. Considerando Cuarto literal d. “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo no resulta de aplicación para el caso de personas que sufren de enfermedades mentales como la esquizofrenia paranoide, dado que la discapacidad no priva a las personas del ejercicio de sus derechos civiles, como sí sucede con las personas a quienes se les declara interdictos civiles”

realizado una debida motivación en sus pronunciamientos judiciales tampoco tuvieron en cuenta los alcances de La Convención ni lo regulado en la LGPD, ni mucho menos que la discapacidad que padecía José Antonio era una que se encontraba en tratamiento médico que sí le permitía desempeñarse en la vida diaria dentro de lo ordinario.

Como es de conocimiento, en la actualidad ya no es necesario que los Jueces invoquen Control de Convencionalidad para resolver un caso de interdicción civil con respecto a las personas con discapacidad, pues éstas nunca más podrán ser declaradas incapaces, ya que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce una capacidad jurídica plena en igualdad de condiciones que las demás personas. Por tanto, hoy en día los juzgados de familia ya no son competentes para designar Curadores para las personas con discapacidad, sino por el contrario, su labor consistirá en transformar o reconducir los procesos judiciales de interdicción civil en uno de Apoyos y Salvaguardias, y en velar porque las designaciones de Apoyos y sus correspondientes medidas de protección sean realizadas respetando la voluntad de las personas con discapacidad.

Un claro ejemplo de esto último lo encontramos en la sentencia de fecha 07 de agosto del 2019 emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 194-2014-HC/TC, mediante el cual se resuelve un Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por el Sr. José Antonio Guillén Tejada contra la resolución expedida en segunda instancia por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa por considerar que dicha Resolución ordena disposiciones que violan derechos a la libertad de tránsito e integridad personal en contra de su hijo Juan José Guillén Domínguez quien padece de síndrome orgánico cerebral crónico psicótico y retardo mental profundo.

De lo expuesto en los fundamentos fácticos de la demanda se desprende que con fecha 11 de abril de 2013, José Antonio Guillén interpone demanda de Hábeas Corpus ante el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Arequipa en contra de Carolina Domínguez debido a que ésta en su condición de madre y curadora, tenía a su hijo viviendo sólo en el primer piso de su vivienda, en un ambiente reducido de 10 m², y con rejas y tapeados de ventanas que impedían que él como padre pueda comunicarse de forma adecuada con su hijo, más aun teniendo en cuenta que éste además de sufrir retardo mental también padecía de ataques repentinos de epilepsia. Lo que él solicitó ante el Tercer Juzgado fue que la demandada acondicionara en el segundo nivel de su vivienda un dormitorio para su hijo, en donde ella pueda tener una mayor supervisión del mismo y en donde no se encuentre encerrado tras unos barrotes, pues alegaba

que en dicho ambiente (segundo piso) sí existía espacio suficiente para ello. La demandada en su contestación alegó que dichas rejas habían sido instaladas como medidas de seguridad a favor de su hijo, dado que éste podría hacerse daño con alguno de los objetos ubicados en la cocina o alguno otro ubicado en los dormitorios. Asimismo, negó que su hijo se encuentre todo el día solo en la habitación referida, sino que dicho espacio solo es habitado cuando descansa.

El Tercer Juzgado, en su sentencia de fecha 23 de septiembre de 2013, declaró fundada en parte la demanda y ordenó a Carolina Domínguez a acondicionar una habitación en el segundo piso para su hijo, sustituyendo los vidrios por algún otro material que no constituyera peligro para él y estableciéndose además como medida de seguridad el alejar los objetos materiales que pudieran herirlo o causarle algún daño físico. Asimismo, se ordenó que de darse el caso en el cual la demandada no pueda dormir en la misma habitación con su hijo, se implemente una puerta de madera que solamente pueda estar cerrada por horas de la noche de tal forma que le permita una supervisión permanente. Carolina Domínguez al no encontrarse conforme con lo resuelto, decide apelar a dicho pronunciamiento, elevándose el expediente a la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Dicho órgano, lejos de confirmar la sentencia, la revoca, declarándola infundada por considerar que la persona con discapacidad es una persona que requiere una atención especial y que por tanto las medidas de seguridad inicialmente implementadas por la madre son razonables por ser beneficiosas para su propia seguridad y la de su entorno familiar, ya que en autos se acreditó que Juan José Guillén Domínguez sí puede transitar durante el día por distintos ambientes de la casa, y que solo habita el ambiente cerrado con barrotes para pernoctar, por lo que permitir que habite en el segundo piso sería contraproducente. Por tanto, a su criterio, no se estaría afectando ningún derecho fundamental de la persona con discapacidad.

Ante lo resuelto por la Primera Sala Penal es que José Antonio Guillén Tejada decide acudir ante el Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional. Dicho Tribunal resolvió declarando fundada la demanda por existir vulneración al derecho fundamental de la libertad personal. Dispuso el retiro de las rejas metálicas y el tapeado de las ventanas. Asimismo, dispuso que el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa adecúe el proceso de interdicción a uno de Apoyos y Salvaguardias.

El Tribunal Constitucional adopta una forma de entender a la discapacidad bajo el Modelo Social, haciendo mención en todo momento a la igualdad de ejercicio en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Reemplazó la curatela por el sistema de Apoyos y

Salvaguardias, y condujo el proceso de interdicción a uno de Apoyos. Reconociendo en todo momento una igualdad de derechos. En dicha sentencia no solo se hace mención a la Convención y a la LGPD y a otras normas internacionales de derechos humanos, sino que por primera vez se citan todas aquellas normas referentes a la capacidad de ejercicio modificadas en el Código Civil y Procesal Civil tras la entrada en vigor del D.L. 1384.



CAPÍTULO 3.

COMENTARIOS SOBRE ACIERTOS, DESACIERTOS Y PROPUESTAS DE CAMBIO EN LA REGULACIÓN DE LAS FIGURAS DE LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS

Después de haber explicado las figuras jurídicas de los Apoyos y Salvaguardias creadas por el D.L. 1384, y con ello también lo concerniente al tratamiento de la discapacidad en el Perú, en el presente capítulo nos dedicaremos a realizar algunas críticas a ciertos aspectos de sus regulaciones, y con ello también sugerir algunas propuestas de cambio.

Con la finalidad de no perder la estructura de la argumentación a realizarse en cada crítica, es que de requerirse, en ciertos casos volveremos a mencionar algunos conceptos anteriormente citados por ser necesarios para una correcta secuencia en la argumentación jurídica.

3.1. Crítica y propuesta de cambio sobre el concepto de discapacidad regulado en la LGPD

El concepto y el tratamiento de la discapacidad en el transcurrir de la historia ha adoptado diferentes formas de interpretación, llegando a ser objeto de incesables debates en la últimas cinco décadas, lo cual -como era de esperarse- ha originado múltiples definiciones, siendo esta la mayor dificultad a la que se enfrentan los modelos teóricos que tratan de explicarla, pues para definir la discapacidad no existe un punto de partida en concreto basado en una norma estática, física o funcional⁵².

Como es sabido, nosotros consideramos que la LGPD no regula la definición de “Persona con Discapacidad” de manera correcta, pues esta considera como tales solamente a aquellas personas que poseen deficiencias físicas, mentales, sensoriales, e intelectuales de carácter permanente, y no a las personas con deficiencias de carácter temporal o a largo plazo. Lo cual, a nuestro parecer, se está atentando contra el derecho que estas personas tienen al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad, reconocidos constitucionalmente, así como con lo ordenado por La Convención, quien al regular el concepto de discapacidad no limita dicha condición a un determinado grupo de

⁵² Cfr. Pérez, María; Chhabra, Gagan. Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas. *Revista Española de Discapacidad*, 7, 1(2019), p. 22.

personas en concreto, sino que de esta forma abarca a todos los tipos de discapacidad existentes, lo cual, incluye a las deficiencias temporales o a largo plazo.

La temporalidad no debería ser un factor para la exclusión de las personas con deficiencias temporales o a largo plazo dentro del concepto de discapacidad recogido en nuestra legislación, más aún si tomamos en cuenta que para Organización Mundial de la Salud, existen trastornos de salud que de manera conjunta o singular pueden originar discapacidad en una persona y cuyos efectos pueden ser tanto temporales como permanentes, visibles o invisibles, episódicos o degenerativos⁵³.

Si en la actualidad entendemos al concepto de discapacidad conforme al Modelo Social, lo correcto sería incluir dentro de dicha definición también a aquellas personas que sufren deficiencias de carácter temporal o a largo plazo, y no solo a las de carácter permanente, pues para estas personas también existen barreras actitudinales y sociales que evitan su participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás.

Cabe recalcar que el hecho que propongamos dicha modificación no significa que con ello exijamos un trato igualitario en todos los casos de discapacidad, sino muy por el contrario, debería existir un tratamiento de discapacidad acorde a cada persona en concreto, sin que ello implique una desprotección a otras solo por el hecho de la temporalidad de sus deficiencias.

Tomar como referente el concepto de discapacidad regulado en España a través del Decreto Legislativo 1/2013⁵⁴ nos serviría de mucha ayuda, pues ellos no delimitan dicha condición solamente a aquellas personas con deficiencias permanentes, sino que al igual que La Convención, elaboran un concepto abierto para que dentro de dicho supuesto puedan entrar los diferentes tipos de discapacidades.

3.2. Crítica y propuesta de mejora al Artículo 45 Literal B del Código Civil

El artículo 659 literal A establece que “La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio”.

⁵³ Cfr. Organización Mundial de la Salud [En línea]. *¿Qué es para mí la discapacidad?* Disponible en < <https://www.who.int/features/2011/disability/es/> > [Consultado el 30 de agosto de 2019].

⁵⁴ El artículo 4 inciso 1 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social define a las personas con discapacidad como “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, **previsiblemente permanentes** que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

De lo citado, podemos advertir que los únicos requisitos exigidos por ley para acceder y designar Apoyos y con ello también las Salvaguardias son: el ser mayor de edad y requerir asistencia para coadyuvar el ejercicio de su capacidad jurídica. Con lo cual, debemos entender que el acceso a estas figuras jurídicas no solo se circunscribe a las personas con discapacidad -que según la LGPD son solo las personas con deficiencias de naturaleza permanente-, sino que también podrán ser de uso de todas aquellas personas que, sin ser consideradas personas con discapacidad, tienen deficiencias de naturaleza temporal o a largo plazo, y que necesitan asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El artículo 45 literal B del Código Civil enuncia lo siguiente:

Pueden designar apoyos y salvaguardias:

1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente.
2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente.
3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado.
4. Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código.

Realizando una comparación del contenido normativo de ambos artículos resulta evidente la existencia de una incongruencia normativa, pues el artículo 45 literal B, a diferencia de lo regulado en el artículo 659 literal A, establece solo y únicamente 4 supuestos en los cuales se puede designar Apoyos y Salvaguardias. En todos ellos hace referencia solamente a personas con discapacidad. En sus incisos 2, 3 y 4, regula la designación de Apoyos y Salvaguardias para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, y las personas que se encuentran en estado de coma. En su inciso 1, regula la designación de estas figuras por parte de las personas con alguna discapacidad en general. Es decir, en ninguno de los 4 supuestos mencionados se establece algún caso en el cual se disponga que también pueden designar Apoyos y Salvaguardias todas aquellas personas mayores de edad que sin ser discapacitados -como es el caso de las personas con deficiencias temporales o a largo plazo-, requieren apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por tanto, consideramos que la única forma de que exista una armonía normativa entre el artículo 45 literal B y el artículo 659 literal A, sería si y solo si se entendiera a la discapacidad como un término que engloba tanto a las deficiencias de naturaleza permanente como a las de naturaleza temporal o a largo plazo, sin embargo, como ya se explicó en el subcapítulo precedente, no así. Por consiguiente, nuestra propuesta de mejora versa sobre una nueva redacción del inciso 1 del artículo 45, cuyo enunciado normativo deberá ser establecido de la siguiente manera: “1. Las personas con capacidad de ejercicio que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica”

3.3. Crítica y propuesta de mejora al contenido normativo del Artículo 659 literal A y B del Código Civil

Tras una interpretación literal de lo regulado en el artículo 659 literales A y B del Código Civil, podemos afirmar que la ley solamente permite la designación y el acceso a los Apoyos y las Salvaguardias a las personas mayores edad. En nuestro país la mayoría de edad se alcanza a los 18 años⁵⁵. Lo cual significa entonces, que el acceso a las mencionadas figuras jurídicas está limitado para uso exclusivo de las personas mayores a 18 años de edad que requieran apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ante lo dicho, resulta inevitable cuestionarnos lo siguiente: ¿Por qué la ley limita el acceso a los Apoyos y Salvaguardias para uso exclusivo de las personas mayores a 18 años de edad? ¿Qué pasa con aquellas personas cuya capacidad jurídica plena -de manera excepcional- les es otorgada por ley antes de que cumplan la mayoría de edad? ¿Acaso ellas no pueden acceder a los Apoyos pese a necesitar asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica? ¿Por qué? ¿En qué se funda esta limitación legal, si al ser capaces plenos ya no se encuentran sujetos bajo la guardia de su padre, madre o tutor?

Pues bien, para proceder a responder estas preguntas e iniciar con el planteamiento a la crítica, empezaré con el desarrollo de los supuestos en los cuales la ley otorga capacidad jurídica plena a las personas menores de edad.

El artículo 42 del Código Civil regula lo siguiente: “Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio (...) Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio

⁵⁵ Poder Judicial del Perú. *Abuso y explotación sexual*. Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c769398046e106f990bd9144013c2be7/Cap%C3%ADtulo+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c769398046e106f990bd9144013c2be7>> [Consultado el 03 de septiembre de 2019]

los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad”.

De igual forma, el artículo 46 del Código Civil establece que:

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo o la hija, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto
- (...).

De lo expuesto, advertimos la existencia de un conflicto normativo entre los artículos 42 y 46, debido a una antinomia jurídica entre ambos. El artículo 46 establece el cese definitivo de la incapacidad de ejercicio para los mayores de 16 años por contraer matrimonio o por la obtención de un título oficial, y el cese restringido para los mayores de 14 años por asumir la paternidad responsable (solo para realizar determinados actos en favor del hijo). El artículo 42 no realiza distinciones (cese definitivo o cese restringido), sino que declara la plena capacidad de ejercicio de los mayores de 14 años y menores de 18 años que contraigan matrimonio o ejerciten la paternidad.

Tanto el artículo 42 como el 46 pertenecen a una misma categoría normativa, por tanto, si utilizáramos como criterio interpretativo el principio de posterioridad en el tiempo, el artículo 46 quedaría derogado por el 42, sin embargo, este modo de interpretar las normas no logra reestablecer una coherencia normativa, pues reconocer la plena capacidad de ejercicio a los mayores de 14 y menores de 18 años que contraigan matrimonio o ejerciten la paternidad, implicaría desconocer: el supuesto de cese definitivo de la incapacidad de ejercicio para los mayores de 16 años por la obtención de un título oficial para ejercer una profesión u oficio, y desconocer también el cese restringido de la incapacidad de ejercicio de las adolescentes mayores de 14 años por la asunción de su maternidad para la realización de determinados actos a favor de sus hijos⁵⁶, pues ambos son supuestos no recogidos dentro del artículo 42.

En consecuencia, de acuerdo con Alex Plácido, entendemos que la única manera de restaurar una coherencia y coexistencia normativa entre lo enunciado por el ambos artículos,

⁵⁶ Cfr. Plácido, A. *op. cit.*, p. 122-125.

sería utilizando recursos interpretativos en base a los principios de especificidad y de complementariedad⁵⁷.

Si aplicamos el principio de especificidad, la solución de la antinomia jurídica se resolvería reconociendo el carácter especial del impedimento matrimonial regulado en el artículo 241 inciso 1 del Código Civil que establece que “No pueden contraer matrimonio: Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse”. Al tratarse de una restricción al derecho de contraer matrimonio, su modificación debe darse de forma expresa, por lo que desconocer esta prohibición solamente por procurar una coherencia normativa con el artículo 42, resultaría contrario al principio de legalidad.

Ahora, si adicionalmente al principio de especificidad también aplicamos el de complementariedad, y entendemos que el artículo 46 no contradice el artículo 42, sino por el contrario, lo complementa, entenderíamos lo siguiente: que la incapacidad de ejercicio para los mayores de 16 y menores de 18 años cesa por contraer matrimonio o por la obtención de un título oficial, y que los adolescentes mayores de 14 años, adquieren la capacidad de ejercicio de manera restringida solo para la asunción de su maternidad o paternidad en la realización de determinados actos a favor de sus hijos.

Dicho esto, y retornando con lo inicialmente planteado, consideramos que debería existir una modificación normativa en la redacción del artículo 659 literales A y B, pues si el fin perseguido por las figuras de los Apoyos y Salvaguardias consiste en asistir a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, consideramos que lo correcto sería que en los literales A y B se regule que el acceso a estas figuras no solo este permitido para las personas mayores a 18 años de edad, sino que también para aquellas mayores a 16 y menores a 18 años de edad que hayan contraído matrimonio o que desempeñan una profesión u oficio, y que por tener deficiencias a largo plazo o permanentes, necesiten de alguien que les ayude en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁵⁷ Cfr. *Ibid.* p. 126

3.4. Crítica y propuesta de mejora sobre los artículos 22 y 29 del D.S. N° 016-2019-MIMP

Los artículos 22 y 29 del D.S. N° 016-2019-MIMP establecen los requisitos exigidos para las solicitudes y correspondientes designaciones de Apoyos y Salvaguardias en la vía Notarial.

El artículo 22 regula aquellas designaciones cuyos cargos asistenciales han de ser ejercidos en el presente. Los requisitos exigidos son: que la persona que los designe sea una persona con discapacidad, mayor de edad, y que pueda manifestar su voluntad.

El artículo 29 regula toda designación realizada a futuro, en previsión de requerirse por encontrarse en una situación de discapacidad o de estado de coma. El único requisito es: el ser una persona mayor de edad.

La crítica que tenemos frente a la forma en la cual se regula la designación de Apoyos y Salvaguardias en la vía Notarial es la misma que hemos hecho con respecto a la vía Judicial. Es decir, advertimos que al igual que los literales A y B del artículo 659 Código Civil, los artículos 22 y 29 del D.S. N° 016-2019-MIMP debe ser modificados, pues consideramos que el acceso para solicitar y con ello también designar Apoyos y Salvaguardias no debería encontrarse limitado solo para aquellas personas mayores de 18 años, sino también para aquellas mayores a 16 y menores a 18 años de edad que hayan contraído matrimonio o que desempeñan una profesión u oficio, ya que según la ley, estos son supuestos excepcionales que hacen que una persona pese a ser menor edad, adquiera la capacidad jurídica plena.

Asimismo, consideramos que el acceso a estas figuras jurídicas no debe encontrarse limitado únicamente para aquellas personas con discapacidad –que según la LGPD lo serían solamente aquellas personas con deficiencias permanentes- sino que deba poder extenderse también hacia aquellas personas con deficiencias temporales o a largo plazo que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica.

3.5. Crítica y propuesta de mejora sobre el artículo 28 del D.S. N° 016-2019-MIMP

El artículo 28 del D.S. N° 016-2019-MIMP regula la renuncia de la designación de Apoyo en la vía Notarial, cuyo cargo ha de ser ejercido en el presente.

Dicho artículo establece que el Apoyo puede “renunciar del encargo si notificada su renuncia a la persona que cuenta con apoyo, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazada”.

De lo citado, advertimos la existencia de un enunciado con contenido normativo ambiguo, pues tras su lectura, resulta inevitable cuestionarnos sobre qué interpretación es la correcta. Acaso será que ¿el Apoyo solamente podrá renunciar a su cargo si es que la persona a quien asiste cuenta con otro Apoyo? O por el contrario ¿el Apoyo está facultado a renunciar a su cargo independientemente de la situación en la que se encuentre la persona a quien asiste?

Ante ello, consideramos que en pro de salvaguardar la integridad y el correcto ejercicio de los derechos fundamentales de aquellas personas que necesitan de asistencia para manifestar su voluntad, la interpretación que deberíamos otorgarle al artículo 28 debería ser que el Apoyo solamente podrá renunciar a su cargo si es que la persona a quien asiste tiene 2 o más Apoyos que la ayudan en el ejercicio de su capacidad jurídica, de tal forma que tras su renuncia, la persona con deficiencias no se queda sin Apoyo. Más aun teniendo en cuenta que el artículo 28 no exige la aprobación de la renuncia para que esta tenga efecto, pues solo establece que ésta se entenderá por realizada si es que transcurren 30 días sin que haya sido reemplazado por otro.

Nuestra propuesta de cambio consiste en establecer expresamente que para que un Apoyo renuncie, debe ser necesario que la persona a quien asiste cuente con 2 o más Apoyos. Pues consideramos que de no establecerse expresamente dicha condición, dejaríamos en total desprotección a las personas con deficiencias, ya que si estas eligieron a alguien para que las asista en su capacidad jurídica es porque por ellas solas no pueden hacerlo, con lo cual resultaría contraproducente permitir que la única persona que cumple la función de Apoyo, pueda renunciar a su cargo bastando una simple comunicación, más aún si tomamos en cuenta que dicho cargo no le fue impuesto, sino que fue de su libre aceptación.

Asimismo, proponemos que así como en la Escritura Pública y en la Sentencia se establecen los plazos, alcances, responsabilidades y demás condiciones que ha de ejercer el Apoyo durante su cargo, también deberían establecerse las causales expresas por las cuales la renuncia al cargo de Apoyo debe ser aceptado y dado por válido, ya que de no hacerse, advertimos que posiblemente existirían un sinnúmero de renunciaciones, dado que conforme a la regulación vigente, no es necesario alegar una causa justificada para ello.

3.6. Crítica y propuesta de mejora sobre el artículo 34 inciso 1 del D.S. N° 016-2019-MIMP

Como es sabido, las designaciones de Apoyos y Salvaguardías a futuro se realizan en previsión de requerirse con posterioridad, es decir, para aquellos casos en los cuales la

persona que los designó se encuentre en una situación de discapacidad o de estado de coma que le dificulte manifestar su voluntad. Por lo tanto, ante ello, la persona que lo designa no tiene Apoyo en la actualidad, pues no lo necesita. Con lo cual, para que el Apoyo tenga eficacia, deberán de cumplirse las condiciones que esta haya establecido en la Escritura Pública de designación.

Dicho esto, ponemos en evidencia la existencia de un error en el contenido normativo del artículo 34 inciso 1 del D.S. N° 016-2019-MIMP, el cual regula que “La facultad para actuar del apoyo a futuro surte eficacia cuando la persona que cuenta con apoyo lo determina, debiendo quedar establecido en la escritura pública de designación”, pues como hemos expuesto, no es posible que la persona que designe Apoyo a futuro ya cuente con uno en el presente.

En consecuencia, proponemos que el citado artículo debe quedar redactado de la siguiente manera: “La facultad para actuar del apoyo a futuro surte eficacia cuando la persona a quien va a brindar asistencia lo determine, debiendo quedar establecido en la escritura pública de designación”.

3.7. Crítica y propuesta de mejora al Artículo 659 literal H del Código Civil

El artículo 659 literal H del Código Civil dispone que la persona o personas que realicen la función de Apoyo se encuentran exentas de la obligación de garantizar su gestión, salvo aquellos supuestos en los cuales los padres ejercen la función de Apoyos, pues en este caso, el juez -a pedido del consejo de familia- puede resolver que estos garanticen su gestión por ser necesaria en amparo del interés del hijo.

La regla general establecida en el Código Civil es que toda la persona con capacidad jurídica es responsable por sus decisiones que esta haya tomado en el ejercicio de la misma, incluso de aquellas realizadas con la asistencia de dicho Apoyo, teniendo la salvedad de poder repetir contra él. Existe una sola excepción a esta regla, y es el caso de las personas que se encuentran en estado de coma, pues en este supuesto, ellas no son responsables por las decisiones tomadas por los Apoyos designados judicialmente, ya sea que estos hayan actuado con dolo o con culpa. ¿y en los otros supuestos en los que la designación de Apoyos también fue designada por el juez debido a que son personas que no pueden manifestar su voluntad? ¿quién responde? ¿y en el caso en el que es la propia persona con deficiencias quien otorga la facultad de representación a su Apoyo, responde ella? La respuesta es sí, en estos supuestos quien es civilmente responsable es la persona que requiere el Apoyo, pues como indicábamos

líneas arriba, el Apoyo se encuentra exento de la obligación de garantizar su gestión ¿Esto es justo? ¿Es acorde a derecho?

Creemos que no existiría inconveniente alguno sobre la exoneración de garantizar su gestión si es que el Apoyo ejerciera solo y exclusivamente sobre la persona que lo requiere, la función de asistencia, de ayuda en la comunicación con los demás y en la manifestación e interpretación de su voluntad o si es que solo contribuyera en la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, pues entendemos que en todos estos supuestos el Apoyo solo asiste y colabora en el cumplimiento de la voluntad de la persona que lo designa, ya que finalmente es ella misma quien ejerce su capacidad jurídica de forma individual, sin coacción alguna.

El problema que advertimos deviene cuando la persona que designa el Apoyo le otorga expresamente la facultad de representación, o cuando el juez designa Apoyo con representación en el caso de las personas que no pueden manifestar su voluntad, y cuando el notario designa el Apoyo en el caso de las personas adulto mayores con discapacidad para el cobro y administración de sus pensiones.

Consideramos que en estos 3 supuestos sí debería exigirse al Apoyo la obligación de no solo rendir cuentas trimestralmente, sino de garantizar su gestión con su propio patrimonio, pues en todos estos casos el Apoyo no solo ejerce la función de asistencia, sino que al actuar en representación de la persona que lo designó, tiene la potestad de tomar decisiones en su nombre, como es el caso de la celebración de actos jurídicos que pueden llegar a producir efectos jurídicos que causen un grave perjuicio en los derechos patrimoniales y por qué no hasta fundamentales de las personas a quien representa.

Nuestra propuesta de cambio versa sobre establecer una responsabilidad civil para el Apoyo que cumple funciones de representación o de administración del patrimonio de la persona a quien asiste, independientemente que este haya actuado con dolo o culpa inexcusable.

Así como el Código Civil regula la exoneración de responsabilidad de las personas en estado de coma por las decisiones tomadas por los Apoyos designados judicialmente, propongo que este tratamiento también sea predicable para los siguientes supuestos: El primero sería aquel caso en el cual las personas no pueden manifestar su voluntad, y la designación de su Apoyo y Salvaguardia ha sido realizada el juez. El Segundo es el supuesto en el cual las personas adulto mayores no pueden manifestar su voluntad para designar Apoyo

en el cobro y administración de sus pensiones, y la designación del Apoyo la ha realizado el notario. Y el Tercer supuesto sería en el caso de las personas que designaron Apoyo con poder de representación.

Adicionalmente a lo expuesto, y teniendo como guía lo regulado en el artículo 520 del Código Civil con respecto a la Institución de la Tutela, propongo la existencia de requisitos de obligatorio cumplimiento que deberán de realizar los Apoyos previamente a la asunción de su cargo y que cumplen funciones de representación o de administración del patrimonio de la persona a quien asiste. Estos deberían ser los siguientes:

A. La existencia de un inventario judicial o notarial de los bienes de la persona que requiere el Apoyo, antes de que este ejerza el cargo.

B. La exigencia de la constitución de una garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le fuese imposible al Apoyo dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su representación.

C. El deber de discernimiento del cargo. El Apoyo en el discernimiento del cargo debería encontrarse obligado a prometer que guardará fielmente la persona y sus bienes, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor.

3.8. Propuesta de obligatoriedad en la designación de Apoyos y Salvaguardias por parte del núcleo familiar de las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad

Con la finalidad de procurar una correcta y debida protección de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad humana de todas aquellas personas a quienes pese a prestárseles esfuerzos reales, considerables y pertinentes a través de ajustes razonables para que puedan exteriorizar su voluntad, se encuentren imposibilitadas de hacerlo, consideramos que para ellas, siendo un caso excepcional, debería establecerse la designación Judicial obligatoria de Apoyos y Salvaguardias con facultad de representación que los ayude a exteriorizar y manifestar su voluntad.

Para nosotros, dentro de este grupo de personas deberían encontrarse: i) Aquellas que por cualquier causa se encuentren privadas de discernimiento, ii) Aquellas que sufren deterioro mental que les impide expresar su voluntad, y iii) Aquellas que se encuentran en estado de coma y no han designado Apoyo con anterioridad, y que se encuentren conviviendo con sus familiares, pues para los casos en los cuales estas personas se encuentren en centros

psiquiátricos, centros de rehabilitación o centros de acogida residencial, el Apoyo temporal lo ejercerá el Director que se encuentre en ejercicio de funciones del establecimiento donde se encuentre albergado la persona que requiere el Apoyo.

La medida que proponemos consiste en establecerse una obligatoriedad en el siguiente orden de prelación, hacia el: cónyuge, conviviente, hijos, hermanos y padres de la persona que no puede manifestar su voluntad, para que sean ellos mismos quienes tengan no solo el deber moral, sino también el deber jurídico de solicitar ante el Juez la designación de las figuras de los Apoyos y Salvaguardias con poder de representación a través del Proceso de Designación Judicial de Apoyos y Salvaguardias regulado en el Artículo 5 inciso 2 literal B del Reglamento del D.L. 1384.

La existencia del familiar establecido dentro del primer orden de prelación excluye la obligatoriedad hacia los demás, y así sucesivamente.

Todo ello con el fin de procurar que estas personas no se encuentren desprotegidas, y tengan un Apoyo, que les sirva de asistencia y los represente en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Claro está, manteniéndose la regulación existente del tercer párrafo del Artículo 659 literal E del Código Civil, que autoriza que excepcionalmente, cualquier persona con capacidad jurídica podía acudir a un proceso judicial solicitando la determinación de Apoyos para la persona que no podía manifestar su voluntad.

Proponemos que de darse el supuesto en el cual las personas obligadas a acudir a un despacho judicial para solicitar la designación de Apoyos y Salvaguardias no lo hicieran, deberían responder civilmente por el daño que su actuar negligente haya podido ocasionar en la esfera patrimonial de la persona que requiere el Apoyo, pues el ser sujetos de derecho con capacidad de ejercicio plena para crear actos jurídicos válidos, los convierte en personas expuestas a otras que pueden actuar de mala fe.

Consideramos pertinente añadir que, si los familiares se negasen a designar Apoyos y Salvaguardias, la ley debería otorgar legitimidad a cualquier persona con capacidad jurídica para poder acudir ante el Ministerio Público y denunciar el hecho, con la finalidad de que dicha institución tome un rol importante en la protección de los derechos de las personas con discapacidad y se salvede su capacidad jurídica y su dignidad como ser humano.

Debe ser labor principal de nuestra sociedad el procurar en todo momento el debido respeto hacia las personas con discapacidad, el satisfacer sus necesidades vitales, conocer de sus sentimientos para lograr su bienestar no solo físico sino también psíquico, y de esta manera ver algún camino hacia su felicidad, pues su condición de ser humano nos exige actuar con el máximo respeto hacia lo suyo⁵⁸.

3.9. Propuesta de creación de nuevos juzgados de descarga

Según el último censo realizado en el Perú el 2017 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) hay 3'051.612 (Tres millones cincuenta mil seiscientos doce) personas en el país que padecen algún tipo de discapacidad. Esta cifra representa el 10,4% de la población nacional, calculada en 31'237.385 (Treinta y un millones doscientos treinta y siete mil trescientos ochenta y cinco) habitantes⁵⁹, lo cual significa que muy probablemente a la fecha, es decir abril de 2020, esta cifra definitivamente ha ido en aumento.

Pese a que al 31 de diciembre de 2018 la cantidad de órganos jurisdiccionales en los juzgados de familia implementados a nivel nacional aumentó en 66 dependencias judiciales en comparación al año 2017, esto no fue suficiente para disminuir la carga procesal, pues la cantidad de “procesos principales pendientes” en los Juzgados de Familia aumentó en un 6.4 % en comparación a los años 2016 y 2017⁶⁰.

Estas cifras nos causan una alarmante preocupación, pues los Juzgados de Familia son competentes tanto para atender las nuevas solicitudes de designación de Apoyos y Salvaguardias, como para reconducir o transformar el Proceso de Interdicción a uno de designación de Apoyos y Salvaguardas, por tanto, la consecuencia inmediata significará definitivamente que debido a una abundante carga procesal, va a existir una lentitud en la atención de las solicitudes judiciales de designación de Apoyos.

Nuestra propuesta de mejora versa en implementar mayores juzgados transitorios o de descarga en la especialidad de Familia, de tal forma que estos sean competentes solo y exclusivamente para los procesos de reconocimiento judicial de designación de Apoyos y

⁵⁸ Cfr. Vivas, I. Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: Hacia la despatrimonialización de la discapacidad. *Revista de Derecho UNED*, 7 (2010): p.573.

⁵⁹ Cfr. Plataforma única del Estado Peruano. *loc. cit.*

⁶⁰ Cfr. Poder Judicial del Perú [En línea]. *Boletín Estadístico Institucional N° 04-2018*. Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/813ad88048c970ce939df353388de097/Boletin+N%C2%B04+DICIE+MBRE-2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=813ad88048c970ce939df353388de097>> [Consultado el 20 de septiembre de 2019] p. 10-12.

Salvaguardias, procesos de designación judicial de Apoyos y Salvaguardias, y en el proceso transformado a designación de Apoyos, de tal forma que estos alivien la carga procesal, y además presten inmediatez en la atención de las solicitudes de las personas mayores de edad con capacidad jurídica plena y que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica.



CONCLUSIONES

Conforme al análisis desarrollado en esta investigación, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

1. Las normas y políticas del Estado deben de ser elaboradas tomando en cuenta a las personas con discapacidad, debiendo fomentarse en todo momento su inclusión social y el respeto por su dignidad en los distintos ámbitos de su vida.
2. La Convención sin duda alguna marcó un precedente histórico en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, pues gracias a ella dejó de entenderse a la discapacidad como sinónimo de sustitución de voluntad. Hoy en día dicho concepto es imposible de ser concebido sino va de la mano con la Sociedad y con el irrestricto respeto hacia sus derechos fundamentales.
3. Nuestro sistema jurídico al igual que La Convención conciben a la Capacidad Jurídica conforme al modelo dual de capacidades, por tanto, entienden que bajo un mismo término se encuentran comprendidos tanto a la capacidad de goce como a la de ejercicio. No pudiéndose predicar unanimidad en sus términos, pues cada una de ellas ostenta una naturaleza y una regulación distinta, debiéndose respetar su identidad y sus particularidades propias de cada una.
4. La definición de discapacidad regulada por la LGPD debe ser modificada. Consideramos que dicho concepto debe procurar una flexibilidad en su conceptualización, de tal forma que dentro de dicha definición se permita subsumir a los distintos tipos de deficiencias, sin que el factor tiempo sea un impedimento para ello.
5. La regulación normativa de la Interdicción Civil y la curatela dejaron de ser aplicables para las personas con discapacidad. En la actualidad, su uso se encuentra limitado exclusivamente para los supuestos regulados en el artículo 44 incisos 4,5,6 y 7 del Código Civil.
6. Consideramos que las figuras de los Apoyos y Salvaguardias deberán de ser aplicables no solo para aquellas personas con deficiencias permanentes-que son las personas con discapacidad según la LGPD-, sino también para aquellas con deficiencias de carácter temporal o a largo plazo, pues en ambos supuestos existen personas que necesitan asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica. Más aún cuando entendemos a la discapacidad como el resultado de la sumatoria entre las barreras sociales y las deficiencias de las personas con discapacidad.

7. Asimismo, en línea con el párrafo precedente, proponemos que el acceso a los Apoyos y Salvaguardias no se encuentre restringido solamente para aquellas personas mayores a 18 años de edad, sino que también debería permitírseles acceder a dichas figuras a aquellas personas menores de edad que por ley adquirieron la plena capacidad jurídica, pues dicho grupo de personas al no encontrarse bajo la guardia de las instituciones de la Patria Potestad o de la Tutela, no tendrían otra figura jurídica a la cual recurrir para solicitar asistencia en el ejercicio de sus derechos. Dentro de este grupo estarían aquellas mayores a 16 y menores a 18 años de edad que hayan contraído matrimonio o que desempeñan una profesión u oficio.
8. Proponemos que la renuncia al cargo de Apoyo solamente debe hacerse efectiva si es que la persona a quien brinda el apoyo tiene 2 o más Apoyos adicionales. Asimismo, proponemos que las causales de renuncia al cargo deban establecerse de forma expresa en la Sentencia o en la Escritura pública de designación. Proceder nuevamente con la designación de Apoyo implica realizar nuevo gasto de tiempo y de dinero. El cargo debe ser asumido con responsabilidad, paciencia y respeto, pues su aceptación fue voluntaria. No otorgar estabilidad o permanencia al cargo puede traer consecuencias nefastas en su implementación.
9. La regla general establecida en el Código Civil es que toda la persona con capacidad jurídica es responsable por sus decisiones tomadas en el ejercicio de la misma, incluso de aquellas realizadas con la asistencia de dicho Apoyo. La única excepción a la regla es el caso de las personas que se encuentran en estado de coma.

Frente a ello, nosotros proponemos que dicha excepción de exoneración de responsabilidad debería hacerse extensiva también a otros 3 casos más que son: cuando se designa Apoyo con facultad expresa de representación, cuando el juez designa Apoyo con representación en el caso de las personas que no pueden manifestar su voluntad y cuando el notario designa el Apoyo en el caso de las personas adulto mayores con discapacidad para el cobro y administración de sus pensiones. En estos tres casos quien debe asumir la responsabilidad civil por los daños causados deben ser las personas que ejercen el cargo de Apoyo, mas no la persona a quien asisten.

10. Proponemos que las personas que ejercen el cargo de Apoyo y tengan facultades de administración o cobro de pensiones deben estar obligadas a rendir cuentas de manera trimestral y a garantizar su gestión con su patrimonio.

11. Creemos firmemente que para los supuestos en los cuales las personas no puedan manifestar su voluntad, se implemente de manera excepcional, la obligatoriedad de la designación de Apoyos y Salvaguardias hacia ellos. La obligación deberá recaer sobre las siguientes personas en el siguiente orden de prelación: cónyuge, conviviente, hijos, hermanos y padres. La persona establecida en primer orden de prelación excluye de la obligatoriedad hacia los demás, y así sucesivamente.

Si los familiares se negaran a designar Apoyos y Salvaguardias, cualquier persona con capacidad jurídica debería tener legitimidad para acudir ante el Ministerio Público y denunciar el hecho, de tal manera que dicha Institución tome un rol importante en la protección de los derechos de las personas con discapacidad salvaguardando no solo sus derechos, sino también su dignidad como persona.

12. Consideramos apropiado la creación de nuevos juzgados de descarga para los juzgados de familia, de tal forma que su competencia se encuentre exclusivamente dirigida a atender las nuevas solicitudes de designación de Apoyos y Salvaguardias, y a reconducir o transformar el Proceso de Interdicción a uno de designación de Apoyos y Salvaguardias.
13. Aplaudimos los esfuerzos denodados del Estado Peruano en la creación de los Apoyos y Salvaguardias, sin embargo, como se ha explicado a lo largo del presente trabajo, aún existen aspectos jurídicos relevantes pendientes de perfeccionamiento.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Convenciones y Normas:

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Viena, 1969).

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (Aprobado por la Organización de los Estados Americanos en Guatemala, 1999).

Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, 2006).

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Civil Peruano de 1984.

Código Civil Español de 1989.

Código Penal Peruano de 1991.

Código Procesal Civil Peruano de 1993.

Decreto Supremo N° 002-2014- MIMP, Reglamento de la N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad (2014). En Diario Oficial El Peruano. Perú.

Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP, Decreto Supremo que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e incremento de Salvaguardias (2019). En Diario Oficial El Peruano. Perú.

Decreto Legislativo 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones (2018). En Diario Oficial El Peruano. Perú.

Decreto Legislativo 1417, Decreto Legislativo que promueve la inclusión de las personas con discapacidad (2018). En Diario Oficial El Peruano. Perú.

Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad (2012). En Diario Oficial El Peruano. Perú.

Ley N° 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor (2016). En Diario Oficial El Peruano. Perú.

Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de La Discapacidad (2019). En Diario Oficial El Peruano. Perú.

Texto único Ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial (1993). En Diario Oficial El Peruano. Perú.

Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (2013). En Boletín Oficial del Estado (BOE). España.

Libros, revistas y páginas web:

Agencia Peruana de Cooperación Internacional- APCI [en línea]: *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Disponible en < <http://www.apci.gob.pe/IINNCI/archivos/COMPENDIO/PARTE%202/Convenci%C3%B3n%20de%20Viena%20sobre%20Tratados> > [Consultado el 18 de julio de 2019].

Barrifi, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Tesis (Disertación doctoral: Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho). Madrid: Universidad de Carlos III de Madrid, 2014. 646 p.

Castillo, L. *Control de Convencionalidad*. En: Álvarez, Mario [et. al.] *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. México, ISEG, Instituto Tecnológico de Monterrey, Università degli studi di Perugia, 2013, 81-87 pp.

----- El valor de la persona humana. *Revista Galega de Cooperación Científica Iberoamericana*, 11, (2005): 31-41 pp.

----- La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 10, 2 (2012): 231-280 pp.

----- La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. *Gaceta Jurídica*, 6, (2009): 31-72 pp.

----- Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho. *Foro jurídico: revista de derecho*, 7, (2007): 27-40 pp.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional -Cejil. *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. En: Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: Compilación de Instrumentos. Buenos Aires: Folio Uno S.A., 2009. 193- 209 pp.

Congreso de la República del Perú [En línea]. *Anteproyecto de ley que modifica el Decreto Legislativo 295 del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica y su implicancia en los libros de personas, acto jurídico, familia, sucesiones, contratos y prescripción y caducidad.* Disponible en < [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/cedis2013.nsf/pubweb/1D188C29A84F93CC05257E19006D8DE3/\\$FILE/ANTEPROYECTOEDIS.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/cedis2013.nsf/pubweb/1D188C29A84F93CC05257E19006D8DE3/$FILE/ANTEPROYECTOEDIS.PDF) > [Consultado el 10 de agosto de 2019].

Colección de Tratados de las Naciones Unidas [En línea]. *Estado de los tratados: Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Disponible en < https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en > [Consultado el 20 de abril de 2020].

Colección de Tratados de las Naciones Unidas [En línea]. *Estado de los tratados: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Disponible en < https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&clang=_fr > [Consultado el 20 de abril de 2020].

Cuenca, P. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Unidad de La Rioja-Redur*, 10 (2012): 61-94 pp.

Gómez de Liaño, F. *El proceso civil*. 2ª ed. Oviedo: Forum, 1992. 633 p.

Martínez De Aguirre, C. *La persona y el derecho de la persona*. En su: Curso de Derecho Civil. Madrid: Colex, 2015, 25-36 pp.

Martínez, N. *Viaje al tratamiento jurídico de las personas con discapacidad: una visión global del camino*. En: Sánchez, En Heredia, Lerdys [et. al.] *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. 457-469 pp.

Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad - CONADIS [En línea]. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Disponible en

<http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/1147_GOB497.pdf> [Consultado el 30 de junio de 2019].

Moreno Roca, E. *La protección jurídico patrimonial de la persona con discapacidad psíquica a la luz de la convención internacional de derechos de personas con discapacidad*. Tesis (Disertación doctoral: Derecho y Ciencias Políticas). Valencia: Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, 2017. 200 p.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Derechos Humanos [En línea]. *Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad: Guía de formación. Serie de capacitación profesional N° 19*. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_sp.pdf> [Consultado el 15 de agosto de 2019].

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Derechos Humanos [En línea]. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-Material de promoción: Serie de Capacitación Profesional N° 15*. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf> [Consultado el 15 de junio de 2019]

Organización Mundial de la Salud [En línea]. *¿Qué es para mí la discapacidad?* Disponible en <<https://www.who.int/features/2011/disability/es/>> [Consultado el 30 de agosto de 2019].

Palacios, Agustina. *¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el Derecho Español*. En su: Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Buenos Aires: Ediar- Dykinson, 2006. 243-305 pp.

Pérez, María; Chhabra, Gagan. Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas. *Revista Española de Discapacidad*, 7, 1(2019), 7-27 pp.

Plácido, A. *Discapacidad y capacidad jurídica: a propósito del Decreto Legislativo N° 1384 que adecúa el Código Civil a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. En: Varsi, Enrique [et. al.] *Derecho Procesal de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2019. 93-136 pp.

Plataforma Única del Estado Peruano [En línea]. *El Conadis presenta la campaña de sensibilización “Dígalo con respeto, persona con discapacidad”*. Disponible en <<https://www.gob.pe/institucion/conadis/noticias/28575-el-conadis-presenta-la-campana-de-sensibilizacion-digalo-con-respeto-persona-con-discapacidad>> [15 de septiembre de 2019].

Poder Judicial del Perú. *Abuso y explotación sexual*. Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c769398046e106f990bd9144013c2be7/Cap%C3%ADtulo+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c769398046e106f990bd9144013c2be7>> [Consultado el 03 de septiembre de 2019].

Poder Judicial del Perú [En línea]. *Boletín Estadístico Institucional N° 04-2018*. Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/813ad88048c970ce939df353388de097/Bolet%C3%ADn+N%C2%B04+DICIEMBRE-2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=813ad88048c970ce939df353388de097>> [Consultado el 20 de septiembre de 2019].

Poder Judicial del Perú [en línea]: *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5121460045187ceca767ff01a4a5d4c4/Convencion+Interamericana+para+la+eliminacion+de+todas+las+formas+de+discriminacion+contra+las+personas+con+discapacidad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5121460045187ceca767ff01a4a5d4c4>> [Consultado el 20 de Agosto de 2019].

Puig Brutau, J. *Compendio de derecho civil*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 1987. 480 p.

Rangel Sánchez, Diana. *El “daño a la persona” en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar*. Tesis (Licenciatura en Derecho). Piura: Universidad de Piura, 2015. 69 p.

Villareal López, Carla. *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú*. Tesis (Magister en Derechos Humanos). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. 179 p.

Vivas, I. Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad. *Pensar, Revista de Ciencias Jurídicas*, 20,3 (2015): 823-846 pp.

Vivas, I. Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamiento jurídicos europeos: Hacia la despatrimonialización de la discapacidad. *Revista de Derecho UNED*, 7 (2010): 561-595 pp.

Wong, J. *Del Sistema de apoyo y salvaguardias conforme al decreto legislativo N° 1384*. En: Varsi, Enrique [et. al.] *Derecho Procesal de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2019. 249-262 pp.

Expedientes:

01305-2012-0-1001-JR-FC-03

25158-2013-0-1801-JR-CI-02

194-2014-HC/TC

