



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Implementación de apoyos y salvaguardias para personas  
con discapacidad, a propósito del Decreto Legislativo N°  
1384**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Alejandra María Chumacero Seminario**

Asesor(es):  
Dra. Patricia Anahí Lescano Feria

Piura, abril de 2022



### **Aprobación**

La tesis titulada “Implementación de apoyos y salvaguardias para personas con discapacidad, a propósito del Decreto Legislativo N° 1384”, presentada por la bachiller Alejandra María Chumacero Seminario en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. Patricia Anahí Lescano Fera.



Directora de Tesis





### **Dedicatoria**

A mis padres, Roxana y William por su amor y apoyo incondicional, por la motivación permanente a luchar por mis metas personales y profesionales.

A mis hermanos, Renato y Elsa, quienes con su sinceridad y compañerismo me alientan a seguir adelante.

Y, especialmente, a mis abuelos, Humberto y Noé, quienes desde el cielo me acompañan y guían día a día.





## **Agradecimientos**

Agradecer, en primer lugar, a Dios por permitirme estar rodeada de una gran familia y amistades verdaderas. Asimismo, a mi directora de tesis, la Dra. Patricia Anahí Lescano Fera, quien no solo me ha acompañado en el asesoramiento de este trabajo de investigación, sino en toda mi etapa universitaria, por sus consejos para llegar a ser una mejor persona y profesional, gracias por todo su tiempo, conocimientos y apoyo brindado.

Además, quiero hacer una mención honrosa para mi tía Verónica, quien se tomó el tiempo de ver cada avance de la tesis y aconsejarme en su redacción. Por último, agradecerles a todas las personas que se han cruzado en mi vida porque he aprendido de cada una ellas, especialmente de mis mejores amigas, Sara y Milagritos, quienes han estado conmigo en todo momento y nunca me han dejado derrumbar.





## Resumen

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el año 2006, marcó un hito en la percepción mundial sobre la discapacidad y la capacidad jurídica de las personas. A partir de ese momento, empezó la transición del modelo rehabilitador a un modelo social, en el cual la discapacidad ya no era concebida como una enfermedad o un castigo divino, sino como el resultado de las barreras sociales, que impiden la realización de aquellas personas que presentan alguna deficiencia física, mental o sensorial. Asimismo, en este modelo prima la autonomía e intereses de la persona con discapacidad frente a las decisiones que un tercero pudiese tomar en representación de ella.

Por su parte, Perú como miembro de la Convención, apresurado en cumplir con los objetivos de la norma internacional, promulgó y publicó en el año 2018 el Decreto legislativo N.º 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico civil sufrió serias modificaciones, derogaciones e incorporaciones. Una de las principales fue el remplazo del sistema de sustitución, que regulaba la interdicción, por un sistema asistencial, promovido por figuras nuevas como apoyos y salvaguardias para personas con discapacidad.

Ante esta situación, muchos juristas peruanos vienen mostrando su malestar y desacuerdo por la incertidumbre que arrastra el Decreto legislativo N.º 1384, entre ellos quien investiga, puesto que, actualmente, existen vacíos y contradicciones dentro de nuestro Código Civil. El ejemplo más notorio es que, hoy en día, todas aquellas personas con ausencia de poder autogobernarse son plenamente capaces, pudiendo ser válidos todos los actos jurídicos que ejecuten y ellos ser responsables civiles de los mismos, pese a su carencia de entender la realidad. Aunado a ello, la responsabilidad de los apoyos se limita solo a la asistencia, más no a responder por todos los negocios que celebren en nombre de la persona con discapacidad asistida.

No obstante, no todo lo dispuesto en esta norma legal es negativo ya que se puede destacar positivamente la inserción de las salvaguardias y aplicación de los ajustes razonables para personas con discapacidad. Sin embargo, es cierto que el legislador peruano debió prever las inconsistencias jurídicas que este decreto está causando, así como investigar como otros miembros de la convención han abordado la transición al modelo social de discapacidad. Por consiguiente, considero necesario analizar cualitativamente el Decreto legislativo N.º 1384, profundizando de forma crítica en sus aciertos y desaciertos respecto a la nueva regulación de capacidad jurídica en el Código Civil y la implementación de apoyos y salvaguardias para personas con discapacidad.



## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>17</b>
<b>Capítulo 1 La capacidad jurídica y la discapacidad de las personas en el ordenamiento peruano .....</b>	<b>21</b>
1.1 La capacidad de las personas .....	21
1.1.1. La capacidad de goce .....	21
1.1.2. La capacidad de ejercicio .....	22
1.1.3. La capacidad jurídica .....	23
1.2 Distinción entre incapacidad y discapacidad: dos conceptos que suelen confundirse.....	25
1.2.1 Noción básicas de incapacidad .....	25
1.2.2 Capacidad de ejercicio restringido.....	27
1.2.3 Noción básicas de discapacidad.....	28
1.3 Las personas con discapacidad en el ordenamiento peruano antes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad .....	30
1.3.1 Las personas con discapacidad en las constituciones políticas del Perú de 1979 y 1993.....	30
1.3.2 La ley N° 2750: Ley General de la Persona con Discapacidad.....	31
1.3.3 La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad .....	32
1.4 La Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad .....	33
1.5 Adecuación del ordenamiento jurídico peruano a la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad .....	38
1.5.1 La Ley N° 29973: Ley General de las Personas con Discapacidad .....	38
1.5.2 Antecedentes al Decreto Legislativo 1384.....	39
<b>Capítulo 2 El modelo social para personas con discapacidad en el Perú.....</b>	<b>43</b>
2.1 Antecedentes al modelo social para personas con discapacidad .....	43
2.1.1 La interdicción o incapacitación civil .....	43
2.1.2 La curatela en el Perú.....	47
2.2 Transición del modelo rehabilitador al modelo social para personas con discapacidad en el Perú.....	50
2.2.1 Modelo social de la discapacidad.....	50

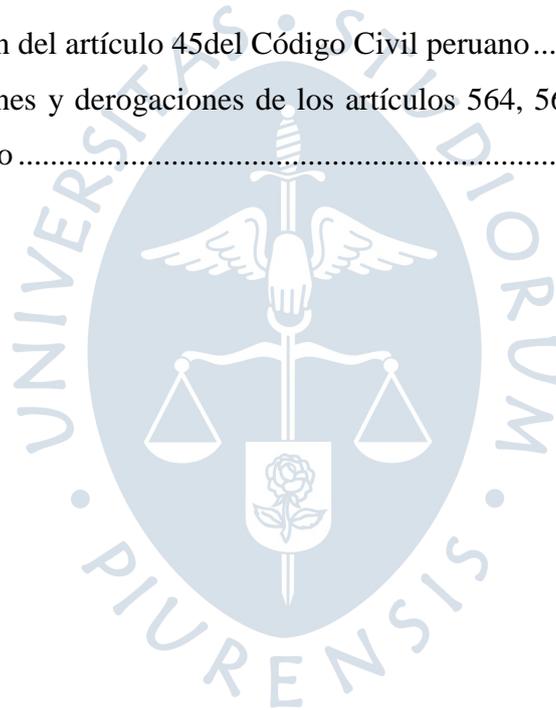
2.3	Medidas de apoyo .....	54
2.3.1	Definición y alcances de los apoyos en el marco ordenamiento jurídico peruano.....	54
2.3.2	Actuación de los apoyos en el marco del ordenamiento jurídico peruano.....	56
2.3.3	Tipos de apoyos: apoyo facultativo y apoyo excepcional.....	57
2.4	Las salvaguardias: definición y alcances dentro del ordenamiento jurídico peruano.....	58
2.5	Designación de apoyos y salvaguardias vía notarial .....	59
2.6	Proceso de designación de apoyos y salvaguardias vía judicial .....	60
2.6.1	Competencia del juez .....	60
2.6.2	Proceso de reconocimiento judicial de designación de apoyos y salvaguardias .....	61
2.6.3	Proceso de designación judicial de apoyos y salvaguardias .....	62
2.6.4	Proceso de transformación a la designación de apoyos y salvaguardias .....	65
2.7	Los ajustes razonables .....	68
<b>Capítulo 3 Sistemas de protección de personas con discapacidad y personas dependientes en el Derecho comparado.....</b>		<b>71</b>
3.1	Sistema de protección de personas con discapacidad y personas dependientes en Italia: <i>Amministrazione di sostegno, inabilitazione e interdizione</i> .....	71
3.2	Sistema de protección de personas con discapacidad y personas dependientes en Francia .....	77
3.2.1	Medidas de protección jurídica: <i>sauvegarde de justice, curatelle y tutelle</i> .....	78
3.2.2	Medidas de protección jurídica: <i>mandat de protection future, l'habilitation familiale y otras figuras de apoyo</i> .....	86
3.3	Sistema de protección de personas con discapacidad y personas dependientes en Alemania: la <i>Rechtliche Betreuung</i> o curatela legal.....	92
<b>Capítulo 4 Análisis del Decreto Legislativo N° 1384, aciertos y desaciertos respecto a las modificaciones del Código Civil sobre la capacidad jurídica y la implementación de apoyos y salvaguardias.....</b>		<b>101</b>
4.1	Comentarios y críticas hacia las modificaciones del Decreto Legislativo N.º 1384 con respecto a la capacidad e implementación del modelo social en el Código Civil .....	101

4.1.1	Comentario a las modificaciones de los artículos 3° y 42° del Código Civil peruano.....	102
4.1.2	Crítica a las modificaciones de los artículos 43° y 44° del Código Civil peruano.....	103
4.1.3	Comentario y crítica al artículo 45° del Código Civil peruano.....	107
4.1.4	Crítica a las modificaciones y derogaciones de los artículos 564°, 565° y 583° del Código Civil peruano.....	108
4.1.5	Crítica a las derogaciones de los artículos 1975° y 1976° del Código Civil, e inserción del artículo 1976-A del mismo.....	111
4.1.6	Comentarios y críticas al capítulo cuarto del libro de Personas del Código Civil peruano, que regula los apoyos y salvaguardias.....	113
<b>Conclusiones .....</b>		<b>119</b>
<b>Lista de abreviaturas .....</b>		<b>121</b>
<b>Lista de referencias .....</b>		<b>123</b>
<b>Normativa peruana .....</b>		<b>129</b>
<b>Normativa extranjera .....</b>		<b>131</b>



### Lista de tablas

Tabla 1	Comparaciones entre el Código Civil y el anteproyecto de reforma civil propuesto por el CEDIS .....	40
Tabla 2	Comparaciones entre el Código Civil y el Anteproyecto de reforma civil propuesto por el Grupo de Trabajo.....	41
Tabla 3	Modificación del artículo 3 del Código Civil peruano.....	102
Tabla 4	Modificación del artículo 42° del Código Civil peruano.....	103
Tabla 5	Modificación del artículo 43° del Código Civil peruano.....	104
Tabla 6	Modificación del artículo 44° del Código Civil peruano.....	105
Tabla 7	Primera propuesta de la tesista sobre los artículos 43 y 44 del Código Civil peruano .....	107
Tabla 8	Modificación del artículo 45 del Código Civil peruano.....	108
Tabla 9	Modificaciones y derogaciones de los artículos 564, 565 y 583 del Código Civil peruano .....	109





## Introducción

En términos estadísticos sobre la discapacidad en el Perú, se observa que según la “Primera encuesta nacional especializada sobre discapacidad” (2012), el 5.2% de la población peruana, equivalente a aproximadamente 1 millón 575 mil 402 habitantes, tiene algún tipo de discapacidad. Esta cifra aumentó a 1 millón 637 mil, según lo informado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, en adelante), en el año 2016 mediante el documento *Perú: “Caracterización de las condiciones de vida de la población con discapacidad 2016”*. Al año siguiente, tras el censo nacional, el INEI (2017) estimó que a la fecha el 10 % de los peruanos, correspondiente a 3 millones 051 mil 612 pobladores, padece de discapacidad, de ellos el 57% son mujeres y el 43% son varones<sup>1</sup>. Estas cifras resaltan dos cosas: uno, que al paso del tiempo este porcentaje aumenta cada vez más; y dos, que existe un porcentaje notable de personas con discapacidad en la población, quienes necesitan de una correcta regulación que garantice la promoción, protección y cumplimiento del ejercicio de sus derechos como seres humanos.

En ese sentido, he de mencionar que el tema sobre la discapacidad es objeto de una constante evolución social y del progreso del pensamiento humano; es así que a lo largo de la historia jurídica, se han ido estableciendo distintos modelos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad hasta llegar al modelo social de discapacidad, regido por un sistema asistencial de apoyos y salvaguardias en el cual prima la autonomía, voluntad e intereses de la persona con discapacidad frente a las decisiones que un tercero pudiese tomar en su favor y en nombre de ella.

Asimismo, en la actualidad la discapacidad no es vista como una enfermedad, sino como el resultado causado por las distintas barreras sociales. El Perú no ha sido ajeno a este cambio, por ello la Ley General de la Persona con Discapacidad (LDPD, en adelante) define a la persona con discapacidad.

En la misma línea, el Poder Ejecutivo no se quedó atrás y en el año 2018 apresurado por cumplir lo requerido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, en adelante) promulgó el Decreto legislativo N° 1384 (DL N° 1384, en adelante), que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Esta norma de rango legal trajo consigo una serie de incorporaciones, derogaciones y modificaciones en la normativa jurídico civil, sobre todo en

---

<sup>1</sup> El año 2017 fue la última vez que el INEI reportó sobre las personas con discapacidad en el Perú, esto no quiere decir que la cifra siga intacta, más aún cuando desde el año 2020 se está viviendo una pandemia a causa de la COVID-19.

lo relativo a los temas de capacidad jurídica, curatela, interdicción, apoyos y salvaguardias, los cuales se abordarán a lo largo de esta de investigación.

Ante esta situación, el presente trabajo según lo regulado en el Decreto legislativo responderá a las siguientes interrogantes: ¿son correctas las modificaciones y derogaciones hechas al Código Civil referentes a la capacidad jurídica?, ¿qué consecuencias traerá su aplicación, ahora que la curatela e interdicción han sido modificadas?, ¿es correcta la implementación y aplicación de las medidas de apoyo y salvaguardias para personas con discapacidad en todos los casos?, ¿las personas sin capacidad de entender y autogobernarse, también deben ser consideradas como sujetos plenamente capaces?, ¿cómo pudo prever el legislador los vacíos y contradicciones jurídicas causadas por el Decreto legislativo?

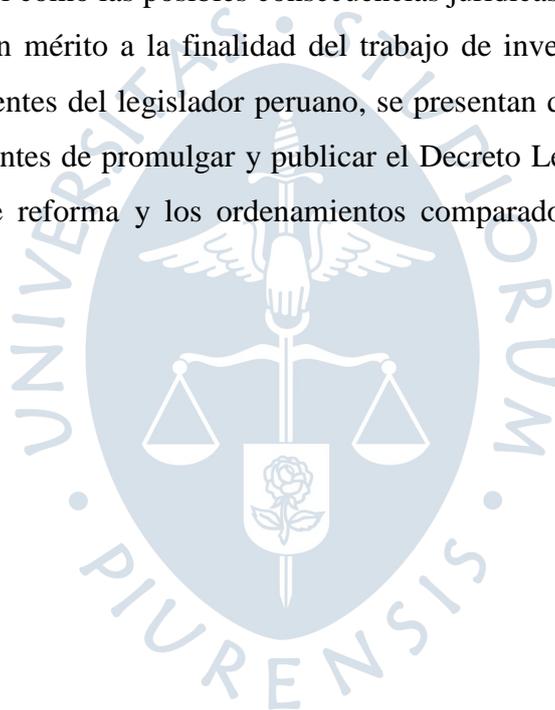
Estas preguntas exigen que en el presente trabajo se realice un método de análisis cualitativo del DL N° 1384, con la finalidad de exponer su introducción al ordenamiento jurídico peruano, así como de profundizar de forma crítica sus aciertos y desaciertos, respecto a la nueva regulación de capacidad jurídica en el Código Civil y la implementación de apoyos y salvaguardias para personas con discapacidad. Para lograr esto, la investigación está compuesta por cuatro capítulos y una sección de conclusiones.

El primer capítulo muestra un enfoque teórico de las nociones básicas sobre capacidad jurídica, incapacidad y discapacidad, con el objetivo de entender con mayor claridad las modificaciones efectuadas por el Decreto Legislativo N° 1384. Asimismo, se presenta un enfoque histórico jurídico, explicando y detallando los antecedentes legales a la norma analizada, tales como las Constituciones Políticas de 1979 y 1993, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos de la Personas con discapacidad, las dos leyes generales de las personas con discapacidad y los dos anteproyectos de reforma del Código Civil.

Posteriormente, en el segundo capítulo se explica el modelo rehabilitador de discapacidad y la transición al modelo social, ejemplificando esto mediante un caso jurisprudencial peruano. Adicionalmente, se exponen teóricamente las nuevas figuras jurídicas del DL N° 1384: las medidas de apoyos, las salvaguardias y los ajustes razonables; al igual que los procedimientos correspondientes que se ha de seguir para el reconocimiento o designación de estas. En este capítulo, también, se utiliza como referente el Reglamento del DL N° 1384 y al Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad (RTSA, en adelante).

Por otro lado, el tercer capítulo se distancia de Perú y presenta un análisis del derecho comparado, cómo otros países (Italia, Francia y Alemania) que siendo estados partes de la CDPD, han abordado y regulado el modelo social de discapacidad en sus legislaciones. En esta sección se da a conocer la existencia de sistemas híbridos o mixtos y se comentan brevemente las diferencias de estos ordenamientos extranjeros con la nueva regulación civil peruana. Las figuras que resaltan en este capítulo son la *Amministrazione di sostegno, inhabilitazione e interdizione*, de Italia; la *Sauvegarde de justice, curatelle y tutelle*, de Francia; y la *Rechtliche Betreuung*, de Alemania.

Por último, el cuarto capítulo está centrado en analizar críticamente las modificaciones, derogaciones e innovaciones del DL N° 1384 al Código Civil, se comenta sus aciertos y desaciertos, así como las posibles consecuencias jurídicas que estos últimos podrían traer. De igual modo, en mérito a la finalidad del trabajo de investigación y a los cambios innecesarios e inconsistentes del legislador peruano, se presentan dos propuestas alternativas que se pudieron tomar antes de promulgar y publicar el Decreto Legislativo N° 1384, basada en los anteproyectos de reforma y los ordenamientos comparados explicados en el tercer capítulo.





## Capítulo 1

### La capacidad jurídica y la discapacidad de las personas en el ordenamiento peruano

#### 1.1 La capacidad de las personas

En el lenguaje ordinario la capacidad se entiende como la aptitud o condición que tiene una persona para hacer algo. Sin embargo, en términos jurídicos la definición no es sencilla porque existen distintas interpretaciones y clasificaciones de tal vocablo. Varsig Rospigliosi (2014) la define como “la aptitud para ser titular de derechos y para serle exigibles obligaciones. [...] es un atributo del sujeto de derecho, tanto de goce como de ejercicio” (p. 279). Asimismo, Espinoza Espinoza (2012) señala que:

En cuanto a la clasificación de capacidad, han surgido una serie de doctrinas, las cuales se anuncian a continuación:

1. Doctrina francesa, la cual ha sufrido una serie de transformaciones, y que en la actualidad se divide en [...]: a) capacidad de goce o de derecho, entendida como la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas; y b) capacidad de ejercicio o de hecho, es la aptitud que se tiene para poner en actuación por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas.
2. Doctrina alemana [...], se admite la moderna doctrina francesa, pero dentro de la capacidad de ejercicio, [...] distinguen lo siguiente: a) capacidad comercial, es la idoneidad para celebrar en nombre propio negocios jurídicos; b) capacidad de imputación o delictual [...]; y c) capacidad procesal, es la aptitud para realizar actos procesales válidos (p. 873).

En el presente trabajo me atenderé a la clasificación ofrecida por la doctrina francesa. No obstante, además de explicar la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, se hará hincapié en la capacidad jurídica de las personas y en la capacidad de ejercicio restringida, que es la nueva inserción a nuestro Código Civil peruano bajo el Decreto Legislativo N° 1384.

##### 1.1.1. La capacidad de goce

La capacidad de goce puede tener un símil con otras connotaciones del derecho. Por ejemplo, juristas españoles como Albaladejo (2006) si bien no mencionan entre sus escritos a la capacidad de goce, la asimilan implícitamente con la capacidad jurídica. Según este autor, la capacidad jurídica es aquella aptitud que el Derecho reconoce para ser titular de derechos y obligaciones.

Por otro lado, Fernández Sessarego (2016) expresa que:

La capacidad de goce es inherente al ser humano. Pertenece a su propia estructura existencial. Por ello, todas las personas, sin excepción, tienen la misma capacidad de

gozar de todos los derechos que son propios del ser humano [...]. Lo único que es posible, mediante ley, es limitar el ejercicio de dicha capacidad de goce [...] (p. 149).

Asimismo, Espinoza Espinoza (2012) observa:

Que el concepto de la capacidad de goce o de derecho [es semejante] al de la subjetividad jurídica. En efecto, el sujeto de derecho, en tanto centro de referencia normativo, es titular del complejo de derechos y deberes que se le imputan. Por el hecho de ser humano, [...] destinatario de tales derechos y deberes, de los cuales el goza (p. 874).

En la misma línea, Cieza y Olavarría (2018) señalan que existe una concordancia doctrinaria entre los conceptos subjetividad<sup>2</sup>, capacidad de goce<sup>3</sup> y personalidad<sup>4</sup>, a consecuencia de que los tres términos refieren que los sujetos de derechos, por tener la condición de tal, se les atribuyen la titularidad de derechos y obligaciones. De igual modo, Guevara (2004) menciona que “la capacidad de derecho es genérica, innata e inherente al ser humano” (p. 207). En resumen, se entiende a la capacidad de goce como la aptitud inherente que posee todo sujeto de derecho, por tener condición de tal, de ser un centro de imputación de derechos y obligaciones.

### **1.1.2. La capacidad de ejercicio**

La capacidad de ejercicio, también llamada por la doctrina española como capacidad de obrar, es “la aptitud reconocida por el Derecho para realizar en general actos jurídicos, ni la tiene todo hombre, ni es igual para todos los que la tienen. Puede faltar totalmente [...] o existir plenamente [...] o limitadamente [...]” (Albaladejo, 2006, p. 218). Según el mencionado autor, esta capacidad contiene a la capacidad natural, es decir, aquellas condiciones psíquicas de entendimiento y voluntad necesaria para obrar.

Por su parte, Espinoza Espinoza (2012) se refiere a la capacidad de ejercicio “como la idoneidad o aptitud que tiene el sujeto para ejercitar autónomamente sus derechos y cumplir con sus deberes” (p. 882). Al igual que Albaladejo, este autor hace referencia sobre la capacidad natural o capacidad de entender y querer, la cual, según la legislación civil italiana,

<sup>2</sup> A modo de aclaración la subjetividad se define como “un estado que corresponde a todos los sujetos de derechos que son, en última instancia adscribibles a la vida humana. [...] entendidos como centros de derechos y obligaciones o como centros de referencia normativa [...]” (Cieza Mora, J y Olavarría, MJ, 2018, p. 52).

<sup>3</sup> Es necesario precisar que “la capacidad de goce es absorbida por la subjetividad, pues esta le es atribuible a todos los sujetos de derechos sin distinción. No se puede comprender la capacidad de goce si la premisa de la subjetividad o calidad de sujeto de derechos [...]” (Cieza Mora, J y Olavarría, MJ, 2018, p. 52).

<sup>4</sup> Por personalidad se entiende “a la subjetividad, pues se es persona o se tiene personalidad solamente si se cuenta con tal estatus [...]” (Cieza Mora, J y Olavarría, MJ, 2018, p. 52).

es otro instrumento utilizado para determinar la validez de los actos jurídicos, así como una figura perteneciente a la capacidad de obrar o de ejercicio.

Fernández Sessarego (2016), en otro orden de ideas, explica que acorde a lo dispuesto en el artículo 42 del Código Civil<sup>5</sup>, actualmente modificado por el Decreto Legislativo N.º 1384, se entiende que toda persona adquiere la capacidad de ejercicio, con respecto de los derechos civiles, a partir de cumplidos los 18 años. A todo esto, el mismo autor advierte que esta manifestación de la capacidad puede verse restringida en su ejercicio.

En publicaciones recientes sobre el Decreto Legislativo N.º 1384, se define a la capacidad de ejercicio como “la actuación autónoma basada o sustentada en el despliegue de los actos autorizados por las situaciones jurídicas subjetivas o los derechos de los cuales una persona es titular” (Vega Mere, 2018, p. 28).

Observando los conceptos dados, se concluye que no hay contradicción entre ellos. En consecuencia, se entiende como capacidad de ejercicio a aquella aptitud adquirida una vez obtenida la mayoría de edad, por la cual una persona es capaz de realizar actos jurídicos. Asimismo, se comprende que la capacidad de ejercicio o de obrar puede verse limitada por ley a diferencia de la capacidad de goce la cual es inherente a la persona, por tener *status* de tal.

### **1.1.3. La capacidad jurídica**

Bariffi (2014) señala que la capacidad jurídica resulta ser un término difícil de entender, tanto para juristas como no juristas, debido a la ambigüedad que rodea su concepto jurídico. Ello pudo verse reflejado en el proceso de negociación de la CDPD, donde se iniciaron diversos debates, en los cuales la disputa se basó en si la capacidad jurídica solamente implica capacidad de tener derechos o capacidad de goce, o si debía incluir la capacidad de obrar, o también, llamada capacidad de ejercicio.

Albaladejo (2006), por su parte, utiliza la capacidad jurídica como un término análogo de la capacidad de goce o capacidad de derecho, a consecuencia de ello define a la capacidad jurídica como aquella que “el Derecho reconoce al hombre, como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos” (p. 218).

En contraste a Albaladejo y a la doctrina civilista española, Bariffi (2014) no asemeja el concepto de capacidad jurídica con el de capacidad de goce, sino que se refiere a la

---

<sup>5</sup> Artículo 42 (antes de la modificación del Decreto Legislativo N.º 1384). Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.

capacidad jurídica como un significado análogo de la capacidad de obrar, a consecuencia de ello, expresa lo siguiente:

Todos los sistemas jurídicos del mundo, distinguen entre una dimensión de titularidad de los derechos, y una dimensión de ejercicio de los mismos, y que, por lo tanto, no necesariamente se pueden presentar en cabeza de la misma persona. Así, la condición de persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, y la capacidad jurídica, es la puerta de acceso al ejercicio de los mismos (p. 388).

Otros autores como Barranco, Cuenca y Ramiro (2012), también se han pronunciado respecto al tema de capacidad, señalando que:

Mientras que lo que la legislación española denomina capacidad jurídica coincide con lo que en otros sistemas —que no establecen la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar— se considera la capacidad de goce o capacidad de derechos (*capacity of rights*) entendida como la dimensión estática de la capacidad jurídica; la capacidad de obrar en la legislación española coincide con lo que en otros sistemas se denomina capacidad de actuar o de ejercicio (*capacity of act*) entendida como la dimensión dinámica de la capacidad jurídica<sup>6</sup> (p. 59).

Por último, López (2014), haciendo énfasis a que la capacidad jurídica tiene dos componentes, considera que:

Conforme al Derecho Internacional como a gran parte del Derecho comparado, la capacidad jurídica engloba la capacidad de goce o de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático) y la capacidad de ejercicio o de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico). De esta manera, se considera que la capacidad jurídica incluye la capacidad de obrar, es decir, la facultad de una persona de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas (p. 29).

Bajo este apartado se han presentado tres posturas distintas referentes a la capacidad jurídica. Sin embargo, me acogeré a la última de ellas, por lo cual se entiende que la capacidad jurídica comprende tanto a la capacidad de goce como a la capacidad de ejercicio. La primera, en su dimensión estática, en cuanto no puede ser limitada o interferida por ser inherente a la persona; y la segunda, en su dimensión dinámica, que sí puede verse restringida.

---

<sup>6</sup> A modo de aclaración el modelo citado es aquel seguido por el Derecho francés, el cual distingue la capacidad jurídica de la capacidad de goce y a la de ejercicio, y a su vez ha inspirado a los ordenamientos latinoamericanos.

En esta misma línea, respecto al ordenamiento civil peruano, se puede deducir que acoge la misma postura a la planteada en el presente trabajo, puesto que según el artículo 3 del Código Civil<sup>7</sup>, denominado capacidad jurídica, dispone que esta la integra la capacidad de goce como la de ejercicio, siendo capaz esta última de restringirse solo por ley.

## **1.2 Distinción entre incapacidad y discapacidad: dos conceptos que suelen confundirse**

Las personas suelen confundir muy a menudo los términos incapacidad y discapacidad, ello se debe a varias razones, por la similitud de las palabras, por la cotidianidad o porque se ha crecido en un entorno social en el que se ve a las personas con discapacidad como personas incapaces. Sin embargo, con la dación de conceptos e interpretaciones de distintos autores bajo este apartado, se verá que la realidad no es así, que ambas definiciones son aisladas y que no, en todos los casos, la discapacidad lleva a la incapacidad de la persona.

### **1.2.1 Nociones básicas de incapacidad**

Según la Real Academia de Lengua Española (RAE), la incapacidad es la “carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos, o para ejercer [algún cargo público]”.

Desde el punto de vista jurídico, la incapacidad es una excepción a la regla de capacidad, que se declaraba bajo una sentencia de interdicción dentro de un proceso civil; siguiendo a García Garnica (2011):

[...] Lo que se toma en consideración a efectos de determinar la incapacidad de una persona para realizar un acto jurídico, es la ausencia o deficiencia en el discernimiento, lucidez, y raciocinio suficiente para su puesta en práctica, así como también, la asunción de consecuencias que deriven de esta. Se trata de una situación donde la incapacidad es originada por la carencia de libertad, la cual, a su vez, es provocada por la inexistencia de las condiciones necesarias para la correcta formación de la voluntad (p. 55).

En Perú hasta el año 2018, antes de la publicación del Decreto Legislativo N.º 1384, el Código Civil de 1984 hacía una distinción entre incapacidad absoluta y relativa, regulada en los artículos 43 y 44, respectivamente. Aunado a ello, Varsi-Rospigliosi (2019) indica que “la validez de los actos jurídicos se basaba, principalmente, en el discernimiento y otros caracteres, como el etario. [De este modo,] los actos jurídicos de los incapaces absolutos se

---

<sup>7</sup> Artículo 3.- Capacidad jurídica. “Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”.

calificaban como nulos y los de los incapaces relativos anulables” (p. 201). No obstante, luego de la publicación del decreto, la distinción es entre incapacidad absoluta y capacidad de ejercicio restringida.

Asimismo, he de acotar que, actualmente, lo indicado por Varsi-Rospigliosi no tendría sentido, puesto que a partir del año 2018 el discernimiento ya no es un factor de distinción entre la anulabilidad y nulidad, ni mucho menos un criterio de validez; ahora, pese a que la persona no tenga discernimiento, los actos jurídicos que puedan realizar son válidos, así como el de las personas que padecen de algún retardo o deterioro mental, lo cual es verdaderamente preocupante tanto por la integridad de la persona quién ejecute los actos, como por la seguridad de tráfico jurídico, así también por las consecuencias que podría devenir de ello.

**1.2.1.1 Incapacidad absoluta.** En un primer momento para incurrir en incapacidad absoluta el artículo 43 del Código Civil preveía tres supuestos<sup>8</sup>: i) Menores de dieciséis años salvo los actos permitidos por ley; ii) los privados de discernimiento; y iii) en caso de personas sordomudas, ciegosordos y ciegomudos.

En el 2012, la Ley 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad derogó el inciso 3 del artículo mencionado, porque “en la actualidad, ha quedado demostrado que, por diversos medios, [las personas sordomudas, ciegosordas o ciegomudas] están posibilitadas de ejercer su capacidad de manifestar su voluntad” (Fernández Sessarego, 2016, p. 291).

En el 2018, tras las modificaciones hechas al Código Civil, se deroga el inciso 2 del mismo artículo. Por lo que, actualmente, solo serán incapaces absolutos “los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley” (Código Civil, artículo 43).

Fernández Sessarego (2016) menciona que la incapacidad calificada como absoluta de ejercicio da lugar al procedimiento de declaración judicial de interdicción que culmina con el nombramiento de un curador. Sin embargo, tras las derogaciones dadas al artículo 43 se observa que la interdicción no podría aplicarse, debido a que los menores de dieciséis se les aplican las figuras de protección como la tutela o patria potestad.

**1.2.1.2 Incapacidad relativa.** La incapacidad relativa se diferencia de la absoluta en cuanto a sus causales de aplicación. Asimismo, tal como se había citado con Varsi-Rospigliosi en los párrafos precedentes, Sessarego (2016) las distingue también respecto a sus consecuencias producto de la realización de actos de un incapaz absoluto o de uno relativo, ya que mientras los actos de los primeros, resultan ser nulos de pleno derecho, además de no

---

<sup>8</sup> Artículo 43. Son absolutamente incapaces: “1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2. Los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento. 3. Los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable”.

subsanables por confirmación; los actos ejecutados por una persona con incapacidad relativa, en cambio, son anulables.

Por otro lado, antes del 2018 la incapacidad relativa se regulaba en el artículo 44 y tenía como supuestos generadores a los siguientes:

i) los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, Los retardados mentales; ii) los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar, iii) los pródigos, iv) los que incurren en mala gestión, v) los ebrios habituales; vi) los toxicómanos; y vii) los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Respecto al inciso segundo del artículo citado, se considera persona con retardo mental, según el Grupo de cuatro médicos a solicitud de la Comisión Revisora, a aquellas “que, por cualquier causa, su desarrollo intelectual es deficitario en relación con su edad, es decir, cuando la capacidad intelectual de la persona se ha detenido y no ha evolucionado en consonancia con su edad” (Fernández Sessarego, 2016, p. 297). Con respecto al inciso tercero, es persona con deterioro mental aquella que “presentara cualquier menoscabo mental que, sin privar a la persona totalmente de discernimiento, la colocaran en situación de no poder expresar libremente su voluntad” (Fernández Sessarego, 2016, p. 298).

Cabe mencionar que, en el año 2018, el inciso dos y tres del artículo 44 del Código Civil fueron derogados por el Decreto Legislativo N.º 1384, por lo cual, ahora, toda persona que tiene retardo mental o padece de deterioro mental es plenamente capaz. De igual modo, el término de incapacidad relativa ya no existe dentro de nuestro sistema jurídico, puesto que fue modificado por el de capacidad de ejercicio restringido.

### **1.2.2 Capacidad de ejercicio restringido**

Este término ha sido introducido dentro de la legislación civil peruana recientemente con la publicación del Decreto en cuestión. Empero, diversos autores peruanos como Espinoza Espinoza o Fernández Sessarego ya advertían hace mucho tiempo atrás sobre este tipo de capacidad. Es más, en el “Proyecto de enmiendas del segundo periodo de sesiones 1997 – 1998”, Fernández Sessarego no hace referencia a la incapacidad absoluta ni relativa, sino, que trata en el artículo 44 los supuestos de capacidad de ejercicio restringida<sup>9</sup>. Estas enmiendas “estaban dirigidas a mostrar [la] insatisfacción por el tratamiento que el Código Civil de 1984 había dispensado a la institución de capacidad” (Fernández Sessarego, 2016, p. 304).

---

<sup>9</sup> Artículo 44. Son sujetos de capacidad restringida: “1. Los retardados mentales. 2. Los que sufren de severo trastorno mental. [...] 6. Los que por causa de una discapacidad física, mental o sensorial están impedidos, incluso temporalmente, del cuidado de sí mismos o de la administración de su patrimonio”.

Por otro lado, actualmente, el artículo 44, además de haber modificado la denominación incapacidad relativa por capacidad de ejercicio restringido, también ha derogado sus incisos dos y tres referidos a las personas con retardo y deterioro mental, respectivamente; e incluyó el supuesto de las personas en estado de coma siempre que no hubiesen designado un apoyo o un juez se lo haya designado posteriormente.

Concluyendo con este punto cabe acotar que, los términos “incapacidad” o “persona incapaz” las concibo como denominaciones mal empleadas y utilizadas para referirse a una persona<sup>10</sup>. Por ello, se afirma bajo este trabajo que, “no existe la categoría jurídica de persona incapaz” (Fernández Sessarego, 2016, p. 288), y que el término correcto es “capacidad de ejercicio limitada” ello sustentado en lo mencionado por el mismo autor:

Todos los seres humanos, por igual, tienen capacidad. Nos referimos a la llamada capacidad de goce o de derecho. No existe, por lo tanto, incapacidad absoluta en cuanto tal desde que ella es inherente a la persona. [Desde la dimensión estática de la capacidad] los concebidos y los que ha perdido su posibilidad de razonar son jurídicamente capaces. Tanto esto es cierto que los progenitores, tutores o curadores, según el caso, son los que, en nombre y representación de ellos, ejercen la capacidad que le es inherente en cuanto seres humanos. En esta situación se distingue, con absoluta claridad, la capacidad [de derecho], [...], del ejercicio de dicha capacidad (Fernández Sessarego, 2016, p. 288).

### 1.2.3 *Nociones básicas de discapacidad*

En el transcurso de la historia, la discapacidad ha tenido distintas connotaciones según el modelo al que se acogía cada país. Puede decirse que el término en referencia ha ido evolucionando con el paso de los años y con el especial tratamiento que se le ha dado.

Por ejemplo, Toyco (2017) señala que el modelo de prescindencia recogía un concepto religioso sobre la discapacidad ya que ella se consideraba producto de un castigo divino, por lo cual se eliminaba o marginaba a las personas con discapacidad<sup>11</sup>.

Por el contrario, el modelo médico o rehabilitador define a la discapacidad “como un problema personal de índole físico, mental o sensorial, en el cual la deficiencia alejada de un estándar de normalidad requería la asistencia médica y rehabilitadora; solo de este modo podrían ser integradas en la sociedad” (Toyco, 2017, p. 66)<sup>12</sup>. Este modelo rigió durante

<sup>10</sup> Ello no quiere decir que se esté de acuerdo con cómo ha resultado legislada la capacidad de ejercicio restringido en el Código Civil.

<sup>11</sup> El modelo de prescindencia surgió en la Antigüedad clásica: La Grecia antigua y Roma (Toyco, 2017).

<sup>12</sup> El modelo médico o rehabilitador tiene su origen a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX: Después de la Revolución Industrial y las guerras mundiales (Toyco, 2017).

muchos años en la legislación peruana, ello puede observarse en la Ley N.º 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad.

Por último, continuando con los modelos de discapacidad, el modelo social recoge la definición dada por la CDPD: “La discapacidad es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos tales como barreras físicas y actitudes imperantes que impiden su participación en la sociedad” (2006, preámbulo. e). Esta es la definición que han adherido a sus ordenamientos jurídicos todos los Estados Partes de la Convención de Nueva York, uno de ellos el Perú. Por consiguiente, el Estado peruano mediante la Ley N.º 29973 reconoce el modelo antes mencionado.

En el mismo orden de ideas, Lescano (2017) presenta la siguiente definición a la que me acogeré en este trabajo:

La clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), de la Organización Mundial de la Salud (OMS) define la discapacidad como un término genérico que abarca deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones a la participación. Se entiende por discapacidad la interacción entre las personas que padecen de alguna enfermedad y factores personales y ambientales. Puede ser temporal o permanente, reversible o irreversible. [...]. Para ser declarada persona con discapacidad no es necesario acudir a un procedimiento judicial, pero sí cumplir con unos requisitos que se contemplan en los diferentes cuerpos normativos. En cambio, para referirnos a la incapacidad es necesario aludir a un procedimiento de modificación judicial de la capacidad (p. 264).

A propósito de esto último, reitero que no puede equipararse ni confundirse los términos incapacidad y discapacidad, estos son conceptos completamente distintos porque como indica Santillán (2014):

La primera supone falta de capacidad de entendimiento en una persona que le impide realizar válidamente determinados actos, y la segunda, solo el entorpecimiento o disminución de sus funciones intelectuales o físicas que le impide realizar una actividad cotidiana, esto es, una disminución de su capacidad, pero no su falta de capacidad (p. 688).

Por lo tanto, no puede concebirse que discapacidad e incapacidad sean términos semejantes ya que no siempre una persona con discapacidad será a la vez incapaz; puede haber personas con discapacidad que sean capaces y ejercitar plenamente su capacidad

jurídica y todo lo que ello conlleva, como otras que no, así como, incapaces que a la vez sean personas con discapacidad u otras que no<sup>13</sup>.

### **1.3 Las personas con discapacidad en el ordenamiento peruano antes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

La definición de personas con discapacidad al igual que el término discapacidad, tal como se ha hecho mención anteriormente, ha ido en constante evolución, siendo la CDPD un hito importante para la transición del modelo rehabilitador al modelo social de discapacidad. En el Perú a lo largo del tiempo, las personas con discapacidad han tenido un tratamiento distinto dentro del sistema jurídico. Por ello, se conocerá mediante este apartado los antecedentes normativos a la Convención de Nueva York.

#### **1.3.1 *Las personas con discapacidad en las constituciones políticas del Perú de 1979 y 1993***

Esta sección tiene como punto de partida la Constitución Política del Perú de 1979 y la de 1993, las cuales reconocen al Estado peruano como un estado social democrático de derecho, dado que ambas “erigen en avanzada del respeto a los derechos humanos que declaran con minuciosidad [en el artículo 2 de cada una], y del respeto aún de aquellos derechos que solo se declaran en forma implícita” (Chirinos, 1993, p. 18).

Como ya es sabido, “la Constitución de 1993 se ha redactado sobre la plantilla de la Constitución de 1979, de manera que conserva, en lo esencial su orden” (Chirinos, 1993, p.17). Por ello, puede observarse grandes similitudes en ambas, como por ejemplo, la presentación de un catálogo de derechos humanos, haciendo hincapié en el derecho a la igualdad ante la ley regulado en el artículo 2.2 de las dos cartas magnas, pero redactado de distinta forma; mientras que la de 1979 especificaba que no podía discriminarse “por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma” (Const., 1979, artículo 2.2)<sup>14</sup>; la de 1993 agrega la frase “en cualquier otra índole” (Const., 1993, artículo 2.2)<sup>15</sup>, dando a entender que no cabe, bajo ninguna condición, ningún tipo de discriminación hacia la persona.

<sup>13</sup> Pese a que en este capítulo se mencione contantemente las connotaciones de “personas incapaces” o “incapaz”, es necesario acotar nuevamente mi postura sobre estos términos, ya antes mencionada en el apartado de Capacidad de ejercicio restringida. Por ello, siguiendo a Fernández Sessarego “desde una corriente que valorice a la persona, debería eliminarse del léxico jurídico, por inapropiado y hasta ofensivo, el término incapaz, sustituyéndolo por expresiones como “personas con capacidad de ejercicio restringida” o algo similar [...]” (Fernández Sessarego citado por Cárdenas y Della Rossa, 2018, p. 115).

<sup>14</sup> Artículo 2. Toda persona tiene derecho. [...] “2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón. [...]”.

<sup>15</sup> Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: [...] “2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Ello en concordancia con R. Leg. N.º 26583 (Aprueban la

Es necesario hacer referencia que ya desde 1979 se le reconoce a la persona con discapacidad, bajo el artículo 19 de la Constitución<sup>16</sup>, el derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, readaptación y seguridad. En 1993 se reafirma lo dicho en la Constitución de 1979, variando solamente lo añadido con respecto al derecho a la salud y que ahora se encuentra dispuesto en la sección de Derechos Sociales en el artículo 7 de la Constitución<sup>17</sup>. Pese a que en ambas redacciones a las personas con discapacidad se les refiera como “incapacitados” o “discapacitados”, los cuales son términos despectivos y mal empleados, se sobreentiende que ya desde aquellos años se preveía el reconocimiento y su protección debida a los derechos de las personas con discapacidad.

Cabe mencionar que en el intervalo entre la Constitución de 1979 y 1993 se regularon dos leyes relacionadas a la promoción y desenvolvimiento de distintos ámbitos de las personas con discapacidad. La primera de ellas fue la Ley N.º 23285, Ley de Trabajo para Personas con Limitaciones físicas, sensoriales e intelectuales, publicada el 16 de octubre de 1981 y la segunda fue la Ley N.º 24067, Ley de Promoción, Prevención, Rehabilitación y Prestación de Servicios al Impedido, a fin de lograr su integración social, publicada el 12 de enero de 1985.

### **1.3.2 La ley N.º 2750: Ley General de la Persona con Discapacidad**

El 6 de enero de 1999 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N.º 27050 Ley General de la Persona con Discapacidad, cuyo objetivo principal fue el establecimiento de un régimen “legal de protección, de atención de salud, trabajo, educación, rehabilitación, seguridad social y prevención, para que la persona con discapacidad alcance su desarrollo e integración social, económica y cultural, previsto en el Artículo 7 de la Constitución Política del Estado” (Ley N.º 27050, 1999, artículo 1).

A grandes rasgos esta norma legal otorga una definición médica de personas con discapacidad prevista en su artículo 2:

---

"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer") y la Ley N.º 28983 (Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres) [...]”.

<sup>16</sup> Artículo 19. “La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Las entidades que sin fines de lucro prestan los servicios previstos en este régimen, así como quienes tienen incapaces a su cargo, no tributan sobre la renta que aplican a los gastos correspondientes. Tampoco tributan las donaciones dedicadas a los mismos fines”.

<sup>17</sup> Artículo 7. Derecho a la salud. Protección al discapacitado. “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. En concordancia con la Ley N.º 27050”.

Aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad (Ley N° 27050, 1999, artículo 2).

Además, puede verse en su contenido que establece los alcances para el desarrollo e integración de las personas con discapacidad en distintos ámbitos de la vida como es el campo laboral, deporte o la cultura. Otra de las innovaciones que trajo consigo la Ley N° 27050 fue la creación del Consejo Nacional de la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS, en adelante); así como, la creación de la certificación y el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad, cuya dirección está a cargo del CONADIS. Sin embargo, esta ley fue derogada el año 2012 por la Ley N° 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad, la cual traeré a colación en los próximos apartados.

### ***1.3.3 La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad***

El día 08 de junio de 1999 en el país de Guatemala, en la ciudad del mismo nombre, fue aprobada la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEFDPD, en adelante), dentro de una Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA, en adelante). El Perú, como Estado Parte de la OEA, dos años después aprobó la Convención el 15 de junio de 2001 mediante Resolución Legislativa N° 27484 y la ratificó el 30 de agosto de 2001 por Decreto Supremo N° 052-2001-RE, teniendo la CIEFDPD entrada en vigencia a partir del 29 de septiembre del mismo año (Portal del Poder Judicial – CIEFDPD, 2001).

La CIEFDPD (1999) reafirma “que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; [...] [los cuales], dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano” (preámbulo). De igual modo, acota en su primer artículo una definición de discapacidad<sup>18</sup>, similar a la dispuesta en la ley peruana vigente en ese momento, también como innovación en el mismo artículo

---

<sup>18</sup> Artículo I. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por: “1. Discapacidad: El término "discapacidad" significa 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”.

presenta el término discriminación contra las personas con discapacidad<sup>19</sup>, el mismo que hace honor a la norma internacional.

Por otro lado, la Convención de 1999 tiene por objetivos principales “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad” (CIEFDPD, 1999, artículo II), para lograr ello se insta a los Estados miembros a colaborar efectivamente en dos situaciones:

- a) la investigación científica y tecnológica relacionada con la prevención de las discapacidades, el tratamiento, la rehabilitación e integración a la sociedad de las personas con discapacidad, [y en] b) el desarrollo de medios y recursos diseñados para facilitar o promover la vida independiente, autosuficiencia e integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad de las personas con discapacidad (CIEFDPD, 1999, artículo IV).

Dando término a esta sección, se concluye que en el Perú antes de la ratificación a la CDPD ya existía un reconocimiento, protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, incluso en la CIEFDPD y en la Ley N° 27050 ya se hablaba de la implementación de medidas de accesibilidad, pese a su deficiente cumplimiento. Sin embargo, aún no existía mención alguna referida a los términos apoyos y salvaguardias, e incluso ajustes razonables, a diferencia de lo que se verá luego en lo establecido a partir de la CDPD.

#### **1.4 La Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad**

Este apartado tendrá como eje central a la CDPD, puesto que ella es el punto de quiebre del modelo rehabilitador o médico de discapacidad para transitar a un modelo social. Asimismo, es necesario precisar que el tema de la Convención es muy amplio como para ahondar en cada detalle de su contenido. Por esta razón, me detendré en determinados puntos de la CDPD, los cuales serán ayuda para el análisis del Decreto Legislativo N° 1384 específicamente en la regulación de un sistema asistencial mediante apoyos y salvaguardias, así como de las observaciones que el Comité de los derechos de las personas con discapacidad hizo al Estado peruano.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por la Asamblea General la Organización de Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre de 2006

---

<sup>19</sup> Artículo II. [...] “2. Discriminación contra las con discapacidad: a) El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

en Nueva York y abierta a firma para que los Estados la ratifiquen el 30 de marzo de 2007<sup>20</sup>. El Perú ratificó la CDPD el 30 de enero del 2008 y con ello la adhiere a su ordenamiento jurídico en virtud de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 en calidad de norma internacional con rango constitucional<sup>21</sup>.

La Convención de Nueva York es un tratado de derechos humanos que tiene como propósito según su primer artículo “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente”, para lo cual se requerirá de mecanismos de protección y garantía. En su contenido no solo se prevé la proclamación de derechos de las personas con discapacidad, sino que, además, observa una serie de definiciones relacionadas con la discapacidad como la de ajustes razonables, un grupo de principios que rigen la Convención, los mecanismos de garantía y protección, y las obligaciones de los Estados partes.

Del listado de derechos vistos en la CDPD se destacará el derecho a la igualdad y a la no discriminación recogido en el artículo 5<sup>22</sup>, y el derecho a la igualdad ante la ley, en el artículo 12<sup>23</sup>. Siguiendo el primero de los artículos mencionados se insta a los Estados Partes, como es el caso del Perú, a implementar ajustes razonables a fin de promover la igualdad y un adecuado desenvolvimiento de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida (CDPD, 2006, artículo 5). En la misma línea, el segundo artículo hace ya mención del

<sup>20</sup> También denominada Convención de Nueva York por ser el lugar donde se aprobó.

<sup>21</sup> Cuarta. - Interpretación de los derechos fundamentales. “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

<sup>22</sup> Artículo 5. Igualdad y no discriminación. “1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

<sup>23</sup> Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley. “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 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. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

reconocimiento de capacidad jurídica en todas las personas con discapacidad para la realización de actos y negocios jurídicos. Asimismo, este artículo dirige a que los Estados proporcionen a las personas en cuestión medidas pertinentes y efectivas a través de salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica (CDPD, 2006, artículo 12).

Por otro lado, el artículo 35 de la Convención llama a que los Estados Partes presenten un informe ante el Comité de los derechos de las personas con discapacidad sobre las medidas adoptadas para cumplir lo dispuesto en la norma internacional, así como, sobre los avances que han tendido respecto al plazo de dos años desde la entrada en vigencia la CDPD (CDPD, 2006, art. 35). A esto se suma, el Perú emite el primer Informe Parte, con fecha 08 de julio de 2010<sup>24</sup>, mediante el cual el Estado peruano da a conocer con respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad lo siguiente:

- a) Con referencia al artículo 12. 1 de la CDPD, el Perú refirió lo siguiente: “Con la finalidad de lograr el respeto y pleno ejercicio de los derechos fundamentales sin restricciones de las personas sordas y sordociegas, el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad –CONADIS ha presentado el proyecto de ley que modifica, los artículos 43, 241 y 274 del Código Civil referidos a la voluntad indubitable que deben expresar estas personas con discapacidad. Actualmente la propuesta se encuentra en estudio” (Informe CRPD/C/PER/1, 2010, p. 27). En la actualidad, estos artículos ya se encuentran derogados desde el año 2012 con la Ley N° 29973.
- b) En cuanto a la existencia de salvaguardias, el Perú dice que ello es un “Tema incorporado al proceso de armonización de las normas nacionales a lo dispuesto por la Convención, actividad que ha sido programada dentro del Plan Operativo Institucional 2010 del CONADIS” (Informe CRPD/C/PER/1, 2010, p. 28).
- c) Por último, el Perú ha indicado que en referencia a las medidas de protección dirigida a las personas con discapacidad según el artículo 15 de la CDPD, como Estado presentan que “El Código Civil cautela la libre determinación de las personas con discapacidad y regula los procesos de curatela e interdicción” (Informe CRPD/C/PER/1, 2010, p. 29).

Así como el artículo 35 insta a los Estados Partes a emitir un informe sobre lo que están realizando para el cumplimiento de la Convención de 2006, el artículo 36.1 dispone que el Comité pueda hacer todas las recomendaciones y sugerencias necesarias a los Estados

---

<sup>24</sup> Informe del Estado Parte CRPD/C/PER/1

según su informe emitido<sup>25</sup>. Es así como en el año 2012 el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad expide el examen del informe presentado por Perú el año 2010<sup>26</sup>, en él el Comité realiza una serie de observaciones tanto positivas como negativas. Entre los aspectos preocupantes se dan las siguientes recomendaciones:

- a) En el punto seis el Comité expresa su preocupación por la falta de estrategias y de un marco legislativo para aplicar el modelo social propuesto y lograr con ello la plena eficacia de los derechos contenidos en la Convención (Observaciones finales CRPD/C/PER/CO/1, 2012, punto 6). Ante ello, recomienda:

Que se promueva una estrategia de largo alcance para hacer efectivos todos los derechos consagrados en la Convención y que agilice el examen de su marco legislativo a fin de ajustarlo plenamente con todas las disposiciones de la Convención, incluidos sus principios fundamentales, y en particular que: a) Modifique la Ley N.º 27050 a fin de incluir una definición general de persona con discapacidad [...] (Observaciones finales CRPD/C/PER/CO/1, 2012, punto 7).

- b) En el punto veinticuatro el Comité toma con preocupación la legislación del Código Civil con respecto a los artículos 564 y 565 debido a que no está conforme al artículo 12 de la CDPD por establecer “un modelo de sustitución en la toma de decisiones en lugar de un modelo de apoyo o asistencia, [además de permitir con ello], la suspensión de los derechos civiles de las personas con discapacidad en los casos de interdicción judicial” (Observaciones finales CRPD/C/PER/CO/1, 2012, punto 24). En tal sentido, el comité “recomienda al Estado parte que derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención” (Observaciones finales CRPD/C/PER/CO/1, 2012, punto 25). Del mismo modo, que se modifique el modelo de sustitución por uno de apoyo o asistencial en virtud del respeto de la autonomía y voluntad de las personas con discapacidad (Observaciones finales CRPD/C/PER/CO/1, 2012, punto 25).

Por su parte, en cuanto al tema de la capacidad jurídica, en el punto 26 recela al Comité “que el Código Civil del Estado parte no reconozca la capacidad para ejercer el derecho a contraer matrimonio de las personas sordomudas, sordociegas y ciegomudas, así como de las personas con discapacidad mental o que sufren deterioro mental”, por lo cual

---

<sup>25</sup> Artículo 36. Consideración de los informes. “1. El Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate. Éste podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la presente Convención”.

<sup>26</sup> Observaciones finales CRPD/C/PER/CO/1.

“insta al Estado parte a que modifique el Código Civil con el fin de garantizar adecuadamente a todas las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos civiles, en particular el derecho a contraer matrimonio” (Observaciones finales CRPD/C/PER/CO/1, 2012, punto 25).

En la misma línea, en el año 2014 el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad emite una la Observación General N.º 1 porque “observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención” (Observación general N.º 1 CRPD/C/GC/1, 2014, punto 3). Plácido (2019) señala que el Comité demarcó cuatro puntos respecto al derecho de la capacidad jurídica, su contenido esencial y alcances:

1. Es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad;
2. Comprende la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano [...];
3. Importa reconocer un sistema de apoyos que contemple diversos mecanismos que permitan proporcionar acceso al ejercicio de la capacidad jurídica, respondiendo a la diversidad de situaciones que se pueden presentar y considerando lo que hace o hacía ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma;
4. Admite salvaguardias y ajustes razonables que tienen por objeto respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, debiendo responder a un criterio funcional respecto de los actos de trascendencia jurídica para los que se solicita el apoyo.

Con todo, se observa que el Comité realza en su documento que la capacidad jurídica resulta ser imprescindible para el ejercicio de los derechos, y la negación de la misma a las personas con discapacidad por su condición deviene en que ellas se vean privadas de sus derechos fundamentales, como el derecho a la libertad, el derecho a casarse y formar una familia, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para un tratamiento médico. Por lo que, deben abolirse los regímenes de sustitución de voluntad ya que afectan desproporcionalmente a las personas con discapacidad, no colocándolas en igualdad de condiciones a las demás personas. (Observación general N° 1 CRPD/C/GC/1, 2014, punto 8 y 9).

Por último, el Comité reafirma en la observación que los Estados partes no deben confundir a la capacidad mental con la capacidad jurídica, por tanto, el criterio que suponga si la persona con discapacidad pueda entender la naturaleza, no es suficiente para negarle su derecho a la capacidad jurídica ni disminuir su condición de persona ante la ley. (Observación general N° 1 CRPD/C/GC/1, 2014, punto 15). Ante ello, al igual que el Comité, afirmó que la

discapacidad no debe ser un supuesto excluyente para el reconocimiento de la capacidad jurídica de una persona ya que es un derecho, en su dimensión estática, inherente a todo ser humano, sin embargo, discrepo en el punto de sí poder limitar su dimensión dinámica o ejercicio de la capacidad en aras de una mayor protección, idea que explicaré con mayor detenimiento en el análisis de DL N° 1384.

## **1.5 Adecuación del ordenamiento jurídico peruano a la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad**

La Convención de Nueva York insta al Perú como Estado parte, que se ha adherido, aprobado y ratificado la norma internacional citada, a adoptar y cumplir con las medidas contenidas ella sobre derechos de personas con discapacidad. En virtud de ello, nuestro país adecuó el ordenamiento jurídico a la Convención, dictando la nueva Ley General de la Persona con Discapacidad, así como, intentar por medio de dos proyectos la modificación del Código Civil peruano, siendo estos últimos antecedentes del Decreto Legislativo N° 1384.

### **1.5.1 La Ley N° 29973: Ley General de las Personas con Discapacidad**

En el año 2012, el 13 de diciembre se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad, derogando así la Ley N° 27050, acompañada posteriormente en el año 2014 de su reglamento<sup>27</sup>. Su finalidad es “establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica” (Ley N° 29973, 2012, artículo 1). Al mismo tiempo, otorga un nuevo concepto de persona con discapacidad acorde a lo dicho en la CDPD<sup>28</sup>, mediante esta definición actual puede observarse que se ha transitado de un modelo rehabilitador a uno social, que hace referencia a las barreras sociales que causan que las personas no puedan ejercitar plenamente sus derechos. Asimismo, la nueva ley amplía la regulación de ajustes razonables en los campos laborales, educativos y administrativos, establece las partes integrantes, estructura y funciones del CONADIS, de la Oficina Regional de Atención a las Personas con Discapacidad (Oredis), de la Oficina Municipal de Atención a las Personas con Discapacidad (Omaped) y del Sistema Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Sinapedis). La LDPD en referencia a la capacidad de jurídica de las personas con discapacidad contiene lo siguiente:

<sup>27</sup> Publicado el 07 de abril de 2014 en el diario oficial “El Peruano” mediante DS N° 002-2014-MIMP.

<sup>28</sup> Artículo 2. Definición de persona con discapacidad. “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”.

- a) Su reconocimiento a todas las personas con discapacidad “en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. [regulando en el Código Civil] los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones” (Ley N° 29973, 2012, artículo 12.1). Es necesario precisar que bajo la ley mencionada se consideraba como sistema de apoyos y protección para personas con discapacidad a las figuras de interdicción y curatela.
- b) En la segunda de las disposiciones complementarias y finales (DCF, en adelante) se dispone la creación de una Comisión Revisora del Código Civil sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a fin de “formular, [...], un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil que se ajuste a lo establecido en la presente Ley y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (Ley N° 29973, 2012, 2ª DCF).
- c) Tras la única disposición complementaria derogatoria (UDCD, en adelante) se dejó sin efecto “el numeral 3 del artículo 43<sup>29</sup>, el numeral 4 del artículo 241<sup>30</sup>, el artículo 693<sup>31</sup>, el artículo 694<sup>32</sup> y el numeral 2 del artículo 705<sup>33</sup> del Código Civil” (Ley N° 29973, 2012, UDCD. a), disposiciones que hacen referencia a personas que tienen discapacidad visual y auditiva.

## **1.5.2 Antecedentes al Decreto Legislativo 1384**

**1.5.2.1 Anteproyecto de la Comisión Especial Revisora del Código Civil.** La Comisión Especial Revisora del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (en adelante, CEDIS), precedida por Jhon Reynaga Soto en calidad de Congresista de la República, tenía como objetivo principal lo dispuesto en la 2ª DFC de la LDPD, referente a “revisar las normas legales contenidas en el Código Civil e identificar las normas que fueran necesarias, en lo que se refiera al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad a fin de formular [...] un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil y de las demás normas que fueran necesarias” (Ley N.º 29973, 2012, 2ª DFC).

<sup>29</sup> Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: “[...] 3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosordos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. [...]”

<sup>30</sup> Artículo 241.- No pueden contraer matrimonio: “[...] 3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosordos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable. [...]”

<sup>31</sup> Artículo 693.- “Los ciegos pueden testar solo por escritura pública, con las formalidades adicionales a que se refiere el artículo 697”.

<sup>32</sup> Artículo 694.- “Los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo”.

<sup>33</sup> Artículo 705.- Están impedidos de ser testigos testamentarios: “[...] 2. Los sordos, los ciegos y los mudos. [...]”.

Por ello, en el año 2015 presenta el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil y de las normas que sean necesarias en virtud de conseguir un ordenamiento legal acorde a lo establecido en la CDPD y en la Ley N° 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad.

En la siguiente tabla se mostrarán algunas de las modificaciones en el libro de personas del Código Civil planteadas por el CEDIS:

**Tabla 1**

*Comparaciones entre el Código Civil y el anteproyecto de reforma civil propuesto por el CEDIS*

Código Civil de 1984	Anteproyecto del CEDIS
Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.	Artículo 43.- Los menores de dieciocho años, pero mayores de doce años tienen capacidad de ejercicio restringida para celebrar los actos jurídicos que les permiten el Código Civil o las leyes especiales.
Artículo 44.- Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.	Artículo 44.- Solo por ley pueden establecerse restricciones a la capacidad de ejercicio de la persona humana. La discapacidad no comporta en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio.
Artículo 45.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.	Artículo 45.- Las personas con discapacidad pueden designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección según las disposiciones de este Código y de las leyes especiales.

*Nota.* Anteproyecto CEDIS, 2015

**1.5.2.2 Anteproyecto del grupo de trabajo del Ministerio de Justicia.** Al siguiente año, en el 2016, el Ministerio de Justicia creó el grupo de trabajo encargado de la revisión y propuesta de mejoras al Código Civil peruano<sup>34</sup>, conformado por diferentes catedráticos como Mario Gastón Humberto Fernández Cruz, presidente del Grupo, Juan Luis Barchi Velaochaga, Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza Espinoza, Luciano, Gustavo Montero Ordinola y Enrique Varsi-Rospigliosi. Las modificaciones referentes al Libro de Personas estuvieron a cargo de Juan Espinoza Espinoza y Enrique Varsi-Rospigliosi., algunas de ellas en vista de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad fueron las siguientes:

<sup>34</sup> Mediante la Resolución Ministerial N.º 0300-2016-JUS

**Tabla 2**

*Comparaciones entre el Código Civil y el Anteproyecto de reforma civil propuesto por el Grupo de Trabajo*

<b>Código Civil de 1984</b>	<b>Anteproyecto del grupo de trabajo</b>
<p>Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.</p>	<p>Artículo 43.- Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida: 1. Las personas menores de dieciocho años, salvo aquellos actos determinados por ley. 2. Las personas mayores de dieciocho años que por cualquier causa y habitualmente estén privados de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad de manera indubitante y que hayan sido sometidos judicialmente bajo este régimen.</p>
<p>Artículo 44.- Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurrn en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.</p>	<p>Artículo 44.- Régimen de asistencia Corresponderá un régimen de asistencia para: 1. Las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidos en el numeral 2 del artículo 43. 2. Las personas que por efecto de una disminución física, psíquica, sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, se encuentran en la imposibilidad, incluso temporal, de cuidar de sí mismas o de su patrimonio. 3. Los condenados con pena que incluye la inhabilitación.</p>
<p>Artículo 45.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.</p>	<p>Proponen su derogación.</p>

*Nota.* Anteproyecto del Grupo de trabajo, 2016

Por consiguiente, se observa que ambos anteproyectos, pese a tener contenidos distintos, comparten la existencia de un régimen de asistencia o sistema de apoyos para las personas con discapacidad. Sin embargo, ninguno de los dos fue tomado en cuenta por el legislador del Decreto Legislativo N° 1384.

Finalmente, como último antecedente del DL N° 1384 está el Informe dirigido al Comité sobre los derechos de la persona con discapacidad acerca de las respuestas a la lista de cuestiones antes emitida por el Comité al Estado peruano<sup>35</sup>. Entre ellas se resaltan en líneas generales, que los puntos del 63 al 66, 71 y 73 y refieren a la utilización de sistemas de apoyo en remplazo de la curatela. Asimismo, estos puntos y en especial el 64 advierten la elaboración del DL N° 1384 expresamente en lo siguiente:

<sup>35</sup> Informe del Estado Parte en respuesta a la lista de cuestiones previa a la presentación de informes CRPD/C/PER/2-3.

Actualmente está en formulación un Decreto Legislativo por parte del Poder Ejecutivo, en el marco de las facultades delegadas otorgadas por el Poder Legislativo, para establecer medidas que promuevan la inclusión de las personas con discapacidad y garantizar el derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad (Informe CRPD/C/PER/2-3, 2018, punto 64).



## Capítulo 2

### El modelo social para personas con discapacidad en el Perú

#### 2.1 Antecedentes al modelo social para personas con discapacidad

Tal como se ha advertido en el anterior capítulo, para llegar al modelo social se previó la aplicación de otros modelos de discapacidad remotos como el de prescindencia y el médico o rehabilitador. El primero, entendía a la persona con discapacidad como el resultado de un castigo divino; según Toyco (2017) este modelo distinguía dos submodelos: el eugenésico, que planteaba la eliminación y exterminio de las personas con discapacidad, y el de marginación, que las diferenciaba y trataba su exclusión colocándolas en el último eslabón del estrato social.

Por otro lado, el segundo modelo, además de otorgar un concepto clínico a la discapacidad, tenía por finalidad “la adaptación de la persona con discapacidad a la comunidad [mediante] su rehabilitación física o mental con la asistencia del Estado, [o] a través del apoyo social o las prestaciones médicas” (Wong, 2019, p. 250). Asimismo, cabe resaltar que “el derecho [debía facilitar] la sustitución de la voluntad deficitaria de la persona con discapacidad por medio del nombramiento de un representante, quien lo sustituye en la toma de decisiones y del ejercicio de sus derechos” (Wong, 2019, p. 250). A consecuencia de ello, se precisa que el modelo rehabilitador trajo consigo la aplicación de las figuras de interdicción civil y de la curatela.

##### 2.1.1 *La interdicción o incapacitación civil*

El Código Civil peruano, antes de su modificación en el año 2018, regulaba la interdicción civil, institución jurídica que “[tenía por] objetivo el nombramiento de una persona que se encargue de tutelar los intereses de las personas incapaces absolutas y/o relativas, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del mencionado cuerpo legal” (Wong, 2019, p. 253)

La institución en mención es conocida como incapacitación dentro del derecho español, es así que, en el año 2006, Albaladejo se refirió al proceso de incapacitación de la siguiente forma:

Cuando por enfermedad o deficiencia duraderas, sean físicas o psíquicas, una persona baja del nivel [...] mínimo admisible para poder gobernarse por sí misma a tenor de su estado civil [...], la ley establece en beneficio y protección del interesado, que se reduzca o limite la capacidad general de obrar, rebajándosela respecto a la que correspondería al estado civil en que se halla [...], ya que no es apto para poder usarla por sí solo (p. 252).

De igual modo, el autor menciona que “la reducción o limitación de la capacidad [de obrar de aquellas personas halladas en los casos citados en el anterior párrafo], se llama incapacitación, y se realiza, previo el oportuno procedimiento, en virtud de una sentencia judicial” (Albaladejo, 2006, p. 252). En el ámbito jurídico español, según lo manifestado por Albaladejo, se observa que tanto la reducción como la limitación son dos formas de incapacitar a la persona, las cuales a la vez son graduales.

La primera consiste en recortar la capacidad a la persona que padece de enfermedad o deficiencia física que le impida autogobernarse, encomendándole un tutor o representante legal a fin de que ejerza las facultades privadas al incapacitado, obrando en nombre de él. En cambio, la limitación trata que a la persona con enfermedad o deficiencia se le mantenga toda la extensión de su capacidad para que así pueda ejercer sus propias facultades, siempre y cuando en el ejercicio de sus actos, y para que estos sean calificados válidos, intervenga otra persona, denominada curador, quien asentirá o aprobará lo que el incapacitado realice. En vista de ello, concluyo que ambas figuras traen a consecuencia la aplicación de una curatela, tal y como se conoce en el sistema jurídico peruano, sin embargo, ella es gradual y se aplica según las circunstancias de las personas con discapacidad y la magnitud de ellas.

**2.1.1.1 El proceso de interdicción civil en el Perú.** En otro orden de ideas y dejando de lado la doctrina española, Ortega (2018) indica respecto a la interdicción:

El proceso sumarísimo de interdicción tiene por finalidad declarar a una persona que no se encuentra en capacidad de ejercicio para celebrar negocios jurídicos o velar por sí mismo, nombrándose como su representante a una tercera persona, denominada curador, para que administre sus bienes y vele por su salud, integridad y, sobre todo, su posible rehabilitación (pp. 94 – 95).

En la legislación civil peruana, antes del Decreto Legislativo N° 1384, se disponía que podía declararse judicialmente interdictos a aquellas personas que indicaba el inciso 2 del artículo 43 y los incisos del 2 al 8 del artículo 44 del Código Civil, haciendo referencia en el primer grupo a las personas privadas de discernimiento y en el segundo grupo a las personas con retardo y deterioro mental que no puedan expresar su voluntad libremente, además, a las personas pródigas, malos gestores, ebrios habituales, toxicómanos y aquellos a los que se les ha anexado a su pena una interdicción civil<sup>36</sup>. Por el contrario, hoy en día, con la modificación

---

<sup>36</sup> Este último inciso tiene un carácter especial porque no se le declarará interdicto a la persona mediante un proceso civil de interdicción como es el caso de los demás supuestos que regula el artículo 44 del Código Civil, sino que este dictamen de interdicción se anexará a su condena penal. Además, una vez ejecutoriada la condena penal, dentro de veinticuatro horas, será el fiscal el encargado de solicitar el nombramiento de un

del artículo 564 solo podrán ser sujetos de interdicción, por ende, también de curatela, aquellas personas referidas en los incisos del 4 al 8 del artículo 44 del Código Civil<sup>37</sup>.

Asimismo, en relación con la legitimidad activa de la interdicción se aplica en líneas generales el artículo 583 del Código Civil, el cual indica que solo están facultados a solicitar la interdicción de una persona su cónyuge, parientes y el Ministerio Público. De igual modo, nuestro ordenamiento prevé disposiciones especiales frente a los casos de los pródigos y/o malos gestores en el artículo 587<sup>38</sup>, y de los ebrios y toxicómanos en el artículo 588 del Código Civil<sup>39</sup>. En el primer supuesto, los legitimados para pedir la curatela de la persona son su cónyuge, sus herederos forzosos y, por excepción, el Ministerio Público; en el segundo supuesto serán el cónyuge, aquellos familiares que dependan del interdicto, y al igual que en el primer caso, el Ministerio Público solo por excepción, de ello no haré mayor hincapié porque no sigue la línea del presente trabajo de investigación.

En ese sentido, se observa que los dos últimos artículos citados no han sido modificados por el DL N.º 1384, a diferencia del artículo 583, el sí varió respecto a la legitimidad pasiva de la interdicción porque, ahora, solo las personas con capacidad de ejercicio restringido de acuerdo a los incisos del 4 al 8 del artículo 44 podrán estar sujetas a una interdicción, mas no aquellas que no tienen discernimiento o padecen de algún deterioro o retardo mental, sea cual fuese su grado de discapacidad, pues para ellas el sistema aplicable es el de apoyos y salvaguardias, que será desarrollado en los apartados posteriores de este capítulo.

En otro orden de ideas, existen autores como Toyco (2017), quien siguiendo la misma línea de la CDPD, piensan que la interdicción resulta ser una figura discriminatoria, la cual a su vez vulnera los derechos de las personas con discapacidad. Esto lo fundamenta citando al

---

curador para el condenado, en caso de omisión, también los podrán solicitar el cónyuge o los parientes de la persona interdicta. (Código Civil, artículo 595)

<sup>37</sup> Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida:

[...]

4. “Los pródigos
5. Los que incurren en mala gestión
6. Los ebrios habituales
7. Los toxicómanos
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”.

<sup>38</sup> Artículo 587. “Titulares de la acción para pedir curatela del pródigo o mal gestor. Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, solo 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”.

<sup>39</sup> Artículo 588. “Facultados a solicita interdicción para ebrios y toxicómanos. Solo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena”.

Comité de la Convención, quien dio las siguientes características al régimen de sustitución o interdicción:

- i. Despoja a la persona de su capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión.
- ii. Nombra al sustituto que tomará las decisiones, alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad.
- iii. Toda decisión adoptada se basa en el interés superior, en vez de basarse en su propia voluntad o preferencias. (Observación general N.º 1 CRPD/C/GC/1, 2014, punto 27).

Por lo tanto, así como la CDPD, el mismo autor concibe que tanto la interdicción como la curatela debieran ser eliminados de la regulación civil peruana, sobre todo en temas de personas con discapacidad. En contraste a ello, no considero al proceso de interdicción civil como una figura discriminatoria, ni tampoco que despoje de su capacidad jurídica a las personas con discapacidad, puesto que esta tiene como fin la protección de aquellos sujetos considerados más débiles y que, a su vez, no puedan autogobernarse, es decir, el no poder realizar actos por sí mismos. De igual modo, bajo esta figura no se elimina la capacidad jurídica del interdicto, sino que solo se limita su dimensión dinámica referente a la capacidad de ejercicio<sup>40</sup>.

Asimismo, se advierte que aún hay un número considerable de ordenamientos jurídicos que siguen regulando la interdicción, tales como España, con la incapacitación<sup>41</sup>, o Italia, con la *inhabilitazione*<sup>42</sup>, o Francia, con la *tutelle* o la *curatelle*<sup>43</sup>, los cuales trataré más adelante junto con otro ejemplo comparado como el ordenamiento alemán.

<sup>40</sup> He de acotar que el proceso de interdicción no ha de aplicarse en todos los supuestos de personas con discapacidad, ello sí sería un acto discriminatorio por la condición de la persona; sino que, esta figura deberá aplicarse a los casos más severos, los cuales impidan a la persona autogobernarse.

<sup>41</sup> Artículo 200. Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

<sup>42</sup> *Articole 414. "Il maggiore di età e il minore emancipato [c.c. 390], i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione".*

<sup>43</sup> *Articles 440. "La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle".*

*"La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante".*

*"La personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle".*

*"La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante".*

### 2.1.2 *La curatela en el Perú*

La curatela es una figura jurídica que surge a partir de notificada la sentencia de interdicción de una persona, a la cual se le declara interdicto y se le ha asignado un curador a fin de que este pueda ejercer los actos y derechos que la persona interdicta está impedida de realizar.

Espinoza Espinoza (2012) menciona que “el régimen jurídico de la curatela diseñado por el legislador nacional es de carácter representativo, vale decir, inspirado en el principio de 'totalidad de la guarda', en el cual es el curador quien sule la actuación jurídica del interdicto” (p. 945). De lo citado se deduce que en el sistema peruano el curador sustituye la voluntad de la persona interdicta, por lo que tiene funciones de representante legal; es decir, actuará en nombre, en representación y en beneficio del interdicto; así como deberá responder por los actos que realice en calidad de curador.

Las normas aplicables a la curatela se encuentran reguladas en el Código Civil peruano, para ser más preciso, en la sección de Derecho de Familia, capítulo segundo del título II: Instituciones supletorias de amparo, y supletoriamente regirán las disposiciones de la tutela. Espinoza Espinoza (2012) indica que la curatela es tratada en este cuerpo normativo a través de la siguiente división: “1. Curatelas típicas, para los incapaces mayores de edad. 2. Curatelas atípicas, dentro se encuentran: curatela de bienes, [se refiere para la administración de los bienes del interdicto]; curatela para casos especiales [o asuntos determinados]” (p. 955).

No obstante, cabe recordar que, al igual que en la sección normativa de la interdicción, gran parte de las disposiciones concernientes a la curatela han sido modificadas o derogadas. Por ello, actualmente solo pueden aplicarse las curatelas atípicas, en concreto, aquellas utilizadas para la administración de bienes y para asuntos determinados de los interdictos; ello en virtud de que el Decreto Legislativo N.º 1384 modificó el artículo 565<sup>44</sup>; así como, el 564 del Código Civil<sup>45</sup>, que regulaba qué personas podían estar sujetas a curatela. Antes del año 2018, se consideraba dentro de este grupo a aquellas personas que no tenían discernimiento para actuar (Código Civil, artículo 43.2 ant.) y también, a las que padecían de retardo o deterioro mental (Código Civil, artículo 44. 2 – 3 ant.)<sup>46</sup>, supuestos a los cuales se les aplicaba las curatelas típicas. Sin embargo, de momento, únicamente son posibles de curatela los

<sup>44</sup> Artículo 565.- Formas de curatela (Modificado por el Decreto Legislativo N° 1384.)

“La Curatela se instituye para: la administración de bienes y asuntos determinados”.

<sup>45</sup> Artículo 564.- Personas sujetas a curatela (Modificado por el Decreto Legislativo N° 1384.)

“Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8”.

<sup>46</sup> Artículo 564.- Personas sujetas a curatela (Anterior al Decreto Legislativo N° 1384.)

“Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los Artículos 43º, inciso 2, y 44º, incisos 2 a 8”.

pródigos<sup>47</sup>, malos gestores<sup>48</sup>, ebrios habituales, toxicómanos<sup>49</sup> o las personas que hayan sido declaradas interdictos civiles por una condena penal, personas a quienes les son aplicables la curatela atípica, por lo que el curador deberá atenerse estrictamente a sus funciones de administración de bienes, protección del interdicto, proveer de su rehabilitación y representarlo debidamente en los juicios, así como, según el artículo 605 del Código Civil, de las facultades y obligaciones que habilite el juez de familia competente<sup>50</sup>.

Aunado a ello, respecto a los sujetos activos de la curatela, es decir aquellos que tienen la potestad de poder solicitar el nombramiento de un curador para el interdicto, se remitirá a lo citado en la sección de interdicción, en aplicación del supuesto general del artículo 583, y de los casos especiales, los artículos del 585 al 588 del Código Civil.

Por otro lado, es imprescindible remarcar que la curatela es consecuencia de una interdicción previa, puesto que, el juez en atención al consejo de familia, nombrará a un curador dentro de un proceso de interdicción civil, a excepción del supuesto 8 del artículo 44 del Código Civil. En la misma línea, era el mismo juez, quien “al declarar la interacción del incapaz, [fijaba] la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquel” (Código Civil, artículo 581 ant.)<sup>51</sup>. Asimismo, esta figura solo podrá cesar bajo dos aspectos: uno, por declaración judicial que dicte el levantamiento de la interdicción por rehabilitación de la persona, visto en los numerales del 4 al 7 del Código Civil, y dos, en el supuesto del interdicto condenado, cuando se termine la privación de su libertad conforme a la condena penal puesta en su contra. En el primer caso serán aplicables los artículos 610<sup>52</sup> y el 613<sup>53</sup> del Código Civil, y en el segundo, el artículo 611 del mismo cuerpo normativo. De igual modo, he de acotar que el artículo 612 fue derogado por el DL N° 1384, en este se hacía referencia al

<sup>47</sup> Artículo 584.- Pródigo. “Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible”.

<sup>48</sup> Artículo 585.- Restricción de capacidad por mala gestión. “Puede ser restringido en su capacidad de ejercicio por mala gestión la persona que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos”.

<sup>49</sup> Artículo 586.- Ebrio habitual o toxicómano. “Será provisto de un curador quien, por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena”.

<sup>50</sup> Artículo 605.- Facultades y obligaciones señaladas por el Juez. “Sin perjuicio de lo establecido en los Artículos 603° y 604°, el juez que nombra al curador puede señalarle sus facultades y obligaciones, regulándolas, según las circunstancias, por lo que está previsto para los tutores”.

<sup>51</sup> Actualmente el artículo citado se encuentra derogado por el DL N.º 1384.

<sup>52</sup> Artículo 610.- Cese de curatela por rehabilitación. “La curatela instituida conforme a los Artículos 43°, incisos 2 y 3, y 44°, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levante la interdicción. La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado”.

<sup>53</sup> Artículo 613.- Rehabilitación del ebrio habitual, pródigo, toxicómano y mal gestor. “La rehabilitación de la persona declarada con capacidad de ejercicio restringida en los casos a que se refiere el Artículo 44°, numerales 4 a 7, solo puede ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela”.

cese de la curatela de las personas que no tenían discernimiento o padecían de retardo o deterioro mental por su rehabilitación, bajo esta disposición el juez para poder levantar la interacción debía comprobar que la discapacidad de la persona había desaparecido.

Por último, igualmente a lo explicado en el apartado de la interdicción, la curatela es considerada por la Convención de Nueva York como una figura discriminatoria, de hecho, el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en constantes observaciones e informes al Perú, ha recomendado la derogación de la curatela de nuestro sistema jurídico civil. No obstante, Cuenca (2014), quien pese a ser una de las principales propulsores españolas del actual sistema de apoyos, expresa lo siguiente:

La limitación y sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica no se considera discriminatoria, sino una diferencia justificada en tanto se estima necesaria para proteger a la propia persona con discapacidad. [...].

En todo caso, la interdicción o incapacitación también pretende proteger la integridad, el valor y la utilidad de ciertas prácticas consideradas socialmente relevantes determinando quiénes pueden y quiénes no pueden participar en ellas. En este punto resulta esencial tener en cuenta que [...] en la legislación española y peruana, la capacidad jurídica es regulada en el ámbito de la legislación civil de acuerdo con los principios y necesidades propias del Derecho privado. Desde este enfoque, la capacidad jurídica [...] [se relaciona] con la intervención en el tráfico jurídico y conforme con el fin básico de proteger la seguridad del mismo. Y, en estas coordenadas, la representación y la administración del patrimonio se presentan como un modelo cómodo (p. 2 – 3).

Acorde a ello, coincido con la autora citada y reitero que tanto la curatela como interdicción son de necesaria aplicación en casos especiales y severos de personas con discapacidad, en los cuales en última instancia no se pueda recurrir a un simple apoyo, sino que se necesita de una mayor protección para aquella persona que no pueda autogobernarse ni manifestar su voluntad, por tanto, no pueda realizar debidamente actos ni negocios jurídicos. Asimismo, resulta contradictorio que el legislador peruano al tener una postura negativa de la curatela e interdicción, haya decidido conservarlas dentro de nuestro Código Civil, siendo aplicadas únicamente a personas que, a diferencia de los casos severos de discapacidad, sí pueden tener momentos de lucidez y expresar su voluntad de acuerdo a sus preferencias o pensamientos.

## 2.2 Transición del modelo rehabilitador al modelo social para personas con discapacidad en el Perú

### 2.2.1 *Modelo social de la discapacidad*

En el año 2006 se consagró el modelo social de discapacidad por la CDPD, el cual “busca que la sociedad sea quien se adecúe a las necesidades de las personas con discapacidad” (Wong, 2019, pp. 250) porque entiende que la discapacidad no está en la misma persona, sino en la sociedad, que crea esta al imponer barreras físicas, legales y psicológicas (Ramírez, 2018, p. 108). Asimismo, Wong (2019) señala cuatro barreras existentes, que entorpecen su ejercicio de la capacidad jurídica:

- a) Barrera de actitud: [...] se refiere a los estereotipos [...] y discriminación que se practican con la intención de excluir a las personas con discapacidad, a través de la comisión u omisión del acceso a los servicios públicos y a las oportunidades sociales en condiciones de igualdad de derechos.
- b) Barrera de comunicación: Son aquellas que experimentan las personas que tienen discapacidades [en los sentidos o en] el entendimiento, debido a la falta de ajustes necesarios por parte de la sociedad para facilitar su acceso a los medios de comunicación [...].
- c) Barreras físicas: Son obstáculos estructurales en entornos naturales o hechos por el hombre que impiden la movilidad o el acceso de las personas con discapacidad [...].
- d) Barreras políticas: Son aquellas referidas a la falta de interés del Estado y la sociedad en promocionar, ejecutar y garantizar el cumplimiento de las leyes y regulaciones existentes que exigen el acceso de las personas con discapacidad en la vida política [...] (p. 251).

En la misma línea, según Cuenca (2014) “esta revolución [se sintetiza] en el paso del modelo de sustitución [...], a un nuevo modelo de apoyo [...] que trata de hacer realidad la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” (p. 1). Por ello, en relación al concepto de capacidad jurídica que la Convención de Nueva York acoge, Cuenca (2014) refiere que:

La capacidad jurídica es una construcción social que debe rediseñarse para incluir a las personas con discapacidad. Ya no se trata de detectar los déficits que impiden el ejercicio de la capacidad y justifican la sustitución por un tercero en la toma de decisiones. De lo que se trata es de analizar la situación de la persona y establecer las

medidas necesarias – que pueden consistir en el apoyo de un tercero – para que pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás (p. 4).

Adicionalmente, concuerdo con lo precisado por Lescano (2017) sobre que el modelo de los derechos humanos declara que toda persona con discapacidad tiene igual reconocimiento y garantía de sus derechos que otras personas; así mismo la Administración Pública y los actores sociales deberán prestar todos los medios necesarios y correspondientes para cumplir ello. “Se entiende que la persona con discapacidad es para todo sujeto de derecho y no objeto de meras políticas asistenciales. [Por lo tanto], se trata de considerarlo en término de todos sus derechos y no como un problema” (p. 269).

En vista de ello, pese a estar de acuerdo con la aplicación de la curatela e interdicción en determinados casos, también, estoy a favor del modelo social, ello en atención a la importancia del deber del Estado y de la sociedad de adaptarse a las situaciones de discapacidad (Lescano, 2017), a fin de lograr que las personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos plenamente dentro de una comunidad, así pues, no sean excluidos o anulados de esta. Sin embargo, es preciso aludir que, para alcanzar este propósito, se deberá proporcionar instrumentos como medidas de apoyos, de accesibilidad, ajustes razonable y salvaguardias, figuras que se verán más adelante.

En consecuencia, se reitera que en el sistema de apoyo la intervención del tercero no juega un rol de suplencia o sustitución en la toma de decisiones, sino que cumple una función de asistencia a la persona con discapacidad para que esta pueda ejercitar su derechos y obligaciones de forma adecuada. “Las medidas de apoyo, [...], no deben contemplarse como medidas restrictivas sino como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad que tratan de potenciar al máximo las posibilidades de ejercicio de los derechos” (Cuenca, 2014, p. 7).

Por otro lado, se ha de acotar que, si bien la Convención se ratificó en el año 2008, y el Decreto Legislativo N.º 1384 se dictó, recientemente, en el 2018, esto no significó que el Perú desconociese por completo durante el intervalo de diez años al modelo social, por el contrario, este se hizo presente en nuestro ordenamiento tras la LDPD del año 2012, la cual ya hacía referencia sobre las medidas de accesibilidad y un nuevo concepto de discapacidad. Asimismo, la presencia del modelo social se vio reflejada indirectamente con la aplicación del control de convencionalidad por ciertos magistrados peruanos en sus sentencias en materia de interdicción y curatela<sup>54</sup>. El ejemplo más claro de ello, es la sentencia con resolución N.º 06

---

<sup>54</sup> Cabe aclarar que no pretendo dar a entender que el Perú haya aplicado desde un principio correctamente la Convención y el modelo social, soy conscientes que a nuestra sociedad y al Estado peruano aún le falta un

del Expediente N.º 25158-2013-0-1801-JR-CI-02, expedida por el Segundo Juzgado Constitucional de Lima de fecha 26 de agosto del año 2014, mediante la cual se fundó la demanda de amparo presentada por José Antonio Segovia Soto en contra de las resoluciones que lo declaraban interdicto por ser una persona que padece de una enfermedad mental como la esquizofrenia paranoide<sup>55</sup>.

Primero, para contextualizar el caso he de señalar los hechos principales. El señor José Antonio Segovia Soto, demandante de la acción de amparo, es un ciudadano a quien le diagnosticaron esquizofrenia desde los 24 años de edad, recibiendo un tratamiento adecuado e idóneo desde ese momento, el mismo que “le ha permitido controlar la enfermedad y desarrollarse de manera normal” (Corte Superior de Justicia de Lima, Stc. 25158-2013, 2014), incluso se menciona en la parte fáctica de la resolución, que el accionante ha podido llevar una vida académica activa, graduarse como ingeniero y desempeñar funciones laborales como docente dentro de un instituto. Sin embargo, en el año 2010 sus hermanos iniciaron ante el Primer Juzgado de Familia del Cusco un proceso de interdicción en contra suyo, no obstante, pese a haber presentado ocho pericias psiquiátricas en las cuales constaba que el señor José Segovia sí padecía de esquizofrenia crónica, pero se le consideraba una persona capaz porque denotaba lucidez, estaba orientado en el espacio, tiempo, y contaba con una inteligencia dentro del rango normal, el Juzgado de Familia decidió fallar en su contra declarándolo interdicto y nombrándole como curadora a su hermana, Carmen Segovia.

Por consiguiente, José empieza un arduo camino judicial; primero, apela la sentencia, sosteniendo que esta “afecta sus derechos a la valoración de la prueba, debida motivación de las resoluciones judiciales, razonabilidad, proporcionalidad y el derecho a una decisión fundada en derecho al no haber aplicado la CDPD de las Naciones Unidas” (Sentencia N.º 25158-2013, 2014, p. 3); sin embargo, la Sala Civil de la Corte Superior del Cusco confirmó la sentencia apelada, manteniendo su interdicción declarada en primera instancia. Por lo que el accionante recurrió a interponer una casación, la misma que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró improcedente. Muy a pesar de haber agotado la vía civil, José Segovia

---

largo camino para lograr la promoción y el respeto por los derechos de las personas con discapacidad, más aún con el cumplimiento y la implementación de las políticas a su favor, no obstante, quiero recalcar que sí, se pretendió aplicar el modelo social de discapacidad ya sea mediante la LDPD o por sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, lo cual fue anterior al DL 1384.

<sup>55</sup> Las resoluciones declaradas nulas por el Segundo Juzgado Constitucional de Lima fueron (i) la de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de fecha 28 de mayo de 2013, (ii) la Sentencia de vista de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco de fecha 17 de enero de 2013, y (iii) la Resolución del Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior del Cusco de fecha 04 de Setiembre de 2012; las mismas que fallaron en contra de José Antonio Segovia Soto (Corte Superior de Justicia de Lima, Stc. 25158-2013, 2014).

Soto se dirigió a la vía constitucional accionando un amparo en contra de las resoluciones mencionadas porque estas limitan absolutamente sus derechos fundamentales, siendo bajo este punto que el caso da un giro por completo, puesto que el Segundo Juzgado Constitucional de Lima, en razón y citando a la Convención de Nueva York, funda el amparo, declarando nulas las resoluciones que dictaban la interdicción y curatela en contra del demandante, así también, insta la retroacción de los hechos al momento de la vulneración de los derechos del señor José Segovia con la finalidad que el Primer Juzgado de Familia de Cusco resuelva nuevamente en base a lo mencionado en la sentencia del órgano jurisdiccional antes mencionado.

Una vez señalados los hechos principales, se ha de advertir que lo interesante de la resolución N.º 06 del expediente N.º 25158-2013-0-1801-JR-CI-02 es que un juzgado peruano en materia constitucional, por primera vez, resolvió por separarse de la aplicación de leyes correspondientes al sistema de sustitución, argumentando ello en base a la CDPD y reafirmando en sus fundamentos la existencia de un nuevo enfoque social e inclusivo de discapacidad, así como, este órgano destaca la relevancia y el respeto por los derechos de la personas con discapacidad, reconociendo su ejercicio del derecho a la capacidad jurídica y a la toma de decisiones por sí mismo.

Es importante destacar que en el fundamento séptimo de la sentencia se menciona al sistema de apoyos, pese a que en el 2014 aún esto era inexistente en nuestra legislación, el Segundo Juzgado Constitucional refiere que “con la aplicación de la Convención, [...] el modelo debe implementar un sistema de apoyo para la persona con discapacidad, partiendo de una visión (determinación) de la mínima restricción de los derechos de estas personas” (Sentencia N.º 25158-2013, 2014. p. 11). Asimismo, indican que el proceso de interdicción debería entenderse como la protección brindada a la persona con discapacidad, la cual debe llevar consigo una restricción mínima de sus derechos civiles, así como “el otorgamiento de un sistema de apoyo [...], [el mismo que,] puede ser variable según la casuística y debe ser un reflejo del estado físico y mental de la persona” (Sentencia N.º 25158-2013, 2014, p. 11).

En vista de lo anterior, se aprecia correcta la resolución y los fundamentos dadas por el órgano jurisdiccional, puesto que en el hecho en concreto el demandante si bien tiene una enfermedad mental, esta se encuentra controlada bajo tratamiento médico, prueba de ello son las distintas pericias psiquiátricas presentadas en el proceso, que concluían que el señor José Segovia Soto podía, sin problema alguno, tomar decisiones y autogobernarse, además el demandante tenía un considerable historial académico y laboral. De igual modo, considero que el Primer Juzgado de Familia de Cuzco, órgano jurisdiccional que dictó la interdicción en

primera instancia, además del grado de discapacidad, debió tener en cuenta las disputas patrimoniales y de violencia intrafamiliar existentes entre las partes, es decir, entre el accionante del amparo y sus hermanos, siendo estos últimos, a su vez, quienes solicitaron la internación del primero dentro de un centro médico. Por tanto, coincido con el fallo del juzgado constitucional en fundar el amparo y declarar nulas las resoluciones de interdicción y curatela, puesto que, bajo mi perspectiva, las normas referentes a estas instituciones jurídicas deben ser aplicadas solo en casos severos y como última *ratio*; supuesto distinto fue el caso del señor José Segovia Soto, quien es una persona con esquizofrenia tratada, lúcido, con autodeterminación y conciencia de sus actos.

Para finalizar este apartado, es necesario recordar que la discapacidad no es igual a incapacidad de la persona, en consecuencia, lo correcto era la aplicación de un sistema de apoyos, solo de ser necesario, y no el de interdicción.

## **2.3 Medidas de apoyo**

### **2.3.1 Definición y alcances de los apoyos en el marco ordenamiento jurídico peruano**

El artículo 12 de la Convención de 2006, establece que los Estados partes deberán proporcionar los apoyos a las personas con discapacidad que necesiten para el ejercicio de su capacidad jurídica. A ello, Lescano (2017) refiere que:

Tales medidas deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas [con discapacidad]; evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida; ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; aplicarse en plazo más corto; ser sometidas a exámenes periódicos, por parte de la autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. [...] (p. 274).

Continuando con lo anterior, se conceptualizan a los apoyos como aquellas “personas o instituciones que asistan a la persona con discapacidad o con capacidad restringida en la toma de sus decisiones. [...]. Pueden ser personas naturales, personas jurídicas u organizaciones destinadas para este fin. [...]” (Ramírez, 2018, p. 108). A consecuencia de lo citado, los apoyos exponen la existencia de un sistema asistencial dirigido a personas con discapacidad, puesto que “se busca que toda persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos de manera libre y voluntaria” (Franciskovic, 2019, p. 149).

El sistema asistencial, como se ha indicado previamente, que contiene a la figura de los apoyos es introducido en el ordenamiento jurídico peruano bajo el Decreto legislativo N.º 1384; esto a modo de reemplazo del sistema de sustitución, el cual contiene a la interdicción y a la curatela, específicamente en los supuestos de personas sin discernimiento o aquellas que padecen de retardo o deterioro mental.

Es así que los apoyos se encuentran regulados en el capítulo cuarto del Libro de personas del Código Civil, llamado *Apoyos y salvaguardias*, compuesto por ocho artículos. De igual modo, se puede observar en el capítulo tercero del Reglamento del DL N.º 1384 (RDL, en adelante). Dentro del ordenamiento civil peruano se encuentran definidos en el artículo 659 – B como:

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

Además, este artículo señala que los apoyos no tienen facultades representativas, salvo se las haya otorgado expresamente la persona con discapacidad o, así lo haya decidido el juez bajo sentencia, ello justificado en que el apoyo es un mero sujeto de asistencia de la persona, sin poder de decisión de los actos que no le conciernen.

Siguiendo el orden de los artículos del Código Civil, el artículo 659 – C indica que una persona puede tener una pluralidad de apoyos, condición que puede recaer tanto en personas naturales, personas jurídicas e incluso instituciones públicas. Asimismo, marca que el sujeto que determinará el alcance, cantidad, duración y la forma de los apoyos será, en principio, la persona que los haya solicitado, caso contrario, será el juez quien se pronuncie sobre ello, esta excepción se encuentra prevista en la sección E del artículo 659, refiriéndose concretamente a las personas que no pueden manifestar su voluntad, incluyendo a las personas en estado de coma. Así también, esta norma recalca que el juez competente determinará los alcances, plazos y responsabilidades del apoyo teniendo en consideración las relaciones de parentesco, amicales y de confianza de la persona con discapacidad, así como, el juez deberá realizar las diligencias correspondientes para interpretar óptimamente la voluntad y preferencias de la persona.

En el apartado D del artículo 659, la normativa advierte que los apoyos pueden solicitarse o por vía judicial, ante el juez de familia competente, o también, puede facilitarse bajo vía notarial, de estos trámites me detendré más adelante. No obstante, bajo ninguna circunstancia el juez ni el notario podrán designar como apoyo a una persona con sentencia condenatoria por violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar o condenadas por violencia sexual.

Para terminar, respecto al artículo 659 – H, fija que una persona con mayoría legal, sea con discapacidad o no, puede solicitar notarialmente apoyos futuros y los alcances de ello, de igual modo, podrá dejarse constancia en la escritura pública bajo cuáles circunstancias la

figura de los apoyos será eficaz. De este modo, el designante, también, tiene la facultad de exceptuar expresamente a las personas naturales, jurídicas e instituciones públicas que no podrán recaer sus apoyos bajo ningún motivo.

### **2.3.2 Actuación de los apoyos en el marco del ordenamiento jurídico peruano**

Los apoyos tal como se ha indicado en el apartado anterior, *a priori*, debido a tener una función de asistencia, no tiene facultades de representación, aun así, el artículo 11 del Reglamento del DL N.º 1384, refiere que “la persona con discapacidad puede otorgar a la persona designada como apoyo, facultades de representación, conforme a las reglas generales de representación contenidas en el Código Civil [...]”. Sumado a esto, la disposición, hace alusión que el juez también las puede otorgar y, en caso de ocurrir cualquiera de los dos supuestos mencionados, según el punto tres de la norma “la escritura pública o sentencia de designación de apoyo, debe establecer, de manera expresa, los actos para los cuales se faculta dicha representación”.

Por otra parte, observando el Reglamento del DL N.º 1384 y el Código Civil se deduce que la actuación de los apoyos es mínima y bastante restrictiva, puesto que solo se limita a realizar los actos previstos en la norma civil, así como, de los demás actos indicados en la sentencia o el documento notarial de designación de apoyo. El artículo 10 de este reglamento indica qué acciones puede ejecutar los apoyos en favor de la persona con discapacidad, siendo las siguientes: “a) Facilitar [su] comunicación [...], b) Facilitar la comprensión de los actos que produzcan efectos jurídicos y sus consecuencias, c) Orientar[la], en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos, d) Facilitar [su] manifestación de voluntad [...]”.

De manera similar, en vista del artículo 12 del reglamento, referente a la participación del apoyo, esta es de carácter obligatoria únicamente bajo dos supuestos: uno, cuando así ha sido consignado en el documento de designación, y dos, en la realización de un acto que despliegue efectos jurídicos y se haya facilitado la interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad, de ser así, se debe dejar constancia de la presencia del apoyo.

En otro orden de ideas, se debe recordar que el apoyo no es equiparable a la figura del curador porque, además de no actuar con facultades de representación y no tratarse de una sustitución de voluntades, tampoco el apoyo tendrá responsabilidad por los actos que realice en favor de la persona con discapacidad, en consecuencia, el Código Civil solo les da la opción a estas últimas de repetir contra los primeros en caso de haber obrado mal, fijando como única salvedad a los supuestos de las personas en estado de coma, en tales hechos, el

apoyo sí será responsable por su actuación<sup>56</sup>. Entonces, si el apoyo no es responsable de los actos que realiza como tal, ¿será suficiente para lograr una protección debida en todos los casos de personas con discapacidad? La respuesta es negativa, bajo mi perspectiva, pero ello se analizará más adelante.

Continuando con la actuación de los apoyos, la norma precisa que la designación de los apoyos y de sus salvaguardias respectivas será eficaz desde la emisión de la escritura pública, si se hubiese realizado vía notarial, o si se hubiese iniciado un proceso civil desde que la sentencia que declare la designación esté consentida o ejecutoriada, conforme al artículo 19 del Reglamento del DL N.º 1384. Asimismo, el artículo 18 expresa que la duración de la designación de apoyos depende del plazo de actuación que haya determinado el solicitante o el juez, o el haya culminado el acto para el cual se haya facultado al apoyo.

### **2.3.3 Tipos de apoyos: apoyo facultativo y apoyo excepcional**

La normativa civil peruana distingue a dos tipos de apoyos, el facultativo o también llamado apoyos libres, y el excepcional o conocido como apoyo obligatorio. La distinción entre ambos radica en lo expuesto por el artículo 14 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1384, que explicaré a continuación.

Los apoyos facultativos podrán ser designados en dos situaciones, la primera es por una persona con discapacidad que pueda manifestar su voluntad y la segunda es una persona que sin tener ninguna discapacidad quiere hacer una designación anticipada de apoyos, a los que se denominan comúnmente como apoyos futuros. En ambos casos el designante o solicitante podrá decidir si la designación la lleva a cabo notarial o judicialmente.

En cambio, los apoyos excepcionales solo se designarán judicialmente, puesto que se trata de personas impedidas de manifestar su voluntad, siendo esto último constatado por el juez competente, quien ha realizado los esfuerzos necesarios para comprobarlo, además de haberle proporcionado los ajustes razonables y medidas de accesibilidad suficientes a la persona con discapacidad. De igual modo, este tipo de apoyos se remiten al artículo 659 – E del Código Civil, el cual dispone que, además, de ser necesario que la persona no comunique su voluntad, la designación solo podrá llevarse a cabo si la persona con discapacidad necesita del apoyo para el ejercicio o protección sus derechos.

---

<sup>56</sup> Véase ello en el artículo 1976 – A del Código Civil Peruano.

## 2.4 Las salvaguardias: definición y alcances dentro del ordenamiento jurídico peruano

Pese a que las salvaguardias han sido tratadas desde el año 2006 en la CDPD, son mecanismos relativamente nuevos en el sistema civil peruano, introducidas, al igual que los apoyos, por el Decreto Legislativo N° 1384 en el año 2018; las mismas que se encuentran reguladas en el cuarto capítulo del Libro de personas del Código Civil, en el cual su artículo 659 – G las define como:

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

Ramírez (2018) advierte que las salvaguardias a diferencia de los apoyos son “reglas o límites que el juez, de oficio [...], o a petición de la propia persona con discapacidad o de cualquier persona; disponga para garantizar el patrimonio y derechos de la persona” (p. 113). Las salvaguardias son de carácter obligatorio y su determinación deberá realizarse proporcionalmente al caso en concreto, puesto que sirven como parámetros para la actuación del apoyo. Además, es necesario que las salvaguardias consten explícitamente en la sentencia judicial o escritura pública que designe los apoyos (Reglamento del DL N.º 1384, artículo 21).

En el mismo orden de idea, el RDL prevé que según la situación concreta se podrán determinar las salvaguardias que se consideren necesarias, siendo la mínima de ella el plazo de duración del apoyo. Asimismo, el artículo 21.3 presenta algunos ejemplos de salvaguardias que pueden ser dictadas por un juez o solicitadas de parte, tales como, “rendición de cuentas [...], realización de auditorías, supervisión periódica inopinada, realización de visitas domiciliarias inopinadas, realización de entrevistas con [el] apoyo y [las] personas cercanas a las personas con discapacidad [y] requerir información a las instituciones públicas o privadas [...]”. A su vez, mientras dure el apoyo el juez competente tiene el deber de efectuar las audiencias y diligencias que considere pertinente para verificar el obrar del apoyo conforme a la sentencia expedida, la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad (Código Civil, artículo 659 – G).

A modo de comentario, considero que las salvaguardias son figuras positivas en nuestro ordenamiento; de hecho, hubiese sido adecuado que se regulasen anteriormente y aplicarlas a la curatela para así ser más restrictivo con las facultades otorgadas al curador a cargo de la persona interdicta, así como garantizar el cumplimiento de sus obligaciones para con ella. No obstante, el legislador pareciese que apresurado de redactar el DL N.º 1384 y su

respectivo reglamento se le ha olvidado investigar y profundizar más sobre las salvaguardias, otorgándole solamente un par de artículos en la normativa peruana, sin mayor desarrollo.

## **2.5 Designación de apoyos y salvaguardias vía notarial**

La designación de apoyos y salvaguardias vía notarial es uno de los mecanismos innovadores e incluso positivos que el Decreto Legislativo N.º 1384 introduce en nuestro sistema jurídico para facilitar el ejercicio de la actividad jurídica por parte de las personas con discapacidad; a diferencia del proceso judicial, el notarial es más celerado y menos tedioso, además que produce los mismos efectos jurídicos que una sentencia. No obstante, la designación vía notarial solo procede cuando quien la solicita es una persona natural mayor de edad, que pueda manifestar su voluntad.

Asimismo, el notario tiene la obligación de otorgar los ajustes razonables y medidas de accesibilidad a la persona con discapacidad para que pueda expresar correctamente su voluntad y decisiones durante el trámite de la designación, a su vez, debe permitir la participación de personas de confianza del solicitante, que podrían ser distintas a quienes, finalmente, se les designará como apoyo con la finalidad de perfeccionar la manifestación que pretende. (Reglamento del DL N.º 1384, artículo 23).

Por otra parte, se debe recordar que la designación vía notarial se realiza mediante una escritura pública, la cual contendrá, según el artículo 24 del reglamento como mínimo lo siguiente:

- a) La solicitud de elevar a escritura pública la minuta de designación de apoyos y establecimiento de salvaguardias.
- b) Nombre y documento de identidad de la persona con discapacidad que designa el apoyo.
- c) Nombre y documento de identidad de la persona natural o en su caso, o denominación e identificación persona jurídica sin fines de lucro designada como apoyo.
- d) La determinación de los alcances y/o facultades de la persona designada como apoyo.
- e) La determinación de la duración del ejercicio de las funciones del apoyo.
- f) La aceptación de la persona designada como apoyo.
- g) Las salvaguardias proporcionales y de acuerdo a las circunstancias de la persona que solicita el apoyo. Señalando los plazos mínimos para la revisión de los apoyos.

En la misma línea, la escritura pública debe ser inscrita en el Registro de personas naturales, así como, toda modificación, revocación, sustitución o renuncia del apoyo. (Reglamento del DL N.º 1384, artículo 25). Aunado a ello, los artículos precedentes, el 26 y el 27 del presente reglamento precisan que, la persona con discapacidad en cualquier momento puede realizar modificaciones respecto a su apoyo, e incluso revocarlo si así lo considera

oportuno. No obstante, para ello deberá cumplir con las formalidades establecidas por la norma. Así también, la modificación, sustitución o revocación se solicite ante un notario distinto al de la designación primigenia, el primero deberá informar al segundo de lo acontecido, así como realizar su inscripción respectiva en el registro. Respecto a la renuncia de los apoyos, el reglamento le otorga al apoyo la facultad de poder renunciar a su cargo, si así lo requiere, y ello se hará efectivo si una vez comunicada y notificada su decisión a la persona con discapacidad, han transcurrido treinta días más la culminación de la distancia entre ambos y aún el apoyo no ha sido reemplazado (Reglamento del DL N.º 1384, artículo 28).

Por último, acorde a lo señalado en este apartado reitero que la inserción de la designación de apoyos vía notarial trae consigo beneficios porque, además, de ser un trámite corto, celeré y eficaz, su campo no es restringido solo a las personas con discapacidad que puedan manifestar su voluntad, sino que apertura la solicitud de designación a toda persona que así lo requiera, siendo ello un plus en el sector longevo de la población, es decir, para la atención de los adultos mayores que necesitan la ayuda de un tercero para la realización y agilidad en sus negocios jurídicos, trámites y/o documentos, el ejemplo más común de ello es la designación de apoyos para el cobro y retiro de pensiones.

## **2.6 Proceso de designación de apoyos y salvaguardias vía judicial**

Antes de adentrarme al trámite judicial de los apoyos y salvaguardias, debo precisar que, además del Código Civil, Código Procesal Civil y del Decreto Legislativo N.º 1384, las normas que rigen este proceso judicial son el Reglamento del DL N.º 1384, citado en los apartados precedentes, y el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, cuyo objetivo específico es sentar las reglas y procedimientos para que los operadores de justicia, es decir, jueces y demás servidores judiciales, apliquen y efectúen una correcta transición del modelo social establecido en el DL N.º 1384 (RTSA, artículo 2.2.A).

### **2.6.1 Competencia del juez**

En primer lugar, señalaré que “la solicitud de apoyos y salvaguardias vía judicial se tramitará como proceso de apoyos y salvaguardias, [conforme a las normas del Código Civil y del Código Procesal Civil]”. (RTSA, artículo 5). Asimismo, la materia distingue tres procesos distintos según sea el caso de la persona con discapacidad: el proceso de reconocimiento de apoyos y salvaguardias; el propiamente denominado como proceso de designación de apoyos y salvaguardias y, por último, el proceso transformado a designación de apoyos, los cuales se podrán ver en los próximos puntos del trabajo.

Consiguientemente, se acota que en todas las situaciones los procesos civiles de apoyos y salvaguardias son tramitadas bajo procesos no contenciosos, por tanto, la competencia jurisdiccional *a priori* corresponde al juez de familia del lugar donde se encuentre establecida la persona con discapacidad, en virtud del artículo 21 del Código Procesal Civil<sup>57</sup>; no obstante, en el supuesto de no haber un juez de familia, podrá ser competente un juez civil o un juez mixto. Además de la salvedad indicada, el mismo código permite que la competencia del juez pueda estar a elección del demandante, solo cuando la pretensión dentro de un proceso de designación recaiga, también, sobre derechos reales, según el artículo 24.1 del Código Procesal Civil<sup>58</sup>.

Por otra parte, el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad en su artículo 6, dispone que el juez a cargo del proceso de apoyos y salvaguardias siempre deberá “brindar las condiciones necesarias para eliminar las exclusiones y barreras estructurales o efectuar los ajustes razonables a favor de las personas con discapacidad”.

A modo de comentario, se considera que no ha habido ninguna variación por parte del Decreto Legislativo N° 1384 respecto a la competencia del juez, puesto que tanto, en la designación de apoyos como en la interdicción y en la curatela, el juez a cargo es el de familia o el juez mixto o civil en su defecto, salvo las excepciones ya indicadas. Sin embargo, lo novedoso es la distinción de los tres tipos de procesos que pueden desprenderse en la materia de apoyos y salvaguardias, de los cuales me referiré a continuación.

### **2.6.2 Proceso de reconocimiento judicial de designación de apoyos y salvaguardias**

El Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad define al proceso de reconocimiento judicial de designación de apoyos y salvaguardias como aquel “iniciado a solicitud de la propia persona con discapacidad, a quien luego de brindarle los ajustes razonables, orientación legal e información, designa los apoyos y salvaguardias, para que sea reconocido judicialmente” (RTSA, artículo 5.2.A). De igual modo, la demanda de reconocimiento debe contener mínimamente lo dispuesto por el artículo 40.2 del RDL, es decir, el nombre y documento de identidad tanto de la persona con

<sup>57</sup> Artículo 21.- Regulación de la capacidad jurídica. “En materia de [...] curatela y designación de apoyos, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el Juez del lugar donde se encuentra las personas con discapacidad y aquellas contempladas en los artículos 43 y 44 del Código Civil. [...]”.

<sup>58</sup> Artículo 24.- “Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante: 1. El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo, curatela y designación de apoyos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el Juez de cualquiera de ellos [...]”.

discapacidad como de la persona a quien se designará como apoyo; también, debe constar las razones por las cuales se solicita el apoyo, su tiempo de duración, los alcances y las facultades que se le otorgarán al apoyo, así como una copia legalizada del certificado de discapacidad de la persona quien ha solicitado el trámite.

Siguiendo con el curso del proceso de reconocimiento judicial, una vez calificada la demanda, admitida a trámite y notificado lo correspondiente, el juez competente deberá fijar fecha de audiencia única, además, si se requiriese, con ayuda del equipo multidisciplinario tendrá que proporcionarle los ajustes razonables necesarios a la persona con discapacidad para garantizar su participación y entendimiento de la audiencia. (Reglamento del DL N.º 1384, artículo 41). Por último, el juez dictará sentencia conforme a las normas del Código Procesal Civil e indicando expresamente en ella, los datos personales del demandante o designante, los de la persona o institución designado como apoyo y su aceptación del cargo, también, se debe señalar las características esenciales del apoyo, citadas anteriormente, y las salvaguardias puestas proporcionalmente a las circunstancias del caso, fijando los plazos mínimos de revisión de las funciones del apoyo (Reglamento del DL N.º 1384, artículo 42).

Al igual que en el trámite notarial de designación de apoyos y salvaguardias, se considera que este proceso de reconocimiento judicial es un cambio positivo en nuestro sistema jurídico, y un acierto para la introducción del modelo social de discapacidad porque si bien la designación judicial y notarial tienen diferencias en el trámite de vías, duración y que uno se rige por la gratuidad del proceso y otro por la onerosidad; no obstante, en ambos tipos el supuesto bajo el que cual se pueden iniciar y los efectos pretendidos son los mismos. Por tanto, frente a que se percibe similitudes entre los dos, no tengo críticas a ello. Además, en estos casos se trata de personas con discapacidad que pueden valerse por sí mismas o que pueden manifestar su voluntad, necesitando solo de la asistencia o apoyo de un tercero para la ejecución de determinados actos.

### **2.6.3 *Proceso de designación judicial de apoyos y salvaguardias***

Este proceso está definido por el RTSA como aquel “iniciado por un tercero, en los supuestos en que no exista forma de que la persona con discapacidad exprese su voluntad, [...], para que los apoyos y salvaguardias sean designados por el juez”. (RTSA, artículo 5.2.B). En el mismo sentido, el Reglamento del DL N.º 1384 establece que el interesado deberá poner por escrito en la demanda de designación judicial de apoyos y salvaguardias los nombres y documentos de identidad de la persona con discapacidad y la del apoyo que se le designará; además, se deberá indicar los motivos de su pretensión, los alcances, duración y facultades del apoyo, así como colocar las salvaguardias que se requerirán; agregado a ello, el

demandante deberá anexar una copia legalizada del certificado de discapacidad de la persona a quien se solicita el apoyo y todos los documentos que acrediten que ella no puede manifestar su voluntad (Reglamento del DL N.º 1384, artículo 43).

Continuando con el trámite judicial, una vez admitida la demanda de designación de apoyos, debido a que se trata de personas que no pueden manifestar su voluntad, por mandato del RTSA el juez tiene que ordenar de oficio al equipo multidisciplinario realizar evaluaciones “sobre el nivel de autonomía y de comunicación de la persona con discapacidad [...], [para] conocer la forma cómo expresa su voluntad, los ajustes razonables y apoyos que necesitará para participar en el proceso y de ejercitar su capacidad jurídica” (RTSA, artículo 5.3.C).

En otro orden de ideas, el juez dentro del plazo de cinco días notificado el auto de admisión de la demanda fijará fecha para la realización de una audiencia única, la misma que puede ser celebrada en el domicilio de la persona con discapacidad en caso esta no pueda desplazarse. Asimismo, tanto el Código Civil como el RDL ordenan que el juez debe realizar todos los esfuerzos pertinentes para verificar si la persona puede o no manifestar su voluntad; de ser el resultado negativo, el juez, por disposición de norma, aplicará criterios para interpretar la voluntad de la persona que requiera el apoyo según su trayectoria de vida y preferencias, también, podrá recabar información sobre ella mediante parientes, vecinos o amigos. A su vez, el RDL señala que el juez designará al apoyo conforme a la relación filial, amical, laboral o de confianza que tenga con la persona con discapacidad (Reglamento del DL N.º 1384, artículo 47). Por último, el juez expedirá sentencia de acuerdo a las disposiciones del Código Procesal Civil, teniendo que indicar en ella esencialmente lo dispuesto en el artículo 48 del RDL<sup>59</sup>, elementos similares a los citados anteriormente en el apartado de reconocimiento de apoyos y salvaguardias.

En relación a lo señalado, se ha de acotar que a diferencia de nuestra postura en favor al trámite notarial y al proceso judicial de reconocimiento de apoyos, este no es el caso con el proceso de designación, debido a que considero un error el tratar a todas las personas con discapacidad, que no puedan manifestar su voluntad, como iguales a una que sí la puede

---

<sup>59</sup> Artículo 48.- Sentencia de designación judicial de apoyos y salvaguardias: “El/la juez/a expide sentencia, conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil, señalando necesariamente: a) Nombre y documento de identidad de la persona que designa el apoyo. b) Nombre y documento de identidad de la persona natural o en su caso, o denominación e identificación de la persona jurídica sin fines de lucro designada como apoyo. c) La determinación de los alcances y/o facultades de la persona designada como apoyo. d) La determinación de la duración del ejercicio de las funciones del apoyo. e) Las salvaguardias proporcionales y de acuerdo a las circunstancias de la persona que solicita el apoyo. Señalando los plazos mínimos para la revisión de los apoyos”.

expresar; se debe recordar y hacer hincapié que la realidad de cada una de ellas es distinta, por lo que algunas requieren de una mayor protección según sea su condición, siendo la curatela una figura jurídica que aportaba esto en mayor medida.

Aunado a ello, si bien es cierto que la norma establece que los apoyos deban ajustarse a la situación concreta de la persona, la verdad es que existen diferentes grados de discapacidad, algunos más leves y otros más severos, siendo estos últimos personas que necesitan mucho más que un simple apoyo para la realización de determinados actos. En la misma línea, pueden presentarse casos en los cuales ni los criterios dispuestos en el Reglamento del DL N.º 1384 o el Código Civil ni los esfuerzos pertinentes ni las diligencias que realicen el juez en compañía del equipo multidisciplinario puedan ser suficientes para interpretar la voluntad de la persona con discapacidad por el simple hecho que esta no tiene discernimiento ni lo ha tenido en alguna etapa de su vida, por tanto, no han podido manifestar su voluntad en ningún momento, así que, será difícil, por no decir imposible, averiguar cuáles son sus preferencias, gustos o decisiones anteriores; un ejemplo de esto son las personas que nacen con retrasos mentales severos, quienes a lo largo del trayecto de su vida han sido totalmente dependientes de terceros y a consecuencia de la enfermedad que padecen se han visto imposibilitados de autodeterminarse en la toma de decisiones.

Ante lo comentado, puede prestarse a confusión que conciba a la curatela como una figura jurídica perfecta, todo lo contrario, opino que es una institución perfeccionable, que necesita de modificaciones en lo escrito y en su aplicación, además del acompañamiento de salvaguardias para proteger la integridad de la persona con discapacidad. Asimismo, se remarca que la curatela no debe ser la regla general, sino la excepción, pues esta debería aplicarse como última *ratio* ante situaciones específicas como las del ejemplo que se ha citado.

Para finalizar este segmento, se valora que, aunque sea correcta la disposición normativa en la cual el juez deba considerar la designación de un apoyo con facultades representativas en los casos donde la persona no pueda manifestar su voluntad, no obstante, surge la pregunta que ¿si el otorgarle este poder de representación al apoyo al final de cuentas no termina siendo el designarle un curador a la persona con discapacidad? Entonces, de ser esto afirmativo, desde nuestro punto de vista así lo es, el legislador peruano ha destruido una institución como la curatela, derogando y modificando la mayoría de sus disposiciones legales para insertar una figura similar, pero sin mayor desarrollo y carente de responsabilidad ante los actos que ejecuta el apoyo, lo cual podría resultar perjudicial para la persona que se intenta

proteger, pues ella terminaría respondiendo por actos de los que no tendría ni un mínimo de conocimiento.

#### **2.6.4 *Proceso de transformación a la designación de apoyos y salvaguardias***

El Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad define a este tipo de proceso en su artículo 5.2.C como “aquellos procesos de interdicción civil en trámite, transformados y reconducidos con la vigencia del Decreto Legislativo N° 1384”. En otras palabras, los procesos de transformación se inician ante dos situaciones: uno, cuando existe un proceso de interdicción contra una persona con discapacidad que cuente con sentencia firme y además se le haya nombrado un curador, y dos, cuando se trata de un proceso de interdicción civil en trámite ya sea en primera o en segunda instancia, pero que ha sido iniciado antes de la entrada en vigor del DL N° 1384. Debiendo el juez competente del proceso de interdicción y curatela, en el primer supuesto, declarar bajo resolución judicial la restitución de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad de quien se le ha declarado interdicta, dejando sin efecto lo expedido por sentencia anteriormente.

**2.6.4.1 Procesos de interdicción con sentencia firme y nombramiento de curador para la persona con discapacidad.** De igual modo a lo advertido en el párrafo anterior, se ahondará según lo establecido en el RTSA, que en los supuestos de haber una sentencia firme de interdicción, el juez competente en la etapa de ejecución deberá informar a todas las partes del proceso sobre la implicancia y finalidad del DL N.° 1384, incluyendo al Ministerio Público, otorgando así un plazo no mayor a 15 días hábiles para que la persona con discapacidad declarada interdicta solicite de ser necesario una designación de apoyos y salvaguardias; no obstante, el reglamento presenta como salvedad que de verse imposibilitada de manifestar su voluntad, el proceso de designación puede ser promovido por su curador o cualquier parte procesal.

En vista de ello, pueden darse tres supuestos. El primero trata sobre que una vez solicitado los apoyos, el juez emitirá resolución que declare la restitución de la capacidad jurídica y será el mismo el encargado de reconducir el nuevo proceso de designación iniciado, conforme a las normas prevista en el Código Procesal Civil y el Código Civil referentes a los apoyos y salvaguardias, las cuales se han visto en los apartados precedentes. El segundo, es en el caso la persona con discapacidad exprese no requerir de apoyos, el juez concluirá el proceso, declarando su plena capacidad y dejando sin efectos la interdicción y curatela puesta en su contra. Y el tercero es cuando ninguna de las partes ha respondido positiva o negativamente a la notificación del juez, bajo este supuesto el RTSA señala que el juez de

oficio emitirá una resolución de restitución y designará apoyos con representación restringida de ser necesario, bajo un proceso correspondiente a la materia vista<sup>60</sup>.

Aunado a ello, el nuevo proceso ya sea promovido de parte o de oficio, se tramitará en el mismo juzgado bajo vía de no contenciosos, al cual se le anexará el expediente de interdicción y curatela. Al haberse admitido el proceso de designación de apoyo y salvaguardias se convocará audiencia en plazo de cinco días hábiles; si asisten las partes, el proceso sigue en curso de acuerdo a las normas civiles vistas anteriormente, en caso contrario, el juez resolverá y podrá designar como apoyo provisional al ex curador de la persona con discapacidad, estableciendo como salvaguardias “la prohibición de enajenar bienes, contraer deudas [y] de informar al juzgado sobre las acciones realizadas como apoyo” (RTSA, artículo 3.2.E, punto 7). Por último, el juez está facultado de oficio a supervisar el desempeño e idoneidad del apoyo y el cumplimiento de lo dispuesto en sentencia, así como de iniciar el trámite de medidas cautelares para salvaguardar los derechos de la persona con discapacidad.

Acorde a lo señalado, se observa que a consecuencia de la primera disposición complementaria y transitoria del Decreto Legislativo N.º 1384 todas las personas interdictas con sentencia firme, actualmente son personas plenamente capaces, por consiguiente, uno podría cuestionarse si lo dispuesto es correcto, puesto que una sentencia firme tiene carácter de cosa juzgada, por tanto retrotraer los efectos o dejar sin efectos tal resolución, iría en contra de su inmutabilidad y del principio constitucional previsto en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú<sup>61</sup>, resultando inconstitucional lo ordenado en la disposición complementaria y transitoria. Y así fuese que esto no violase ningún principio, anular la sentencia de interdicción para todos los casos, restituyendo bajo resolución judicial la capacidad de una persona interdicta, no sería lo correcto porque al final se desampararía a una persona que necesita de protección, siendo que ahora ella podrá realizar todos los actos jurídicos, ya sean personales, ordinarios o extraordinarios, de los cuales será plenamente responsable, sin importar la condición o su estado de percepción de la realidad que tengan.

De igual forma a lo aclarado en otras secciones del trabajo no contemplo que la interdicción y la curatela sean instituciones sin ningún error, mucho menos que todas las

---

<sup>60</sup> La representación restringida significa que el juez competente al caso, durante el transcurso del proceso, le otorga facultades limitadas y temporales al apoyo, tales como, “cobro de pensiones o rentas, atención en salud, cuidado de la persona”

<sup>61</sup> Artículo 139.- “[...] 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno [...]”

sentencias correspondientes a esa materia sean justas porque la realidad no es así. Soy consciente que muchas veces se han cometido injusticias, declarando interdictos a personas con discapacidad que, realmente, no necesitaban de un curador, sin embargo, así como hay casos injustos, hay otros en los que la persona si requiere de figuras como la interdicción y la curatela, pues no pueden autogobernarse así se realicen todos los esfuerzos que se consideren necesarios. Por ello, opino que caso distinto hubiese sido si la norma transitoria establecía que sería restituida la capacidad, en su sentido dinámico, e iniciado un nuevo proceso de designación de apoyos y salvaguardias, solo si después de haberse analizado el caso y realizado las diligencias respectivas, el juez observa que la persona con discapacidad así lo requiriese, o incluso si así lo hubiese solicitado la persona interdicta.

**2.6.4.2 Procesos de interdicción en trámite, anteriores a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1384.** A diferencia del proceso con sentencia firme, en este no existe tal pronunciamiento judicial, sino que se trata de procesos en curso, tramitados antes de que el DL N.º 1384 despliegue sus efectos. Según las disposiciones normativas del RTSA, el juez del proceso de interdicción y curatela será competente, también, para adecuarlo y reconducirlo a un proceso de designación de apoyos y salvaguardias por vía no contenciosa, así como, ordenar su trámite conforme al Código Civil y al Código Procesal Civil. Para lograr ello, el reglamento señala que el juez declarará ineficaz el nombramiento del curador procesal que representaba a la persona con discapacidad durante el proceso de interdicción; además, tiene que suspender el trámite del proceso inicial, notificando correspondientemente a las partes procesales para que estas puedan exteriorizar su solicitud de apoyos dentro de un plazo no mayor a 15 día hábiles.

En la misma línea, respecto a la promoción de la solicitud, está es iniciada de parte. En principio, le corresponde únicamente a la persona con discapacidad requerir la designación de apoyos y salvaguardias a su favor, salvo, no pueda manifestar su voluntad. En tales circunstancias, podrán solicitar la transformación y el curso de esta otra parte procesal, sin que esto signifique que pueda realizarse de oficio, puesto que el artículo 3.3.G del RTSA dispone textualmente que “en caso no se haya cumplido con solicitar la continuación del proceso transformado, ni la designación de apoyos, no obstante estar las partes notificadas, se dispondrá la conclusión del proceso, por sustracción de la materia”. A diferencia del anterior tipo de proceso de transformación, según el RTSA, este solo se inicia a petición de parte, no incluye de oficio, por tanto, una vez concluido el proceso y al haberse derogado las disposiciones sobre el discernimiento, deterioro y retardo mental del Código Civil, estas personas sería plenamente capaces para la ejecución de una serie negocios jurídicos, y ahora

sin tener curadores, ni apoyos para resguardar sus bienes o velar por sus derechos, podrían llegar a ser sujetos susceptibles a la manipulación y aprovechamiento de terceros, siendo responsable, a su vez, de los actos que puedan hacerle realizar.

Por otro lado, siguiendo el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, este señala que aquellos procesos tramitados en segunda instancia, en apelación o consulta, la Sala encargada de absolver el grado debe declarar nula la sentencia, disponiendo que el juez de primera instancia proceda con la transformación del proceso; solo si se necesita realizar alguna audiencia o diligencias, podrá encargarse de ello el superior jerárquico aplicando las respectivas normas civiles. Aunado a ello, al igual que en los demás procesos vistos anteriormente, el juez podrá realizar variaciones en los apoyos y salvaguardias de considerarlo pertinente.

Consiguientemente, reafirmando nuestra postura, se reitera lo señalado en el proceso de transformación de sentencia firme; y considero que el legislador ha dejado muchas cuestiones o situaciones en el aire, sin prever una solución para ello, e incluso a causa de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 1384 dejaría desprotegidas a las personas con discapacidad, yendo así en contra de la finalidad de la Convención de 2006, la cual busca garantizar, resguardar y promover los derechos de las mismas.

## **2.7 Los ajustes razonables**

La primera vez que se escuchó hablar acerca de los ajustes razonables fue por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la misma que en su artículo 2 los entiende como las adaptaciones o adecuaciones que resulten necesarias para que la persona con discapacidad puedan gozar de sus derechos y libertades en igualdad de condiciones, asimismo, la Convención señala que tales ajustes deben ser proporcionales al caso en particular, sin que ello implique la imposición de una carga indebida a quien los facilita

Otra connotación, siguiendo la definición anterior de ajustes razonables, es aquella brindada por Ramírez (2018):

Son normas, adecuaciones o facilidades que las instituciones públicas y privadas, incluidos los empleadores, pueden otorgar a la persona con discapacidad y también a la persona que se constituye en apoyo de la persona con discapacidad, siempre que su costo, principalmente económico, no sea irrazonable para el empleador, que van desde el horario de trabajo, adecuaciones en el uso de máquinas, espacios, accesos entre otras (p. 114).

En contraste con los apoyos y las salvaguardias, los ajustes razonables se trataron dentro del sistema jurídico peruano desde el año 2012 con la entrada en vigencia de la LDPD. Desde mi punto de vista, concibo a estos como una figura positiva para la promoción de los derechos de las personas con discapacidad, sin embargo, la sociedad civil ni los legisladores le prestan la atención debida, debiéndole dar un mejor desarrollo para su aplicación, cumplimiento y supervisión. De igual sentido, son medidas políticas y sociales que pueden verse no solo referidas al ejercicio de la capacidad de la persona con discapacidad correspondiente al campo civil, sino al ejercicio en todas las dimensiones que pueda desempeñarse. Por ejemplo, puede verse la aplicación de ajustes razonables en el ámbito laboral, educativo, cultural, administrativo, de transportes o vías de circulación, comercial, entre otros. Por consiguiente, este tema resulta ser demasiado amplio para abordarlo en este trabajo, a lo que solo se ha limitado a brindar la definición y una breve apreciación de los ajustes razonables sin ahondar en mayor detalle.





## Capítulo 3

### Sistemas de protección de personas con discapacidad y personas dependientes en el Derecho comparado

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es uno de los instrumentos internacionales más importante del último milenio, puesto que ha sido adherido y ratificado por un total de 182 países, es más, la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA, en adelante) indica que en el año 2010 la Unión Europea ratificó la Convención de Nueva York, siendo la primera vez que una organización supranacional firma y adhiere un tratado internacional sobre derechos humanos, esto muy aparte de lo realizado individualmente por los países que la conforman, entre ellos Italia, Francia y Alemania, de los cuales me referiré en este capítulo.

Por el contrario, a diferencia del Perú, algunos de los países europeos mencionados a pesar de formar parte de la CDPD han decidido mantener dentro de su legislación civil figuras de representación de voluntades, tales como la *interdizione e inabilitazione*, en Italia; o la *Tutelle y Curatelle*, en Francia. En el caso de Alemania, se regula una asistencia legal, llamada *Rechtliche Betreuung*. Bajo este capítulo se pretende dar a conocer la existencia de otros ordenamientos del Derecho Comparado Europeo, los cuales presentan un sistema mixto respecto a la adopción del modelo social de discapacidad que insta la Convención a adoptar.

#### 3.1 Sistema de protección de personas con discapacidad y personas dependientes en Italia: *Amministrazione di sostegno, inabilitazione e interdizione*

Italia firmó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2007 y la ratificó en el año 2009 (Portal del ACNUDH – Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad). Sin embargo, el sistema de protección para personas con discapacidad se rige en la actualidad por tres figuras jurídicas anteriores a la Convención, reguladas en el *Codice Civile*: la *inabilitazione* o, en español, inhabilitación; la *interdizione* o interdicción; y la *amministrazione di sostegno* o administración de apoyo. Este sistema se caracteriza por ser mixto debido a que combina dos modelos de discapacidad, las dos primeras corresponden al rehabilitador, que a su vez han sido contempladas desde el Código Civil italiano de 1942 y la última, por el contrario, es acorde al modelo social, que se introdujo al ordenamiento civil por la Ley 6/2004, el 06 de enero en el año 2004 (Martín Azcano, 2018).

Continuando con las instituciones de protección, primero, me referiré a la *interdizione*, regulada en el título XII *Delle persone prive in tutto od in parte di autonomia*, capítulo II *Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale*, contenida en los artículos

del 414 al 432 del *Codice Civile*. Este instrumento es el más rígido y menos flexible de los tres, puesto que trae consigo la declaración de una persona como *interdetta*, por ende, la sustitución de su voluntad y decisiones en todos los actos, e incluso los cotidianos, se podría asemejar a lo que era la interdicción civil peruana o incapacitación española, vistas en los capítulos precedentes. No obstante, en el año 2004 se modificó la *interdizione* otorgándole un carácter residual, siendo aplicable, actualmente, solo cuando no exista otra alternativa y resulte necesario e imprescindible para resguardar la protección de las personas dependientes (Martín Azcano, 2018).

Según el artículo 414 del *Codice Civile*, la interdicción presupone para su aplicación que la persona padezca de una enfermedad mental habitual que le incapacite satisfacer sus propios intereses, así como, llevar a cabo actos de la vida ordinaria<sup>62</sup>. Son susceptibles al proceso de interdicción los mayores de edad y aquellos menores que han sido emancipados (*Codice Civile*, artículo 416)<sup>63</sup>; asimismo, quienes tendrán legitimidad activa en este proceso podrán ser el mismo interesado, su cónyuge o conviviente, sus familiares consanguíneos hasta el cuarto grado, los afines hasta el segundo grado, el tutor o el curador y el Ministerio Público (*Codice Civile*, artículo 417)<sup>64</sup>. Cabe advertir que los artículos 416 y 417 son aplicables de igual modo a la *inabilitazione* italiana.

La interdicción se inicia mediante una demanda interpuesta ante el tribunal de justicia ordinario del lugar de residencia de la persona con discapacidad o de aquella que se pretende interdicar. Aunado a ello, la demanda debe señalar los hechos que fundamentan su petitorio, así como los datos personales de las partes del proceso, sujeto activo y pasivo (*Codice di Procedura Civile*, artículo 712)<sup>65</sup>. Luego, una vez admitida la demanda, el juez llamará a audiencia para examinar al presunto incapaz y constatar su imposibilidad de actuar; Martín Azcano (2018) refiere que puede dictarse la interdicción de una persona, omitiéndose la

<sup>62</sup> Art. 414.- *Persones che possono essere interdette.*

“Il maggiore di età e il minore emancipato [c.c. 390], i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione”.

<sup>63</sup> Art. 416.- *Interdizione e inabilitazione nell'ultimo anno di minore età.*

“Il minore non emancipato può essere interdetto o inabilitato nell'ultimo anno della sua minore età. L'interdizione o l'inabilitazione ha effetto dal giorno in cui il minore raggiunge l'età Maggiore”.

<sup>64</sup> Art. 417.- *Istanza d'interdizione o di inabilitazione.*

“L'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse dalle persone indicate negli articoli 414 e 415, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore o curatore ovvero dal pubblico ministero [c.c. 414, 415, 418; c.p.c. 69]. [...]”.

<sup>65</sup> Art. 712.- *Forma della domanda.*

“La domanda per interdizione o inabilitazione si propone con ricorso diretto al tribunale del luogo dove la persona nei confronti della quale è proposta ha residenza o domicilio. Nel ricorso debbono essere esposti i fatti sui quali la domanda è fondata e debbono essere indicati il nome e cognome e la residenza del coniuge o del convivente di fatto, dei parenti entro il quarto grado, degli affini entro il secondo grado e, se vi sono, del tutore o curatore dell'interdicendo o dell'inabilitando”.

audiencia, siempre se traten de casos evidentes y sea poco útil llevarla a cabo, ella menciona el ejemplo de un sujeto en estado de coma. Así también, el juez a cargo está facultado para nombrar un tutor provisional durante el proceso, de considerarlo necesario. Por último, el juez dictará sentencia, la cual puede ser estimatoria, denegatoria o modificatoria; si fuese la primera opción, se declara a la persona *interdetta* y se le nombrará un tutor; de ser la segunda, se sobreentiende que se ha negado la *interdizione*; sin embargo, el juez puede decantarse por la tercera posibilidad, en la que después de haber estudiado y evaluado el caso, el juez decreta no interdicar al sujeto, sino inhabilitarlo, o inclusive, considerar que se trata de un supuesto de *amministrazione di sostegno* y derivar el caso al tribunal competente para que este le asigne un apoyo (*Codice Civile*, artículo 418)<sup>66</sup>.

La sentencia de interdicción surte efectos a partir de su publicación, además debe ser anotada en el Registro Civil correspondiente. Martín Azcano (2018) indica que el tutor cumplirá funciones de “cuidado de la persona, [y de] representación en todos los actos civiles y la administración de sus bienes. [...]” (p. 88). Según el artículo 427 del *Codice Civile* se prevé que pese a haberse declarado la incapacidad, ella no es absoluta, puesto que en la sentencia puede decretarse que la persona interdicta realice actos de administración ordinaria y extraordinaria sin intervención o asistencia de su tutor; sin embargo, la disposición normativa establece que los actos celebrados por la persona con discapacidad posteriores a la sentencia pueden ser anulados a pedido del tutor, del interdicto o sus herederos<sup>67</sup>. En la misma línea, cabe acotar que los *interdetti* en Italia están prohibidos de llevar a cabo actos personalísimos, tales como el matrimonio, el reconocimiento de hijos, la donación bienes y de órganos, la realización de testamento y la administración de bienes conyugales, la única salvedad a la regla la permisión de poder interrumpir su embarazo por parte de las mujeres (Martín Azcano, 2018).

<sup>66</sup> Art. 418.- *Poteri dell'autorità giudiziaria.*

*“Promosso il giudizio di interdizione, può essere dichiarata anche d'ufficio l'inabilitazione per infermità di mente.*

*Se nel corso del giudizio d'inabilitazione si rivela l'esistenza delle condizioni richieste per l'interdizione, il pubblico ministero fa istanza al tribunale di pronunciare l'interdizione, e il tribunale provvede nello stesso giudizio, premessa l'istruttoria necessaria. Se nel corso del giudizio di interdizione o di inabilitazione appare opportuno applicare l'amministrazione di sostegno, il giudice, d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione del procedimento al giudice tutelare. In tal caso il giudice competente per l'interdizione o per l'inabilitazione può adottare i provvedimenti urgenti di cui al quarto comma dell'articolo 405”.*

<sup>67</sup> Art. 427.- *Atti compiuti dall'interdetto e dall'inabilitato.*

*“Nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione, o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore. Gli atti compiuti dall'interdetto dopo la sentenza di interdizione possono essere annullati su istanza del tutore, dell'interdetto o dei suoi eredi o aventi causa. Sono del pari annullabili gli atti compiuti dall'interdetto dopo la nomina del tutore provvisorio, qualora alla nomina segua la sentenza di interdizione. [...]”.*

A diferencia de la *inderdizione*, la *innabilitazione*, conforme a lo dispuesto en las normas civiles, se aplica a los adultos mayores con enfermedad mental no severa, a las personas pródigas, toxicómanas, ebrios habituales y aquellas que tienen discapacidad visual y auditiva de nacimiento o desde la infancia, y no se les hubiese brindado una educación apta para ello (*Codice Civile*, artículo 415)<sup>68</sup>. Respecto al procedimiento procesal y a la competencia de la inhabilitación se aplica la misma normativa que en la interdicción. No obstante, los efectos jurídicos que emanan de una sentencia inhabilitadora son distintos, en este caso la persona mantendrá su capacidad para la realización de actos ordinarios y personales, solo para los de administración extraordinaria necesitará una declaración judicial de por medio, a diferencia de la interdicción que lo requería para ambos supuestos (Martín Azcano, 2018). La misma autora (2018) señala que el curador del inhabilitado:

Cumple una función asistencial [porque] integra la capacidad patrimonial del inhabilitado, acompañándole en la realización de algunos actos de extraordinaria administración. No representa a la persona que asiste, [tampoco tiene] encomendado su cuidado personal [ni supervisar] los actos que pueda realizar por sí sola (p. 92).

Por otro lado, cabe acotar que el artículo 728 del *Codice Civile* establece que los actos ejecutados por una persona que, aunque no haya sido inhabilitada o interdictada, podrán ser anulados a pedido de la misma persona, sus herederos o sucesores, si de ello resulta un perjuicio grave y se ha demostrado que es incapaz permanente o temporal de entender y de querer<sup>69</sup>. A partir de esto, se trae en comparación a la normativa peruana actual, en la que ya no cabe tal posibilidad italiana, puesto que los actos realizados por personas sin capacidad de entendimiento o sin discernimiento, no son anulables, incluso, los que han realizado dichos actos, al ser plenamente capaces, son responsables de los mismos. Por tanto, cabría preguntarse cuál de las dos normativas está resguardando y protegiendo verdaderamente a las personas con discapacidad. Desde mi punto de vista, sería la primera porque se debe recordar que, si bien todas las personas tenemos los mismos derechos y deberes, las condiciones no

<sup>68</sup> Art. 415.- *Personae che possono essere inabilitate.*

*“Il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione [c.c. 414], può essere inabilitato [c.c. 417]. Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordo e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'articolo 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi [c.c.429, 432; c.p.c. 712]”.*

<sup>69</sup> Art. 428.- *Atti compiuti da persona incapace d'intendere o di volere.*

*“Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore.*

son las mismas, por ello, a determinados sectores de la población se les da una mayor protección que a otros, la discapacidad es un ejemplo de ello, siempre y cuando de ella devenga una dependencia total y absoluta de un tercero para velar por sus intereses, la toma de decisiones y la realización de actos.

Habiendo culminado esta sección, me detendré sobre el instrumento de protección de la administración de apoyo o *amministrazione di sostegno*. Tal como se ha advertido previamente esta es una figura que se insertó en el año 2004 en el ordenamiento civil italiano antes de la CDPD; sin embargo, es conforme a lo que refleja en el modelo social de discapacidad porque presenta “una enorme flexibilidad, cuyo objetivo es sacrificar lo menos posible la capacidad del beneficiario para actuar en el tráfico jurídico.” (Martínez, 2020, p.46). Se regula en el título XII *Delle persone prive in tutto od in parte di autonomia*, capítulo I *Dell'amministrazione di sostegno*, en los artículos del 404 al 413 del *Codice Civile*.

En el primer compendio de los artículos se indica que la *amministrazione di sostegno* se interpone cuando las personas por efecto de alguna enfermedad o discapacidad física o mental, se vean imposibilitadas a atender sus intereses, por lo que podrán ser asistidas por un tercer sujeto, denominado apoyo, quien será designado por el Juez tutelar del domicilio o residencia del afectado (*Codice Civile*, artículo 404)<sup>70</sup>. Aunado a ello, para acceder a una administración de apoyo, primero debe solicitarse ante el órgano jurisdiccional competente a través de un recurso, el cual podrá ser promovido por el mismo beneficiario o por aquellas personas responsables de su asistencia como sanitarios y encargados de los servicios sociales, quienes tienen el deber de iniciarlo o comunicarlo al Ministerio Público (*Codice Civile*, artículo 406)<sup>71</sup>.

Adicionalmente, conforme a lo requerido en el artículo 407 del *Codice Civile*, el recurso deberá precisar los datos personales del administrado y del administrador, sus domicilios, los motivos de su petición, y si se conociere, también, el nombre y residencia del cónyuge, conviviente, descendientes y ascendientes del administrado. Una vez admitido el

<sup>70</sup> Art. 404.- *Amministrazione di sostegno*”.

“La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio”.

<sup>71</sup> Art. 406.- *Soggetti*.

“Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, ovvero da uno dei soggetti indicati nell'articolo 417. [...] I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all'articolo 407 o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero”.

recurso, el juez convocará una audiencia con intervención del Ministerio Público, en la cual se escuchará personalmente a quien se pretende dar apoyo, así como deberá tomarse en cuenta que la solicitud sea compatible a sus intereses, exigencias y necesidades que la persona requiere para su protección (*Codice Civile*, artículo 407)<sup>72</sup>.

Este proceso finaliza, según el artículo 705, con la resolución o, mejor llamado, decreto de administración de apoyo, el cual se expedirá dentro de los sesenta y seis días de haberse presentado el recurso, que a su vez deberá ser conforme al caso particular presentado ante el tribunal y a la condición de la persona, por ello en este proceso no hay medidas generales aplicables, esta es una figura flexible y el cargo “del administrador de apoyo resulta mucho más dúctil que las tradicionales del tutor y curador, puesto que puede cumplir una función sustitutiva, asistencial [o] mixta” (Martín Azcano, 2018, p. 98). El decreto contendrá principalmente la duración de la *amministrazione di sostegno*, los actos que el apoyo podrá realizar en nombre y representación del administrado, los actos en los cuales este último necesitará la asistencia del primero. Asimismo, deberá fijarse los límites del administrador y la frecuencia con la que debe informarse al juez sobre la actividad realizada y las condiciones de vida de la persona administrada. Además, si el juez tutelar lo considera oportuno podrá adoptar medidas urgentes para el cuidado personal del beneficiario, al igual que, para la conservación y administración de su patrimonio (*Codice Civile*, artículo 705)<sup>73</sup>.

De esta figura se puede advertir que, a diferencia de la *interdizione* o *innabilitazione*, la administración de apoyo no busca determinar si el sujeto tiene capacidad de ejercicio o no, sino que tiene por objetivo asistir, en algunos representar, a la persona con discapacidad solo

<sup>72</sup> Art. 407.- *Procedimento*.

“Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno deve indicare le generalità del beneficiario, la sua dimora abituale, le ragioni per cui si richiede la nomina dell'amministratore di sostegno, il nominativo ed il domicilio, se conosciuti dal ricorrente, del coniuge, dei discendenti, degli ascendenti, dei fratelli e dei conviventi del beneficiario. Il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa. [...]”.

<sup>73</sup> Art. 405.- “Decreto di nomina dell'amministratore di sostegno. Durata dell'incarico e relativa pubblicità.

Il giudice tutelare provvede entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta alla nomina dell'amministratore di sostegno con decreto motivato immediatamente esecutivo, su ricorso di uno dei soggetti indicati nell'articolo 406. [...]. Qualora ne sussista la necessità, il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio. Può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio indicando gli atti che è autorizzato a compiere. Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione: 1) delle generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno; 2) della durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato; 3) dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario; 4) degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno; 5) dei limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità; 6) della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario. [...]”.

en los actos específicos que ella no pueda realizar. Asimismo, bajo la figura jurídica explicada, a la persona con discapacidad o administrada no se le restringe su capacidad de obrar, por lo que ella podrá efectuar actos personalísimos, ordinarios y de administración extraordinaria, sin la presencia de su apoyo o de una declaración judicial que la habilite, a menos que el decreto establezca lo contrario.

Haciendo un símil con el ordenamiento peruano, la *amministrazione di sostegno* se asemeja con las medidas de apoyos y salvaguardias porque en ambas se intenta “crear un proyecto personalizado o un traje a medida ajustado a las necesidades específicas de cada persona” (Martínez, 2020, p. 47), e incluso, puede solicitarse una administración de apoyo a futuro, tal y como se regula en Perú. No obstante, Italia ha decidido amparar y conservar de forma residual los instrumentos tradicionales porque entiende que pueden presentarse supuestos en los que la administración de determinados actos resulta insuficiente para la protección de la persona, por ende, se necesita de instrumentos con mayor rigidez tales como el curador o el tutor, según sea el caso.

### **3.2 Sistema de protección de personas con discapacidad y personas dependientes en Francia**

Francia firmó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2007 y se adhirió a ella en el 2010 (Portal del ACNUDH – Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad). De igual modo, este Estado parte en su informe del año 2016 dirigido al Comité, que supervisa el cumplimiento de la Convención, precisa lo siguiente:

La legislación francesa, al igual que el artículo 12 de la Convención, distingue entre capacidad jurídica y personalidad jurídica: Se entiende por personalidad jurídica la capacidad de ser titular de derechos: toda persona, sufra o no una alteración de sus facultades, sea menor o mayor de edad, esté o no sujeta a una medida de protección, es titular de derechos. La capacidad jurídica, por otra parte, se refiere a la capacidad de ejercer esos derechos. Las personas con discapacidad pueden beneficiarse de una medida de protección jurídica, que puede dar lugar a una restricción más o menos extensa de la capacidad jurídica, sin que por ello afecte a su personalidad jurídica (Informe CRPD/C/FRA/1, 2016, p. 22).

De lo citado, se advierte que Francia sí permite la restricción de la capacidad jurídica o como, bajo este trabajo se ha denominado, la dimensión dinámica o la capacidad de ejercicio de las personas. Las medidas de protección referentes en el informe representan un sistema mixto entre el modelo de rehabilitador y el modelo social de discapacidad, estas son

principalmente la *sauvegarde de justice* o salvaguardia de justicia, la *curatelle* y la *tutelle*; sin embargo, existen otras figuras como el *mandat de protection future* y *l'habilitation familiale*, además de los apoyos sociales y judiciales, que nombraré brevemente más adelante. Cabe señalar que el derecho francés aplica estas figuras a las personas dependientes y adultas mayores que lo requieran, dentro de este grupo pueden encontrarse las personas con discapacidad, por tanto, se encuentran reguladas en el título XI, del Libro de *Des personnes* del *Code Civil*, llamado *De la majorité et des majeurs protégés par la loi*.

### 3.2.1 *Medidas de protección jurídica: sauvegarde de justice, curatelle y tutelle*

El sistema franco civil prevé en su código una regla general para la aplicación de las medidas de protección jurídicas que, conforme a una evaluación de la persona realizada por el juez de tutelas, se fijará qué instrumento es el que corresponde. Esta norma señala que cualquier persona que esté impedida de satisfacer sus intereses personales y propios debido a un deterioro mental o corporal, certificado médicamente, que le imposibilite o dificulte su manifestación de voluntad, podrá aplicársele en favor de ella las medidas de protección legal como la salvaguardia de justicia, la curatela o la tutela (*Code Civil*, artículo 425)<sup>74</sup>. De igual forma, estas figuras se aplican en virtud de los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad por tres motivos: (i) se imponen solo si el caso y la persona así lo requiere; (ii) el dictado y la adopción de las medidas depende exclusivamente de un juez, así como de la graduación de las mismas; y (iii) estas deben ser pertinentes y proporcionales al supuesto en concreto (*Code Civil*, artículo 428)<sup>75</sup>.

Otras disposiciones generales del compendio civil normativo respecto a las *mesures de protection juridique* son las reguladas en los artículos 430, 431 y 432. El primero de ellos señala quiénes están facultados para accionar una medida de protección ante un juez de tutelas, estos son la propia persona protegida, su cónyuge, su conviviente o su pareja, la persona que ejerza una figura de protección en su favor; así también, podrán tener legitimación activa los parientes o una persona que tenga vínculos estables y cercanos con el

<sup>74</sup> Art. 425.- “Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. [...]”

<sup>75</sup> Art. 428.- *La mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par la mise en œuvre du mandat de protection future conclu par l'intéressé, par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429 ou, par une autre mesure de protection moins contraignante. La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé”.*

protegido, e incluso el Ministerio Público de oficio o de parte (*Code Civil*, artículo 430)<sup>76</sup>. El segundo dispone que se declarara inadmisibile aquella demanda que no esté acompañada por un certificado detallado por médico elegido dentro de la lista realizada por el fiscal a cargo del caso (*Code Civil*, artículo 431)<sup>77</sup>. El último artículo refiere que el juez dictaminará qué instrumento jurídico de protección corresponde al caso una vez escuchada en audiencia a la persona, quien podrá ir acompañada de su abogado o de otra persona a su elección; sin embargo, el juez tiene la posibilidad de prescindir de este acto cuando considere que ello podría perjudicar la salud de la persona protegida o esta no pueda expresar por ningún medio su voluntad (*Code Civil*, artículo 432)<sup>78</sup>.

Prosiguiendo con la explicación de las mesures de protection juridique y yendo a disposiciones más específicas de las mismas. Primero, me detendré en la *sauvegarde de justice* que tiene por finalidad, según Schütz (2016), resguardar la capacidad de la persona con discapacidad o adulta mayor, por lo tanto, la representación que podría derivar de ella es solo residual y utilizado únicamente para actos determinados por el juez, incluyendo a los de disposición. En la misma línea, esta figura está regulada en la tercera sección del capítulo citado anteriormente, denominada como De la *sauvegarde de justice* y comprendida por los artículos del 433 al 439 del *Code Civil*.

El artículo 433 precisa que el juez podrá sujetar a una persona bajo salvaguardia de justicia solo si ella cumple con lo establecido en el artículo 425 y necesite temporalmente de una protección jurídica o de la representación de un tercero para la ejecución de actos jurídicos en específico; el juez está facultado para dictar *sauvegardes* durante la tramitación de procesos de tutela o curatela (*Code Civil*, artículo 433)<sup>79</sup>. Por añadidura, este instrumento puede resultar de una declaración elaborada por el Ministerio Público, siempre que vaya

<sup>76</sup> Art. 430.- “La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique. Elle peut être également présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers”.

<sup>77</sup> Art. 431.- “La demande est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République. Ce médecin peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger [...]”.

<sup>78</sup> Art. 432.- “Le juge statue, la personne entendue ou appelée. L'intéressé peut être accompagné par un avocat ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix. Le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté”.

<sup>79</sup> Art. 433.- “Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés. Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l'instance. [...]”.

acompañada del asentimiento de un psiquiatra y haya sido solicitada por el médico del establecimiento público donde se encuentre la persona protegida, ya sea en un hospital militar, centro de salud o alojada en un asilo para adultos mayores (*Code de la santé publique*, artículo L. 3211 – 6)<sup>80</sup>.

Por otra parte, si bien se intenta preservar el ejercicio de la capacidad de la persona mediante las salvaguardias, el artículo 435 indica que la persona protegida no podrá realizar, bajo sanción de nulidad, aquellos actos designados a un tercero para que actúe en representación de ella; en caso los hubiese realizado antes de la entrada en vigencia de la salvaguardia de justicia, estos actos podrán ser rescindidos o reducidos ante un perjuicio causado a la persona protegida. Asimismo, esta norma dispone que los tribunales tendrán en cuenta la utilidad de la acción, la importancia del patrimonio y la buena o mala fe de la parte con quien se ha celebrado el acto jurídico; la acción de nulidad, rescisión o reducción solo le corresponde a la persona salvaguardada y prescribe a los cinco años computados a partir de la ejecución del acto (*Code Civil*, artículo 435)<sup>81</sup>. En contraste a ello, se observa lo ordenado en el sistema civil peruano, en el cual no se sanciona con nulidad ni anulabilidad los actos realizados por personas que cuentan con apoyos, así ellas no sean capaces de percibir la realidad consciente y correctamente; en Francia por el contrario, además de lo citado, se conserva el artículo 414-1 del *Code Civil*, el cual prevé que para la validez de un acto jurídico se requiere que la persona esté en sano juicio, de lo contrario serán nulos si se presenta un certificado médico que acredite el trastorno mental al momento de producido el hecho (*Code Civil*, artículo 414-1)<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Art. L. 3511 – 6.- “Le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre. Lorsqu'une personne est soignée dans un établissement de santé ou un hôpital des armées ou hébergée dans un établissement social ou médico-social, le médecin est tenu, s'il constate que cette personne se trouve dans la situation prévue à l'alinéa précédent, d'en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice. Le représentant de l'Etat dans le département doit être informé par le procureur de la mise sous sauvegarde”.

<sup>81</sup> Art. 435.- “La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437. Les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. L'action en nullité, en rescision ou en réduction n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 2224”.

<sup>82</sup> Art. 414 – 1.- “Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte”.

Para dar por culminada esta medida de protección, se advierte que el tercero a cargo de la salvaguardia debe rendir cuentas e informar al juez sobre el cumplimiento del mandato judicial (*Code Civil*, artículo 437)<sup>83</sup>. Respecto al término de la *sauvegarde de justice*, no podrá excederse al año de vigencia, pudiendo renovarse solo una vez según lo normado en el código; de igual forma, el juez o el fiscal levantarán la medida cuando se haya verificado el cese de la necesidad de protección temporal, o si se ha anulado la declaración presentada por el Ministerio Público; también finaliza la salvaguardia cuando entra en vigor un nuevo instrumento de protección como la tutela o la curatela (*Code Civil*, artículo 439)<sup>84</sup>.

A continuación, me centraré en la tutela y la curatela francesa, figuras que pese a ser distintas en su esencia, comparten muchas disposiciones normativas, por lo que se tratarán conjuntamente bajo este apartado, resaltando sus diferencias entre ellas. Antes de iniciar la explicación de las medidas cabe acotar que, en contraste al ordenamiento peruano, en el cual la tutela es aplicada solo a menores de edad por causales expresas en el código civil del país, en Francia existen dos clases de tutelas, una dirigida a menores y otra para personas adultas, esta última se aplica como última *ratio*, solo si las demás medidas de protección resultan insuficientes para la persona que se intenta proteger, tenga o no discapacidad. De igual modo, realizando un símil entre los sistemas jurídicos, se observa que la curatela peruana sería lo más parecido a la *tutelle* francesa, aun así, en Francia la *curatelle* es una figura bastante atenuada, que se limita a la asistencia y representación, si así se requiriese, de determinados actos en favor de la persona protegida.

La tutela y la curatela son instrumentos que se encuentran regulados en la sección cuarta del capítulo de las medidas de protección jurídicas, llamado De la curatelle et de la tutelle, que abarca los artículos del 440 al 476 del *Code Civil*. El primero de ellos indica que, la curatela se establece únicamente cuando habiendo cumplido lo prescrito en el artículo 425, la *sauvegarde de justice* no garantiza una protección suficiente para la persona; por otro lado, para la tutela se agrega que, además de la insuficiencia de las figuras anteriores, la persona

<sup>83</sup> Art. 437.- “[...]. Le mandataire spécial est tenu de rendre compte de l’exécution de son mandat à la personne protégée et au juge dans les conditions prévues aux articles 510 à 515”.

<sup>84</sup> Art. 439.- “Sous peine de caducité, la mesure de sauvegarde de justice ne peut excéder un an, renouvelable une fois dans les conditions fixées au quatrième alinéa de l’article 442. Lorsque la sauvegarde de justice a été prononcée en application de l’article 433, le juge peut, à tout moment, en ordonner la mainlevée si le besoin de protection temporaire cesse. Lorsque la sauvegarde de justice a été ouverte en application de l’article 434, elle peut prendre fin par déclaration faite au procureur de la République si le besoin de protection temporaire cesse ou par radiation de la déclaration médicale sur décision du procureur de la République. Dans tous les cas, à défaut de mainlevée, de déclaration de cessation ou de radiation de la déclaration médicale, la sauvegarde de justice prend fin à l’expiration du délai ou après l’accomplissement des actes pour lesquels elle a été ordonnée. Elle prend également fin par l’ouverture d’une mesure de curatelle ou de tutelle à partir du jour où la nouvelle mesure de protection juridique prend effet”.

protegida a causa de su condición deba estar representada ininterrumpidamente en la realización de sus actos civiles (*Code Civil*, artículo 440)<sup>85</sup>. De igual manera, ambos instrumentos, según el artículo 447, son designados por un juez de tutelas mediante un proceso de curaduría o tutoría, quien deberá atender la situación particular de la persona, las aptitudes de los interesados, los bienes a administrar y el número de curadores o tutores necesarios para el ejercicio de la medida de protección, incluso, la norma señala que el juez competente está facultado a dictar la división de la medida, es decir, un tutor o curador será el responsable de la protección de la persona y otro, el encargado de su administración patrimonial (*Code Civil*, artículo 447)<sup>86</sup>.

El código civil francés permite que en caso exista una designación previa sobre el responsable de la tutela o curatela, tal decisión sea vinculante para el juez, salvo la persona elegida haya rechazado el cargo o se vea imposibilitada de ejercerlo (*Code Civil*, artículo 448)<sup>87</sup>, ante esto el magistrado deberá dictaminar teniendo en cuenta los sentimientos de la persona protegida, sus relaciones recurrentes y habituales, así como sus vínculos cercanos y las recomendaciones e intereses de los mismos, pudiendo designar como curador o tutor a su cónyuge o conviviente, a un familiar, un aliado o alguien que resida con él o ella (*Code Civil*, artículo 449)<sup>88</sup>. Si la persona adulta mayor o con discapacidad se encuentra dentro de un establecimiento social o un sanatorio, el juez podrá nombrar como curador o tutor a quien esté a cargo del lugar, cuyas funciones no se limitan solo a lo patrimonial, sino que pueden

<sup>85</sup> Art. 440.- “La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante. La personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle. La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante”.

<sup>86</sup> Art. 447.- “Le curateur ou le tuteur est désigné par le juge. Celui-ci peut, en considération de la situation de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs curateurs ou plusieurs tuteurs pour exercer en commun la mesure de protection. Chaque curateur ou tuteur est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation. Le juge peut diviser la mesure de protection entre un curateur ou un tuteur chargé de la protection de la personne et un curateur ou un tuteur chargé de la gestion patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un curateur ou à un tuteur adjoint. [...]”.

<sup>87</sup> Art. 448.- “La désignation par une personne d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle s'impose au juge, sauf si la personne désignée refuse la mission ou est dans l'impossibilité de l'exercer ou si l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter. En cas de difficulté, le juge statue. [...]”.

<sup>88</sup> Art. 449.- “A défaut de désignation faite en application de l'article 448, le juge nomme, comme curateur ou tuteur, le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure. A défaut de nomination faite en application de l'alinéa précédent et sous la dernière réserve qui y est mentionnée, le juge désigne un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables. Le juge prend en considération les sentiments exprimés par celui-ci, ses relations habituelles, l'intérêt porté à son égard et les recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage”.

extenderse a la protección del ámbito personal (*Code Civil*, artículo 451)<sup>89</sup>. No obstante, de tratarse de médicos, farmacéuticos y auxiliares de la medicina, la norma civil dispone que ellos están impedidos de ser nombrados curadores o tutores de sus pacientes, igualmente no podrá ejercer tales cargos el fiduciario frente al fideicomitente (*Code Civil*, artículo 445)<sup>90</sup>, la excepción se justifica porque existen intereses personales mediados entre las partes, lo cual podría causar un abuso de las medidas de protección y un perjuicio al adulto mayor o persona con discapacidad.

Respecto al alcance, duración, obligaciones y condiciones de la tutelle y curatelle, el juez tutelar o el consejo de familia<sup>91</sup>, de haberse constituido, serán quienes fijen ello, tras la verificación del certificado médico, la celebración de una audiencia y recabado las diligencias necesarias antes de la designación puesta en una sentencia. En vista de ello, el curador o tutor está obligado a informar acerca de toda actuación realizada o asistida en favor del protegido (*Code Civil*, artículo 463)<sup>92</sup>; asimismo, debe proporcionarle a su curado o tutelado un informe sobre su situación y/o estado actual, los actos de representación que ejecutará, su grado de urgencia y las consecuencias que devengan de la negativa por su parte (*Code Civil*, artículo 457-1)<sup>93</sup>. En igual sentido, el juez y el fiscal ejercerán funciones de supervisión general a las actividades ejercidas por el responsable, pudiendo visitar tanto a la persona protegida como a quienes la tienen a cargo con la finalidad de constatar el cumplimiento óptimo de las medidas de protección (*Code Civil*, artículo 416)<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> Art. 451.- “*Si l'intérêt de la personne hébergée ou soignée dans un établissement de santé ou dans un établissement social ou médico-social le justifie, le juge peut désigner, en qualité de curateur ou de tuteur, une personne ou un service préposé de l'établissement inscrit sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs au titre du 1 ou du 3 de l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles, qui exerce ses fonctions dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. La mission confiée au mandataire s'étend à la protection de la personne, sauf décision contraire du juge*”.

<sup>90</sup> Art. 445.- “*Les charges curatélaires et tutélaires sont soumises aux conditions prévues pour les charges tutélaires des mineurs par les articles 395 à 397. Toutefois, les pouvoirs dévolus par l'article 397 au conseil de famille sont exercés par le juge en l'absence de constitution de cet organe. Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux ne peuvent exercer une charge curatélair ou tutélair à l'égard de leurs patients. Le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie ne peut exercer une charge curatélair ou tutélair à l'égard du constituant*”.

<sup>91</sup> El consejo de familia es un grupo organizado por el juez de tutelas solo cuando las necesidades de protección personal y patrimonial lo justifiquen. El juez designa a los familiares de la persona protegida teniendo en consideración los sentimientos manifestados por la misma, sus relaciones parentales o amicales y las recomendaciones dadas por sujetos cercanos al protegido (*Code Civil*, artículo 456).

<sup>92</sup> Art. 463.- “*A l'ouverture de la mesure ou, à défaut, ultérieurement, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué décide des conditions dans lesquelles le curateur ou le tuteur chargé d'une mission de protection de la personne rend compte des diligences qu'il accomplit à ce titre*”.

<sup>93</sup> Art. 457-1.- “*La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part*”.

<sup>94</sup> Art. 416.- “*Le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort. Ils peuvent visiter ou faire visiter les personnes protégées et celles*

Por otra parte, el magistrado está impedido a fijar una medida excedente a los cinco años de duración, salvo se trate de una tutela en la que las facultades del protegido no muestran mejora ni recuperación, en esos casos, podrá dictarse una protección no superior a los 10 años (*Code Civil*, artículo 441)<sup>95</sup>. Aun así, el ordenamiento civil francés permite que todas las *mesures de protection juridique* puedan renovarse por la misma cantidad de tiempo, a menos se presenta una situación severa y motivada por un médico que requiera ampliar el plazo de duración de la medida, pudiendo ser ello no mayor a 20 años. En la misma línea, el juez está habilitado para dar por terminada la tutoría o curaduría, modificarlas e inclusive sustituirlas por una figura más rígida o atenuada según las circunstancias (*Code Civil*, artículo 442)<sup>96</sup>. Añadiendo a lo citado, la *tutelle* y la *curatelle* finalizan por distintas causales, por ejemplo, a falta de renovación, por vencimiento de plazo fijado, por sentencia que levante la medida de protección jurídica, al fenecimiento del protegido o cuando este último resida fuera del territorio nacional, lo cual dificulte el control y supervisión del instrumento (*Code Civil*, artículo 443)<sup>97</sup>.

En razón a los efectos jurídicos derivados de la tutela y curatela, estos se despliegan una vez dictada y publicada la sentencia por el juez competente; en principio los actos sujetos a representación y/o asistencia son meramente patrimoniales, puesto que el protegido es quien toma las decisiones respecto a su persona; por ejemplo, el lugar donde quiere residir o el mantener relaciones interpersonales con familiares y terceros.

Ahora bien, esto no siempre es así ya que Francia hace una distinción entre los actos de simple consentimiento y los actos que impliquen estrictamente consentimiento. Los primeros, según Schütz (2016), dependen exclusivamente de la aquiescencia de la persona

---

*qui font l'objet d'une demande de protection, quelle que soit la mesure prononcée ou sollicitée. Les personnes chargées de la protection sont tenues de déférer à leur convocation et de leur communiquer toute information qu'ils requièrent”.*

<sup>95</sup> Art. 441.- “Le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder cinq ans. Le juge qui prononce une mesure de tutelle peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 constatant que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrites à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, fixer une durée plus longue, n'excédant pas dix ans”.

<sup>96</sup> Art. 442.- “Le juge peut renouveler la mesure pour une même durée. Toutefois, lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrite à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431, renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine, n'excédant pas vingt ans. Le juge peut, à tout moment, mettre fin à la mesure, la modifier ou lui substituer une autre mesure prévue au présent titre, après avoir recueilli l'avis de la personne chargée de la mesure de protection”.

<sup>97</sup> Art. 443.- “La mesure prend fin, en l'absence de renouvellement, à l'expiration du délai fixé, en cas de jugement de mainlevée passé en force de chose jugée ou en cas de décès de l'intéressé. Sans préjudice des articles 3 et 15, le juge peut également y mettre fin lorsque la personne protégée réside hors du territoire national, si cet éloignement empêche le suivi et le contrôle de la mesure”.

protegida, pero en la medida su estado lo permita; es decir, que si el protegido no se encuentra en una condición favorable para su autodeterminación, el magistrado o el consejo de familia preverán la asistencia de un curador en aquellos actos personales que así lo requieran e incluso mediante autorización judicial se habilitará al tutor para representar a la persona, pudiendo solo prescindir de ello cuando la situación atente la vida e integridad del tutelado, ello se aprecia específicamente en el artículo 459 del *Code Civil*<sup>98</sup>. En cambio, la misma autora refiere que, los segundos son actos que por su naturaleza no podrán estar bajo asistencia o representación, por tanto, al existir una alteración grave en las facultades del protegido están prohibidos de realizarse, estas acciones se encuentran normadas en el artículo 458 *Code Civil* y corresponden a la declaración de nacimiento, reconocimiento filial, actos de patria potestad, elección o modificación del nombre de un niño y la adopción (*Code Civil*, artículo 458)<sup>99</sup>.

Por último, cabe precisar que una vez vigentes las medidas de protección, la persona protegida no podrá realizar los actos enumerados en la sentencia y previstos por ley sin la asistencia de su curador, igualmente, de estar sujeto a tutela, su responsable lo representará en todos los actos de vida civil, a excepción de los citados anteriormente, de no cumplir ello los actos serán sancionados con nulidad, rescisión o reducción, según lo indicado en el artículo 465 del *Code Civil*<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Art. 459.- “Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après le prononcé d'une habilitation familiale ou l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser la personne chargée de cette habilitation ou de cette mesure à représenter l'intéressé, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle. Sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision, à leur demande ou d'office. Toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée. La personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué”.

<sup>99</sup> Art. 458.- “Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant”.

<sup>100</sup> Art. 465.- “A compter de la publicité du jugement d'ouverture, l'irrégularité des actes accomplis par la personne protégée ou par la personne chargée de la protection est sanctionnée dans les conditions suivantes: 1° Si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste sujet aux actions en rescision ou en réduction prévues à l'article 435 comme s'il avait été accompli par une personne placée sous sauvegarde de justice, à moins qu'il ait été expressément autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué;

### 3.2.2 *Medidas de protección jurídica: mandat de protection future, l'habilitation familiale y otras figuras de apoyo*

Además de los instrumentos vistos en el apartado precedente, la legislación francesa regula otras medidas llamadas en español el mandato de protección futura y la habilitación familiar, las cuales se encuentran reguladas a su vez en el *Code Civil* en el capítulo II *Des mesures de protection juridique des majeurs* del libro de personas. La primera de ellas está regulada por los artículos del 477 al 494 y la segunda del 494-1 al 494-12. Ambas serán tratadas brevemente, puesto que no son materia de esta investigación: sin embargo, considero importante introducirlas para mostrar un panorama más amplio de todas las figuras que utiliza el derecho francés para la protección de personas con discapacidad.

El *mandat de protection future*, conforme al artículo 477, podrá ser efectuado por toda persona con mayoría de edad o menor emancipado, no sujeto a tutela o habilitación familiar, con la finalidad de designar a una o más personas para que la represente en un futuro, en caso la primera ya no pueda satisfacer sus propios intereses y cumpla lo previsto en el artículo 425 del *Code Civil*. Asimismo, la curatela no es impedimento para solicitar un mandato futuro, siempre que se realice con asistencia de su curador. En adición a ello, este acto puede llevarse a cabo vía notarial o por documento privado firmado por abogado de la parte solicitante (*Code Civil*, artículo 477)<sup>101</sup>, no obstante, es imperativa su publicación mediante la inscripción en el registro especial que regula y protege el Consejo de Estado francés (*Code Civil*, artículo 477-1)<sup>102</sup>.

En la misma línea, este instrumento entra en vigor a partir del momento en el que el mandante se encuentre imposibilitado de proveerse por sí mismo y así se le haya notificado al mandatario, por lo que este último deberá presentarse ante el Registro del tribunal judicial con el mandato y un certificado médico que acredite la situación de la persona que se intenta

---

2° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice; 3° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice; 4 Si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice. [...]”.

<sup>101</sup> Art. 477.- “Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur. [...]. Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié”.

<sup>102</sup> Art. 477-1.- “Le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'Etat”.

proteger; luego, el secretario sellará y colocará la fecha de entrada en vigencia en el mandato futuro, y se lo devolverá a su mandatario (*Code Civil*, artículo 481)<sup>103</sup>. Respecto a los actos que se podrán realizar en representación y los que no, así como las obligaciones, efectos y quién es susceptible a ser mandatario, se aplicarán subsidiariamente los artículos referentes a la *curatelle*, *tutelle* y *sauvegarde de justice*. Aun así, cabe indicar que el mandato se limita a los actos puestos en él y a todos aquellos en los que el tutor podría realizar sin autorización judicial como los de gestión del patrimonio, caso contrario el mandatario deberá solicitar a un juez tutelar que le autorice la ejecución de tales actos (*Code Civil*, artículo 493)<sup>104</sup>.

Adicionalmente, el *mandat de protection future* finaliza por las siguientes causales puestas en el artículo 483 del *Code Civil*: (i) a solicitud del mandante o del responsable por el restablecimiento de las facultades personales del primero de ellos, (ii) por habersele dictado tutoría o curadoría a cualquiera de las partes del mandato, (iii) por el fallecimiento de los mismos, (iv) a causa de incumplimiento del mandato, (v) por el sobreseimiento judicial del mandato al no cumplirse los presupuestos del artículo 425 y (vi) cuando el cumplimiento del acto pueda poner en riesgo los intereses del mandante (*Code Civil*, artículo 483)<sup>105</sup>. Ahondando en la segunda causal, el juez de tutelas está facultado a modificar el mandato futuro por otras medidas de protección solo cuando el primero no permita proteger suficientemente los intereses personales y/o patrimoniales de la persona (*Code Civil*, artículo 485)<sup>106</sup>.

En otro orden de las cosas, la habilitación familiar es un instrumento jurídico de protección aplicado cuando a causa de un deterioro físico o mental médicamente establecido

<sup>103</sup> Art. 486.- “Le mandat prend effet lorsqu’il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Celui-ci en reçoit notification dans les conditions prévues par le code de procédure civile. A cette fin, le mandataire produit au greffe du tribunal judiciaire le mandat et un certificat médical émanant d’un médecin choisi sur la liste mentionnée à l’article 431 établissant que le mandant se trouve dans l’une des situations prévues à l’article 425. Le greffier vise le mandat et date sa prise d’effet, puis le restitue au mandataire”.

<sup>104</sup> Art. 493.- “Le mandat est limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu’un tuteur peut faire sans autorisation. Si l’accomplissement d’un acte qui est soumis à autorisation ou qui n’est pas prévu par le mandat s’avère nécessaire dans l’intérêt du mandant, le mandataire saisit le juge des tutelles pour le voir ordonner”.

<sup>105</sup> Art. 483.- “Le mandat mis à exécution prend fin par: 1° Le rétablissement des facultés personnelles de l’intéressé constaté à la demande du mandant ou du mandataire, dans les formes prévues à l’article 481; 2° Le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure; 3° Le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection ou sa déconfiture; 4° Sa révocation prononcée par le juge des tutelles à la demande de tout intéressé, lorsqu’il s’avère que les conditions prévues par l’article 425 ne sont pas réunies, ou lorsque l’exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant. [...]”.

<sup>106</sup> Art. 485.- “Le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique dans les conditions et selon les modalités prévues aux sections 1 à 4 du présent chapitre. Lorsque la mise en oeuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d’application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat. [...]”.

una persona no puede velar por sus propios intereses. Bajo esta medida, a diferencia de la otras expuestas, el juez de tutelas solo puede autorizar a parientes del protegido, tales como, ascendientes, descendiente, hermanos, cónyuge o conviviente para que lo asistan gratuitamente y tengan la facultad de realizar actos en su representación a fin de asegurar sus intereses patrimoniales y personales (*Code Civil*, artículo 494-1)<sup>107</sup>, pudiendo la persona conservar su capacidad de ejercicio de aquellos derechos y/o actos que no hayan sido encomendados a su familiar responsable (*Code Civil*, artículo 494-8)<sup>108</sup>. Análogamente, el magistrado solamente dictará la habilitación en caso de necesidad y resulten insatisfactorias las normas relativas de representación, de los derechos y deberes del cónyuge o las estipulaciones del *mandat de protection future* (*Code Civil*, artículo 494-2)<sup>109</sup>.

*L'habilitation familiale* puede ser demandada por la misma persona adulta mayor o con discapacidad, por alguno de los mencionados en el artículo 494-1 o por el Ministerio público. Esta solicitud se presenta, investiga y dictamina conforme a las disposiciones del *Code de Procédure Civile* y las señaladas para las salvaguardias de justicia (*Code Civil*, artículo 494-3). Por ello, al igual que las demás figuras de protección, una vez admitida la demanda de habilitación familiar se convoca a audiencia para escuchar a las partes, especialmente a quien se intenta proteger. Podrá prescindirse de ello, cuando el juez considere, mediante decisión motivada y asesorada clínicamente, que tal acto pone en peligro la salud de la persona o si esta está imposibilitada de hacerlo (*Code Civil*, artículo 494-4)<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> Art. 494-1.- “Lorsqu’une personne est dans l’impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d’une altération, médicalement constatée soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l’expression de sa volonté, le juge des tutelles peut habiliter une ou plusieurs personnes choisies parmi ses ascendants ou descendants, frères et sœurs ou, à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux, le conjoint, le partenaire auquel elle est liée par un pacte civil de solidarité ou le concubin à la représenter, à l’assister dans les conditions prévues à l’article 467 ou à passer un ou des actes en son nom dans les conditions et selon les modalités prévues à la présente section et à celles du titre XIII du livre III qui ne lui sont pas contraires, afin d’assurer la sauvegarde de ses intérêts. La personne habilitée doit remplir les conditions pour exercer les charges tutélaires. Elle exerce sa mission à titre gratuit”.

<sup>108</sup> Art. 494-8.- “La personne à l’égard de qui l’habilitation a été délivrée conserve l’exercice de ses droits autres que ceux dont l’exercice a été confié à la personne habilitée à la représenter en application de la présente section. [...]”.

<sup>109</sup> Art. 494-2.- “La demande aux fins de désignation d’une personne habilitée peut être présentée au juge par la personne qu’il y a lieu de protéger, par l’une des personnes mentionnées à l’article 494-1 ou par le procureur de la République à la demande de l’une d’elles. La demande est introduite, instruite et jugée conformément aux règles du code de procédure civile et dans le respect des dispositions des articles 429 et 431. La désignation d’une personne habilitée est également possible à l’issue de l’instruction d’une requête aux fins d’ouverture d’une mesure de protection judiciaire ou lorsque, en application du troisième alinéa de l’article 442, le juge des tutelles substitue une habilitation familiale à une mesure de curatelle ou de tutelle”.

<sup>110</sup> Art. 494-4.- “La personne à l’égard de qui l’habilitation est demandée est entendue ou appelée selon les modalités prévues au premier alinéa de l’article 432. Toutefois, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis du médecin mentionné à l’article 431, décider qu’il n’y a pas lieu de procéder à son audition si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou si la personne est hors d’état de s’exprimer. Le juge s’assure de l’adhésion ou, à défaut, de l’absence d’opposition légitime à la mesure d’habilitation et au choix de la personne habilitée des proches mentionnés à l’article 494-1 qui entretiennent des liens étroits et

En la misma línea, la autoridad judicial competente será quién elegirá al responsable, los alcances y límites de la habilitación familiar; en caso esta no brinde la protección adecuada, se ordenará una tutela o curatela en favor de la persona (*Code Civil*, artículo 494-5)<sup>111</sup>. Además, en cualquier momento, después de haber oído a la persona resguardada, tiene la potestad de modificar o dar por terminada la autorización (*Code Civil*, artículo 494-10)<sup>112</sup>.

A través de la habilitación familiar, el juez puede dictar autorizaciones parciales respecto a uno o más actos patrimoniales y/o personales, o generales, que implica abarcar todos los actos que una persona podría ejecutar. En relación a la última, su duración no puede exceder a los 10 años, pudiendo renovarse por la misma cantidad de tiempo o hasta los 20 años cuando, bajo asentimiento médico y decisión judicial motivada la alteración de las facultades físicas o mentales de la persona protegida no han mejorado (*Code Civil*, artículo 494-6)<sup>113</sup>. Por otra parte, una vez dictada la medida, el artículo 494-9 dispone que serán sancionados con nulidad de pleno derecho, sin ser necesario que se justifique algún perjuicio, todos los actos realizados en solitario por el protegido, que han sido encomendados a su responsable, así como, los ejecutados por el familiar sin autorización judicial mediante. Los actos que requieran la asistencia, mas no la representación del autorizado, serán anulados solo si se llegase a acreditar que la persona protegida ha sufrido algún daño por su propio actuar.

---

*stables avec la personne ou qui manifestent de l'intérêt à son égard et dont il connaît l'existence au moment où il statue”.*

<sup>111</sup> Art. 494-5.- “Le juge statue sur le choix de la personne habilitée et l'étendue de l'habilitation en s'assurant que le dispositif projeté est conforme aux intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, personnels de l'intéressé. Si l'habilitation familiale sollicitée ne permet pas d'assurer une protection suffisante, le juge peut ordonner une des mesures de protection judiciaire mentionnées aux sections 3 et 4 du présent chapitre”.

<sup>112</sup> Art. 494-10.- “[...]. Saisi à cette fin dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 494-3, le juge peut, à tout moment, modifier l'étendue de l'habilitation ou y mettre fin, après avoir entendu ou appelé la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée, dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 494-4 ainsi que la personne habilitée”.

<sup>113</sup> Art. 494-6.- “L'habilitation peut porter sur: – un ou plusieurs des actes que le tuteur a le pouvoir d'accomplir, seul ou avec une autorisation, sur les biens de l'intéressé; – un ou plusieurs actes relatifs à la personne à protéger. Dans ce cas, l'habilitation s'exerce dans le respect des dispositions des articles 457-1 à 459-2 du code civil. [...]. Si l'intérêt de la personne à protéger l'implique, le juge peut délivrer une habilitation générale portant sur l'ensemble des actes ou l'une des deux catégories d'actes mentionnés aux deuxième et troisième alinéas. [...]. En cas d'habilitation générale, le juge fixe une durée au dispositif sans que celle-ci puisse excéder dix ans. Statuant sur requête de l'une des personnes mentionnées à l'article 494-1 ou du procureur de la République saisi à la demande de l'une d'elles, il peut renouveler l'habilitation lorsque les conditions prévues aux articles 431 et 494-5 sont remplies. Le renouvellement peut-être prononcé pour la même durée; toutefois, lorsque l'altération des facultés personnelles de la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin mentionné à l'article 431, renouveler le dispositif pour une durée plus longue qu'il détermine, n'excédant pas vingt ans. [...]”.

Estas acciones de nulidad tienen un plazo de prescripción de 5 años, computados desde el día de haberse producido el hecho (*Code Civil*, artículo 494-6)<sup>114</sup>.

El término de *l'habilitation familiale* se da por las mismas causales establecidas para el mandato de protección futura, por el fallecimiento de la persona que está bajo habilitación, por habersele dictado una curatela o tutela, por sentencia firme se libere al protegido a causa que ya no necesite de la medida de protección o ella esté lesionando los intereses de la persona, también, se da por concluida a falta de la renovación del plazo de la figura o por ejecutarse los actos por los cuales se expidió tal (*Code Civil*, artículo 494-6)<sup>115</sup>.

En suma, Francia tiene diversas medidas de protección que se aplican a personas con discapacidad según sea el caso, estas pueden tratarse de una simple asistencia hasta llegar a la *tutelle* bajo una representación total de los actos civiles del protegido, aun así, lo último solamente ocurrirá si habiéndose agotado todas las vías y recursos, las anteriores alternativas como la *sauvegarde de justice*, el mandato de protección futura, la habilitación familiar o la curatelle no lleguen a ser adecuadas para lograr un óptimo resguardo de intereses. Es importante destacar que si bien la CDPD ha demostrado un gran avance en la transición de la protección de los más vulnerables y la modificación de sus medidas de sustitución, ello no debe conducir, conforme a Moisdon-Chataigner (2018), a la destrucción total de las mismas porque existe una razón lógica tras la intervención de un tercero frente a los actos y decisiones de la persona protegida, por ejemplo cuando las personas son completamente incapaces de comunicar sus voluntades; la autora señala que el no involucrar a un tercero supone incurrir en un mayor riesgo para la protección de la persona. Por tanto, el ordenamiento francés considera a la representación dentro de sus opciones normativas, puesto que se reconoce el goce de los derechos desde el nacimiento de la persona, pero ello no implica que ella tenga la capacidad para llevarlos a cabo a lo largo de su vida, por lo que se torna necesario la

<sup>114</sup> Art. 494-9.- “Si la personne à l’égard de qui l’habilitation a été délivrée passe seule un acte dont l’accomplissement a été confié à la personne habilitée, celui-ci est nul de plein droit sans qu’il soit nécessaire de justifier d’un préjudice. Si elle accomplit seule un acte dont l’accomplissement nécessitait une assistance de la personne habilitée, l’acte ne peut être annulé que s’il est établi que la personne protégée a subi un préjudice. [...]. Si la personne habilitée accomplit seule, en cette qualité, un acte n’entrant pas dans le champ de l’habilitation qui lui a été délivrée ou qui ne pouvait être accompli qu’avec l’autorisation du juge, l’acte est nul de plein droit sans qu’il soit nécessaire de justifier d’un préjudice. Dans tous les cas, l’action en nullité ou en réduction est exercée dans le délai de cinq ans prévu à l’article 2224. [...]”.

<sup>115</sup> Art. 494-11.- “Outre le décès de la personne à l’égard de qui l’habilitation familiale a été délivrée, celle-ci prend fin: 1° Par le placement de l’intéressé sous sauvegarde de justice, sous curatelle ou sous tutelle; 2° En cas de jugement de mainlevée passé en force de chose jugée prononcé par le juge à la demande de la personne protégée, de l’une des personnes mentionnées à l’article 494-1 ou du procureur de la République, lorsqu’il s’avère que les conditions prévues à cet article ne sont plus réunies ou lorsque l’exécution de l’habilitation familiale est de nature à porter atteinte aux intérêts de la personne protégée; 3° De plein droit en l’absence de renouvellement à l’expiration du délai fixé; 4° Après l’accomplissement des actes pour lesquels l’habilitation avait été délivrée”.

activación de medidas donde intervenga otro sujeto, quien no podrá ser únicamente familiar, sino también profesionales de la salud o legales (Moisdon-Chataigner, 2018).

No obstante, cabe hacer hincapié que el sistema jurídico francés no se limita solo a medidas de protección, pues regula otros mecanismos de confianza y apoyo para las personas con discapacidad o adultos mayores que lo requieran. Weidenslaufer y Truffello (2019) precisan que estos tienen por finalidad “proporcionar una mayor autonomía a las personas con grandes dificultades sociales y económicas” (p. 22). Principalmente son dos tipos de figuras, la persona de confianza y las medidas de apoyo para la Convención de prestaciones sociales, a su vez esta última se subdivide en el apoyo social personalizado y el apoyo judicial personalizado.

A modo de mención y para culminar con esta sección, me referiré brevemente a los instrumentos de confianza y apoyo, el primero está regulado en el *Code de la santé publique* en el artículo L1111 – 6, consiste en que cualquier persona con mayoría de edad, ubicado dentro de un establecimiento de salud o de rehabilitación, puede designar a una persona de confianza cuando no pueda expresar sus deseos ni recibir información sobre los mismos. La designación se realizará por escrito y con la firma de ambas partes, pudiendo llegar a ser designados los padres, un allegado o el médico tratante del solicitante. Aunado a ello, la persona de confianza podrá ser consultada “cuando la persona interesada tenga dificultades para conocer o comprender sus derechos y, si lo desea, esta la acompañará en sus diligencias y estará presente durante las consultas médicas para ayudarla a tomar sus decisiones.” (Informe CRPD/C/FRA/1, 2016, p. 24). En caso el paciente esté sujeto a una medida de protección con representación, ello no impide que pueda elegir a una persona de confianza, siempre que se cuente con una autorización judicial o del consejo de familia; si ella hubiese sido designada con anterioridad a la medida, el juez podrá confirmar su permanencia o revocarla (*Code de la santé publique*, artículo L1111 – 6)<sup>116</sup>.

Las medidas de apoyo, de acuerdo con el Informe CRPD/C/FRA/1 (2016), están dirigidas a adultos mayores o personas con discapacidad a quienes se les dificulte la comunicación y perciban por parte del Estado prestaciones sociales; estas son preventivas

---

<sup>116</sup> Art. L1111 – 6.- “Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit et cosignée par la personne désignée. Elle est révisable et révocable à tout moment. [...]. Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection avec représentation relative à la personne, elle peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de tutelle, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer”.

porque pueden “evitar un deterioro de la situación que genere la necesidad de custodia o tutela. [Existen] dos tipos de medidas de apoyo: el apoyo social personalizado y el apoyo judicial.” (Informe CRPD/C/FRA/1, 2016, p. 24).

La primera clase es de naturaleza administrativa porque mediante la celebración de un contrato entre el interesado y el departamento francés de servicios sociales, se pacta que la persona pueda beneficiarse de un apoyo que la asista en la gestión sus prestaciones sociales y brinde un apoyo social individualizado (*Code de l'action sociale et des familles*, artículo L271 – 1)<sup>117</sup>. El objetivo principal de esta medida “es permitir que [los interesados] vuelvan a gestionar sus prestaciones y prevenir los riesgos de salud y seguridad física” que cause ello (Informe CRPD/C/FRA/1, 2016, p. 24). A diferencia de lo citado, el Informe CRPD/C/FRA/1 (2016) refiere que el apoyo judicial es de naturaleza subsidiaria ya que solo se aplicará cuando el apoyo social no haya permitido una gestión satisfactoria de las prestaciones en favor del interesado, además, tiene carácter obligatorio pues es ordenado por un juez, sin que ello signifique la declaración de incapacidad jurídica de la persona.

### **3.3 Sistema de protección de personas con discapacidad y personas dependientes en Alemania: la *Rechtliche Betreuung* o curatela legal**

Alemania firmó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 30 de marzo del año 2007 y la ratificó el 24 de febrero de 2009 (Portal del ACNUDH – Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad). En el año 2011 informó al Comité en referencia al artículo 12 de la Convención, que las normas correspondientes a la capacidad son aplicables para todas las personas, sin distinción de tener o no discapacidad, igualmente, ellas están reguladas en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, en adelante) o Código Civil alemán, en donde se aprecia una división entre capacidad jurídica y capacidad de actuar (Informe CRPD/C/DEU/CO/1, 2011). La primera, similar a la mayoría de ordenamientos civiles que se han mencionado en este trabajo, la posee toda persona viva y comienza a partir del nacimiento (BGB, § 1)<sup>118</sup>, por lo que resulta ser irrestricta. En cambio, la segunda sí permite restricciones o limitaciones. Por ejemplo, el parágrafo o sección (§, en adelante) 104 del BGB dispone que serán considerados incapaces para realizar negocios jurídicos, aquellos

<sup>117</sup> Art. L271-1.- “Toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources peut bénéficier d'une mesure d'accompagnement social personnalisé qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé. Cette mesure prend la forme d'un contrat conclu entre l'intéressé et le département, représenté par le président du conseil départemental, et repose sur des engagements réciproques. [...]”.

<sup>118</sup> § 1.- Beginn der Rechtsfähigkeit.

“Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt”.

que no hayan cumplido siete años de edad o quienes se encuentren en un estado de alteración patológica – mental permanente, que le impida determinar su voluntad (BGB, § 104)<sup>119</sup>.

Sin perjuicio de lo citado, ello no implica que el sujeto que esté en tales condiciones sea incapacitado o anulado ya que en Alemania las figuras de sustitución de voluntades como la incapacitación o interdicción no existen desde el año 1992. Actualmente, el código alemán en su libro cuatro solo regula tres instrumentos de representación: la *vormundschaft* o tutela solo para menores de edad, la curatela o *pflugschaft*, que se aplicada en supuestos concretos y determinados por ley<sup>120</sup>, y la curatela legal o *rechtliche betreuung*, la cual se expondrá a continuación.

Arstein-Kerslake (2010) menciona que, en contraposición a la incapacitación española, el sistema alemán prevé a la *rechtliche betreuung*, combinando la flexibilidad de un apoyo y la intervención de un tercero, quien será denominado como *betreuer*, cuidador o administrador legal. De igual modo, la misma autora (2010) señala tres principios que rigen a este sistema de protección:

El primer principio [...] es el de la necesidad [por el que,] no se debe nombrar a un *Betreuer* si la persona es capaz de gestionar sus propios asuntos independientemente o con la ayuda de los servicios sociales. El segundo principio es el de la autodeterminación [el administrador] debe facilitar el desarrollo o retención de la capacidad de la persona de tomar decisiones sobre su propia vida. El tercer y último principio es el de mantener los derechos de la persona [porque] se reconoce que no existe en Alemania ningún sistema de guarda completa, y que cada persona tiene los mismos derechos fundamentales, independientemente de su edad, discapacidad o situación personal (p.18 – 19).

En líneas generales, según la sección 1896 del BGB, la curatela legal se aplica solamente cuando un adulto no pueda hacerse cargo parcialmente o en su totalidad de sus asuntos a causa de una discapacidad física, mental o emocional. Para ello, se presenta una solicitud de parte o *ex officio* ante el Tribunal de Tutelas y Curatelas o *Betreuungsgericht*, quien designará a un cuidador para el sujeto afectado. En la misma línea, la solicitud puede

<sup>119</sup> § 104.- *Geschäftsunfähigkeit*.

“*Geschäftsunfähig ist: 1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, 2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist*”.

<sup>120</sup> Esta curatela tiene distintos subtipos para la aplicación de sus supuestos concretos: a) *Ergänzungspfugschaft* o curatela de complemento (BGB, § 1909), b) *Abwesenheitspflugschaft* o curatela de la persona ausente (BGB, § 1911), c) *Pflugschaft für eine Leibesfrucht* o curatela del *nasciturus* (BGB, § 1912), d) *Pflugschaft für unbekannte Beteiligte* o curatela de desconocidos (BGB, § 1913) y e) *Pflugschaft für gesammeltes Vermögen* o curatela de bienes recaudados (BGB, § 1914).

ser comunicada oralmente o por escrito, y ofrecida por la misma persona asistida, inclusive si esta es considerada incapaz, salvo no pueda expresar su voluntad, también puede ser presentada por un tercero<sup>121</sup>. Asimismo, el juez no podrá nombrar a un *betreuer* en contra de la elección del protegido y la designación se limitará a aquellas tareas que requieran de supervisión y representación; en caso se le hubiese otorgado un poder a una persona distinta para la realización de tales actos, no habrá necesidad de dictar la medida de curatela (BGB, § 1896)<sup>122</sup>.

Agregado a lo citado, cabe remarcar que en Alemania es de vital importancia la voluntad del sujeto que se asistirá, siempre que este pueda manifestarla o así lo haya efectuado mediante cualquier medio de comunicación. Por ello, en el código civil se indica que si la persona posee un documento en el cual exprese la elección de su cuidador o sus deseos de ser asistida, esto será tomado en cuenta imperativamente por el tribunal en su decisión final; igualmente, si un tercero toma conocimiento de la existencia de tal carta o documento, deberá informar inmediatamente al juez a cargo del caso de la *Rechtliche Betreuung* (BGB, § 1901.c)<sup>123</sup>.

Seguidamente de haberse admitido la solicitud, el Tribunal de Tutelas y Curatelas evaluará el estado de necesidad del afectado a través de informes médicos, informes sociales y entrevistas. Según el *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* o Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor (2021), el tribunal puede realizar visitas a la persona interesado con el objetivo de escucharla y obtener una impresión personal del caso, así como informarla de los efectos de la curatela legal y el alcance de ella. Del mismo modo,

<sup>121</sup> La *Rheinland pfalz landesamt für soziales jugend und versorgung* u Oficina Estatal de Asuntos Sociales, Juventud y Abastecimiento de Alemania (2006) indica que los terceros pueden ser los parientes del asistido, sus allegados, instituciones sociales, hospitales o residencias donde la persona se encuentre establecida.

<sup>122</sup> § 1896.- *Voraussetzungen*.

“(1) Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. Den Antrag kann auch ein Geschäftsunfähiger stellen. Soweit der Volljährige auf Grund einer körperlichen Behinderung seine Angelegenheiten nicht besorgen kann, darf der Betreuer nur auf Antrag des Volljährigen bestellt werden, es sei denn, dass dieser seinen Willen nicht kundtun kann. (1a) Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden. (2) Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 bezeichneten Personen gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. [...]”.

<sup>123</sup> § 1901c.- *Schriftliche Betreuungswünsche, Vorsorgevollmacht*.

“Wer ein Schriftstück besitzt, in dem jemand für den Fall seiner Betreuung Vorschläge zur Auswahl des Betreuers oder Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung geäußert hat, hat es unverzüglich an das Betreuungsgericht abzuliefern, nachdem er von der Einleitung eines Verfahrens über die Bestellung eines Betreuers Kenntnis erlangt hat. Ebenso hat der Besitzer das Betreuungsgericht über Schriftstücke, in denen der Betroffene eine andere Person mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bevollmächtigt hat, zu unterrichten. Das Betreuungsgericht kann die Vorlage einer Abschrift verlangen”.

el juez tiene autoridad supervisora, por lo que evaluará la situación personal, sanitaria y social del asistido, realizando consultas a la autoridad que lo tiene a cargo. Además, si en el proceso participan terceros como el cónyuge, los allegados o familiares, estos podrán ser convocados a audiencia para ser oídos por el tribunal.

Una vez valorada toda la información y formada la opinión del tribunal, se dictaminará si dictar curatela legal o no. En caso se decida lo primero, la designación del cuidador debe cumplir con lo dispuesto en el BGB; por tanto, el elegido será una persona física que esté apta para encargarse de los asuntos legales y cuidado personal del afectado, en consecuencia, no podrá nombrarse como curadores a personas que tengan una relación de dependencia o que residan en alguna institución de asistencia social (BGB, §§ 1897. 1 y 1897. 3)<sup>124</sup>.

En adición a lo anterior, el *betreuer* seleccionado debe ser conforme a la propuesta realizada por el asistido en virtud de respetar a su interés superior; de no existir dicha manifestación, el juez lo designará de oficio en base a los vínculos familiares, deseos, riesgos y conflictos de intereses entre las partes (BGB, §§ 1897. 4 y 1897. 5)<sup>125</sup>. Entre otras opciones, el tribunal puede dictaminar como curador a una asociación de asistencia social o a un personal que trabaja en ella (BGB, § 1897. 2)<sup>126</sup>, es más, tiene la facultad de nombrar varios cuidadores, indicando quién es el responsable de cada tarea, esto para optimizar la ocupación de los asuntos de la persona sujeto a curatela (BGB, § 1899. 1)<sup>127</sup>. Ahora bien, el sistema

<sup>124</sup> § 1897.- *Bestellung einer natürlichen Person.*

“(1) Zum Betreuer bestellt das Betreuungsgericht eine natürliche Person, die geeignet ist, in dem gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen. [...]. (3) Wer zu einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung, in welcher der Volljährige untergebracht ist oder wohnt, in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung steht, darf nicht zum Betreuer bestellt werden. [...]”.

<sup>125</sup> § 1897.- *Bestellung einer natürlichen Person.*

“(4) Schlägt der Volljährige eine Person vor, die zum Betreuer bestellt werden kann, so ist diesem Vorschlag zu entsprechen, wenn es dem Wohl des Volljährigen nicht zuwiderläuft. Schlägt er vor, eine bestimmte Person nicht zu bestellen, so soll hierauf Rücksicht genommen werden. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Vorschläge, die der Volljährige vor dem Betreuungsverfahren gemacht hat, es sei denn, dass er an diesen Vorschlägen erkennbar nicht festhalten will. (5) Schlägt der Volljährige niemanden vor, der zum Betreuer bestellt werden kann, so ist bei der Auswahl des Betreuers auf die verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen des Volljährigen, insbesondere auf die Bindungen zu Eltern, zu Kindern, zum Ehegatten und zum Lebenspartner, sowie auf die Gefahr von Interessenkonflikten Rücksicht zu nehmen. [...]”.

<sup>126</sup> § 1897.- *Bestellung einer natürlichen Person.*

“(2) Der Mitarbeiter eines nach § 1908f anerkannten Betreuungsvereins, der dort ausschließlich oder teilweise als Betreuer tätig ist (Vereinsbetreuer), darf nur mit Einwilligung des Vereins bestellt werden. Entsprechendes gilt für den Mitarbeiter einer in Betreuungsangelegenheiten zuständigen Behörde, der dort ausschließlich oder teilweise als Betreuer tätig ist (Behördenbetreuer). [...]”.

<sup>127</sup> § 1899.- *Mehrere Betreuer.*

“(1) Das Betreuungsgericht kann mehrere Betreuer bestellen, wenn die Angelegenheiten des Betreuten hierdurch besser besorgt werden können. In diesem Falle bestimmt es, welcher Betreuer mit welchem Aufgabenkreis betraut wird. Mehrere Betreuer, die eine Vergütung erhalten, werden außer in den in den

alemán prevé que, si lo citado en este párrafo no es suficiente para resguardar los intereses del asistido y atenderlo adecuadamente, el órgano jurisdiccional designará a una autoridad estatal como cuidadora (BGB, § 1900. 4)<sup>128</sup>.

Por otra parte, para la validez del nombramiento debe contarse con la aceptación de la persona elegida (BGB, § 1898. 2)<sup>129</sup>; asimismo, esto será eficaz una vez se le haya notificado el dictamen, acto por el cual se le hará entrega de un certificado de su designación, que deberá conservar cuidadosamente (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2021). Por consiguiente, desde ese momento hasta la extinción de la medida de protección, el cuidador representará a la persona asistida judicial y extrajudicialmente (BGB, § 1902)<sup>130</sup>, motivo por el que estará sujeto a una constante evaluación por la autoridad de custodia alemana.

La sección 1901 del BGB presenta algunas de las obligaciones que trae consigo el ejercicio de la curatela alemana. Primero, esta disposición refiere que la asistencia o administración incluirá todas las actividades necesarias y susceptibles de conferencia legal a un tercero que requiera la persona (BGB, § 1901.1)<sup>131</sup>. Segundo, el cuidador podrá moldar la vida del asistido en atención a su bienestar, conforme a los deseos y necesidades de este último (BGB, § 1901.2)<sup>132</sup>. Tercero, el curador cumplirá los deseos de su supervisado siempre que ello no vaya en contra de su propia seguridad y acarree una responsabilidad de por medio; a su vez, antes de una toma de decisiones el cuidador debe discutirlo previamente con su responsable y en la medida de lo posible (BGB, § 1901.3)<sup>133</sup>. Cuarto, dentro de sus

---

*Absätzen 2 und 4 sowie § 1908i Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 1792 geregelten Fällen nicht bestellt. [...]”.*

<sup>128</sup> § 1900.- *Betreuung durch Verein oder Behörde.*

*“(4) Kann der Volljährige durch eine oder mehrere natürliche Personen oder durch einen Verein nicht hinreichend betreut werden, so bestellt das Gericht die zuständige Behörde zum Betreuer. Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend. [...]”.*

<sup>129</sup> § 1898.- *Übernahmepflicht.*

*“(2) Der Ausgewählte darf erst dann zum Betreuer bestellt werden, wenn er sich zur Übernahme der Betreuung bereit erklärt hat”.*

<sup>130</sup> § 1902 *Vertretung des Betreuten.*

*“In seinem Aufgabenkreis vertritt der Betreuer den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich”.*

<sup>131</sup> § 1901.- *Umfang der Betreuung, Pflichten des Betreuers.*

*“(1) Die Betreuung umfasst alle Tätigkeiten, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betreuten nach Maßgabe der folgenden Vorschriften rechtlich zu besorgen”.*

<sup>132</sup> § 1901.- *Umfang der Betreuung, Pflichten des Betreuers.*

*“(2) Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht. Zum Wohl des Betreuten gehört auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten”.*

<sup>133</sup> § 1901.- *Umfang der Betreuung, Pflichten des Betreuers.*

*“(3) Der Betreuer hat Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist. Dies gilt auch für Wünsche, die der Betreute vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat, es sei denn, dass er an diesen Wünschen erkennbar nicht festhalten will. Ehe der*

posibilidades, el *betreuer* deberá contribuir en las posibilidades para erradicar, mejorar, prevenir o eliminar la enfermedad o discapacidad del atendido (BGB, § 1901.4)<sup>134</sup>. Por último, si el cuidador tiene conocimiento de algún hecho que permita la suspensión de la curatela legal, tiene la obligación de informarlo inmediatamente al tribunal, igualmente, lo mantendrá al tanto si las circunstancias que se susciten, lleven a una limitación del ejercicio del cargo, a su ampliación o al requerimiento de otro administrador (BGB, § 1901.5)<sup>135</sup>.

Aunado a ello, la *Rheinland pfalz landesamt für soziales jugend und versorgung* u Oficina Estatal de Asuntos Sociales, Juventud y Abastecimiento de Alemania (2006) divide en siete campos a las tareas que puede llevar a cabo un curador legal, estos son los siguientes:

- a) La atención sanitaria: el curador o curadora pueden decidir, [en compañía de la] persona afectada, qué medidas sanitarias son necesarias para ella. Entre estas [...], se incluye la aplicación y aceptación de determinadas medidas terapéuticas [...], la aceptación de intervenciones quirúrgicas y [el consentimiento de medicación].
- b) Curatela patrimonial: [...] se incluye la correcta administración de los ingresos y prestaciones sociales, la solicitud de reducciones de tasas, comprobación de los ingresos y gastos, [...].
- c) Cuestiones legales [e institucionales]: El curador o la curadora es responsable de la presentación de solicitudes [...]. [Asimismo,] está obligado a representar los derechos de la persona afectada frente a las instituciones, incluyendo lo referente a asuntos de inmigración.
- d) Cuestiones postales: Aquí se incluye la administración de la correspondencia del afectado.
- e) Derecho de determinación del paradero: [El curador está obligado] a ocuparse de la protección de la persona afectada de ambiente de residencia de esta, [lo cual incluye, también, la posibilidad de] buscar un nuevo ambiente apropiado.

---

*Betreuer wichtige Angelegenheiten erledigt, bespricht er sie mit dem Betreuten, sofern dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft*".

<sup>134</sup> § 1901.- Umfang der Betreuung, Pflichten des Betreuers.

*"(4) Innerhalb seines Aufgabenkreises hat der Betreuer dazu beizutragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit oder Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern. Wird die Betreuung berufsmäßig geführt, hat der Betreuer in geeigneten Fällen auf Anordnung des Gerichts zu Beginn der Betreuung einen Betreuungsplan zu erstellen. In dem Betreuungsplan sind die Ziele der Betreuung und die zu ihrer Erreichung zu ergreifenden Maßnahmen darzustellen"*.

<sup>135</sup> § 1901.- Umfang der Betreuung, Pflichten des Betreuers.

*"(5) Werden dem Betreuer Umstände bekannt, die eine Aufhebung der Betreuung ermöglichen, so hat er dies dem Betreuungsgericht mitzuteilen. Gleiches gilt für Umstände, die eine Einschränkung des Aufgabenkreises ermöglichen oder dessen Erweiterung, die Bestellung eines weiteren Betreuers oder die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts (§ 1903) erfordern"*.

- f) Internamiento o medidas similares [a ello]: Bajo determinadas circunstancias [...] la persona afectada puede ser internada en una institución especial o en la sección psiquiátrica de un hospital o de una residencia para [adultos mayores]. Para tomar esta decisión [se requiere de autorización judicial]. Medidas similares al internamiento se consideran [aquellas] que implican la pérdida de la libertad de desplazamiento del afectado. [...].
- g) Cuestiones de vivienda: El curador o la curadora [...] debe ocuparse, por ejemplo, del alquiler de la vivienda o de la financiación de esta [...] (pp. 9 – 11).

Continuando con las funciones del curador legal alemán, se ha de acotar que en el parágrafo 1903, el BGB regula a la reserva de consentimiento o *einwilligungsvorbehalt*, figura jurídica por la cual el tribunal ordena que las declaraciones de voluntades de una persona sujeta a curatela serán eficaces siempre y cuando se tenga el asentimiento de su cuidador, esto a fin de evitar poner en riesgo grave la salud de la primera o a sus bienes tras acciones futuras que pudiese efectuar. La excepción a la regla son aquellas manifestaciones de voluntad que impliquen contraer matrimonio o convivencia, disposiciones *mortis causa*, la impugnación o anulación de una sucesión y aquellas declaraciones, conforme a ley, no estén sujetas al consentimiento de un representante legal; así también, la norma establece que en caso el juez no haya dictado una reserva de consentimiento, los actos de la persona afectada no están condicionados a la venia de su curador (BGB, § 1903.1)<sup>136</sup>.

Por último, todo inicio tiene su final y el código civil alemán dispone que el cargo del *betreuer* concluye ante las siguientes situaciones: (i) tras una destitución ejecutada por el Tribunal de Tutelas y Curatelas ante el incumplimiento por parte del curador de sus funciones, el cometimiento de errores deliberados o el no haber mantenido contacto personal con su asistido; (ii) a solicitud del cuidador motivada por circunstancias que le impidan seguir ejerciendo el cargo; (iii) por la proposición de un nuevo curador legal (BGB, § 1908.b)<sup>137</sup>. De

<sup>136</sup> § 1903 *Einwilligungsvorbehalt*.

“(1) Soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist, ordnet das Betreuungsgericht an, dass der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, dessen Einwilligung bedarf (Einwilligungsvorbehalt). [...]. (2) Ein Einwilligungsvorbehalt kann sich nicht erstrecken: 1. auf Willenserklärungen, die auf Eingehung einer Ehe oder Begründung einer Lebenspartnerschaft gerichtet sind, 2. auf Verfügungen von Todes wegen, 3. auf die Anfechtung eines Erbvertrags, 4. auf die Aufhebung eines Erbvertrags durch Vertrag und 5. auf Willenserklärungen, zu denen ein beschränkt Geschäftsfähiger nach den Vorschriften der Bücher 4 und 5 nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. (3) Ist ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet, so bedarf der Betreute dennoch nicht der Einwilligung seines Betreuers, wenn die Willenserklärung dem Betreuten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Soweit das Gericht nichts anderes anordnet, gilt dies auch, wenn die Willenserklärung eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft”.

<sup>137</sup> § 1908b *Entlassung des Betreuers*.

igual forma, se designará a un nuevo cuidador a causa de muerte o despido del anterior (BGB, § 1908.c)<sup>138</sup>.

En suma, se ha de advertir que si bien el modelo de discapacidad adoptado por Alemania ha eliminado las medidas de sustitución e implementado una asistencia legal para personas dependientes de otras, ello no ha traído consigo que el Estado las deje a su suerte, puesto que el sistema alemán ha sido cuidadoso a la hora de modificar sus instituciones y disposiciones normativas sobre capacidad jurídica. Por ejemplo, aún se conserva, a diferencia de Perú, que las personas con trastornos mentales severos y permanentes tengan capacidad comercial limitada, así como se prevé que el curador legal, además de representar judicial y extrajudicialmente a su asistido, responderá por los actos efectuados, salvo norma contraria; inclusive el código alemán regula la reserva de consentimiento, figura impensada por los legisladores del Decreto Legislativo N.º 1384. Por tanto, considero vital que antes de realizar derogaciones o modificaciones de alto impacto en nuestro sistema jurídico, los encargados de tal tarea deban evaluar y realizar un análisis comparado para obtener con ello un panorama más amplio de cómo otros miembros de la Convención de Nueva York han abordado el tema de la capacidad jurídica y sus medidas de protección, al igual que de las posibles consecuencias y vacíos que ello podría causar

---

*“(1) Das Betreuungsgericht hat den Betreuer zu entlassen, wenn seine Eignung, die Angelegenheiten des Betreuten zu besorgen, nicht mehr gewährleistet ist oder ein anderer wichtiger Grund für die Entlassung vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt auch vor, wenn der Betreuer eine erforderliche Abrechnung vorsätzlich falsch erteilt oder den erforderlichen persönlichen Kontakt zum Betreuten nicht gehalten hat. Das Gericht soll den nach § 1897 Abs. 6 bestellten Betreuer entlassen, wenn der Betreute durch eine oder mehrere andere Personen außerhalb einer Berufsausübung betreut werden kann. (2) Der Betreuer kann seine Entlassung verlangen, wenn nach seiner Bestellung Umstände eintreten, auf Grund derer ihm die Betreuung nicht mehr zugemutet werden kann. (3) Das Gericht kann den Betreuer entlassen, wenn der Betreute eine gleich geeignete Person, die zur Übernahme bereit ist, als neuen Betreuer vorschlägt.”*

<sup>138</sup> § 1908c Bestellung eines neuen Betreuers.

*“Stirbt der Betreuer oder wird er entlassen, so ist ein neuer Betreuer zu bestellen”.*



## Capítulo 4

### **Análisis del Decreto Legislativo N° 1384, aciertos y desaciertos respecto a las modificaciones del Código Civil sobre la capacidad jurídica y la implementación de apoyos y salvaguardias**

El 4 de septiembre del año 2018, el diario oficial El Peruano publicó el Decreto Legislativo N° 1384, o también llamado Decreto Legislativo que regula y reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Esta norma legal fue promulgada por el Poder Ejecutivo, a quien mediante Ley N° 30823, el Congreso de la República del Perú le delegó la facultad de legislar:

En materia de prevención y protección de las personas en situación de violencia y vulnerabilidad; a fin de establecer medidas para promover la inclusión de las personas con discapacidad, garantizar el derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad y la atención de casos de desaparición de estas personas, así como de otras en situación de vulnerabilidad (DL N° 1384, 2018, p. 3).

Conforme a lo citado, se entiende que la finalidad de esta delegación de poderes legislativa e iniciativa del Decreto Legislativo es loable; sin embargo, el desarrollo de ello no ha sido el adecuado. Por tanto, mediante este capítulo se llevará a cabo un análisis del Decreto Legislativo 1384 referente a la figura de la capacidad e inserción del sistema de apoyos y salvaguardias. Del mismo modo, esto se realizará a través de la observación de las principales modificaciones relativas al tema en estudio puestas en cuadros comparativos, seguidamente de la apreciación positiva o negativa sobre ellas, concluyendo con una serie de críticas y dos propuestas.

#### **4.1 Comentarios y críticas hacia las modificaciones del Decreto Legislativo N.º 1384 con respecto a la capacidad e implementación del modelo social en el Código Civil**

La introducción de este decreto en el sistema jurídico peruano aconteció en virtud de la CDPD y de la LDPD, trayendo consigo una serie de cambios: modificaciones, derogaciones e incorporaciones tanto del Código Civil como del Código Procesal Civil respecto a la capacidad de las personas, y con ello la inserción del modelo social de discapacidad, así como el desplazamiento de figuras como la curatela y la interdicción, perteneciente al sistema de sustitución. Entre las principales modificaciones se tiene a las que se verán a continuación.

#### 4.1.1 *Comentario a las modificaciones de los artículos 3° y 42° del Código Civil peruano*

De acuerdo a la Tabla 3 presentada, se observa que el nuevo artículo ha cambiado su denominación anterior, capacidad de goce, por capacidad jurídica, reconociendo en su contenido la existencia de dos capacidades: de goce y de ejercicio, siendo esta última aquella que puede verse restringida por ley. La novedad consiste en que se ha integrado al artículo que “las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones [...]” (Código Civil, artículo 3); sin embargo, en mi opinión, ello resulta innecesario porque “toda persona en general, tenga o no una discapacidad, tiene capacidad de goce y tendrá, también, en principio, capacidad de ejercicio, como cualquier otra persona [...]” (Cárdenas y Della Rossa, 2018, p. 103). No obstante, se entiende que por motivos de promoción e inclusión de las personas con discapacidad se haya integrado a su contenido. Así que podría considerarse en cierto modo un acierto del DL ya que su añadidura no ha ocasionado efecto mayor en nuestro sistema jurídico.

**Tabla 3**

*Modificación del artículo 3 del Código Civil peruano*

Versión anterior del Código Civil de 1984	Versión actual vista por Decreto Legislativo N.º 1384
Artículo 3°.- Capacidad de goce “Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”.	Artículo 3.- Capacidad jurídica “Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos”. “La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”.

*Nota.* Código Civil, artículo 3

Bajo la modificatoria del artículo 42, se reafirma lo comentado anteriormente referente al artículo 3 del Código Civil, puesto que conforme a Cárdenas y Della Rossa (2018) con una nueva redacción se ha reiterado que la capacidad de ejercicio es adquirida a los 18 años, acotando, a su vez, que las personas con discapacidad son capaces, lo cual nunca ha estado en controversia en el contexto del Código Civil de 1984 y la Constitución Política del Perú de 1993. Por tanto, se ha realizado una precisión innecesaria, esto demostrado en los conceptos y antecedentes vistos en los capítulos anteriores.

**Tabla 4***Modificación del artículo 42° del Código Civil peruano*

Versión anterior del Código Civil de 1984	Versión actual vista por Decreto Legislativo N° 1384
<b>Artículo 42°.- Plena capacidad de ejercicio</b>	<b>Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena</b>
“Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los Artículos 43° y 44°”.	“Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad”.  “Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad”.

*Nota.* Código Civil, artículo 42

Adicionalmente, he de notar que el artículo reciente ha omitido colocar como salvedades de plena capacidad a los artículos 43 y 44, de cuales me referiré en los siguientes párrafos, por lo que ello resulta ser una redacción incompleta, mas no afectaría si se realiza una interpretación integral del Código Civil. Así también, el artículo solo añade una excepción a la regla general de capacidad de ejercicio respecto a las personas mayores de 14 y menores de 18 años, pero pese a que es un tema discutido actualmente, no habrá mayor mención sobre ello porque no abarca nuestro foco de investigación.

#### **4.1.2 Crítica a las modificaciones de los artículos 43° y 44° del Código Civil peruano**

En la nueva versión del artículo 43 resaltan dos cosas: la primera, que la norma mantiene la denominación incapacidad y segundo, la derogación del inciso número dos, correspondiente a las personas sin discernimiento. Ante ello, considero que, en primer lugar, resulta contradictorio conservar el término incapacidad absoluta si el DL N° 1384 “se basa en la CDPD [...]. Esto es un contrasentido con la ratio legis de la norma” (Cieza Mora y Olavarría, 2018, p. 58). Asimismo, se ha de reiterar lo visto en el primer capítulo, en el cual se comenta que esta connotación es ofensiva y discriminatoria, por lo que se recomienda la utilización del término capacidad de ejercicio restringido.

**Tabla 5***Modificación del artículo 43° del Código Civil peruano*

<b>Versión anterior del Código Civil de 1984</b>	<b>Versión actual vista por Decreto Legislativo N°1384</b>
<p>Artículo 43°.- Incapacidad absoluta Son absolutamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.</li> <li>2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.</li> <li>3. Derogado (por la Ley N° 29973).</li> </ol>	<p>Artículo 43.- Incapacidad absoluta Son absolutamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.</li> <li>2. Derogado.</li> <li>3. Derogado (por la Ley N° 29973).</li> </ol>

*Nota. Modificación del artículo 43 en el Código Civil*

Por otro lado, llama alarmantemente la atención, la derogación del inciso segundo del artículo 43, puesto que si el discernimiento no se acoge bajo este artículo ni tampoco en el siguiente, referido a capaces con ejercicio restringido y teniendo en cuenta los artículos precedentes 3 y 42 del Código Civil; entonces, se infiere que son personas plenamente capaces jurídicamente, entendiéndose que todos los actos jurídicos que ejecuten son válidos y eficaces, pudiendo, también, responder civilmente por los mismos, pese a carecer de la capacidad natural de entender y comprender la realidad; además, estas personas están expuestas manifiestamente al aprovechamiento y mala fe de terceros; es así que esto resulta perjudicial tanto para las personas con discapacidad sin discernimiento como para la institución de materia civil relativa al acto jurídico y los contratos.

En adición, cabe indicar que actualmente la responsabilidad civil no se condice con la penal a causa de la modificación de este artículo y de la derogación del 1975, que se verá más adelante, debido a que para ser penalmente imputable el sujeto activo debe ser capaz de percibir la realidad, y por supuesto que las personas carentes de discernimiento no pueden serlo, por tanto, son personas inimputables, mas no, en materia civil estas mismas serán plenamente responsables de sus acciones, lo cual resulta ser incongruente y poco concordante para la armonía de nuestro sistema jurídico.

La versión actualizada del artículo 44 trae consigo tres novedades: la primera, se ha modificado la denominación incapacidad relativa por capacidad de ejercicio restringida; la segunda, se ha derogado los incisos 2 y 3 del mismo artículo, referentes a las personas con retardo y deterioro mental. Y tercero, se ha incorporado el inciso 9, relacionado con las personas en estado de coma.

**Tabla 6***Modificación del artículo 44° del Código Civil peruano*

Versión anterior del Código Civil de 1984	Versión actual vista por Decreto Legislativo N°1384
<p>Artículo 44°.- Incapacidad relativa Son relativamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.</li> <li>2. Los retardados mentales.</li> <li>3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.</li> <li>4. Los pródigos.</li> <li>5. Los que incurren en mala gestión.</li> <li>6. Los ebrios habituales.</li> <li>7. Los toxicómanos.</li> <li>8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.</li> </ol>	<p>Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.</li> <li>2. Derogado.</li> <li>3. Derogado.</li> <li>[...]</li> <li>9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.</li> </ol>

*Nota.* Versión actualizada del artículo 44

Considero que pese a ser correcta la introducción del término capacidad de ejercicio restringido e incluso tomar ello como parte de la propuesta por presentar, no estoy de acuerdo con el desarrollo y contenido que se ha tornado tras el DL N.º 1384, esto justificado en las apresuradas derogaciones realizadas y la inserción del supuesto de la persona en estado de coma, quien bajo esta nueva versión sería plenamente capaz si contase o haya designado previamente a un apoyo.

Asimismo, comprende que se han derogado los supuestos 2 y 3 del artículo, en virtud de la CDPD ya que bajo un *numerus clausus* “identificar a personas con enfermedad [mental] o con alguna discapacidad psíquica era inadecuado y anticientífico” (Cieza Mora y Olavarría, 2018, p. 59). Sin embargo, el legislador no ha previsto que existen distintos grados de discapacidad: severos, medios o leves, y mientras existan, por ejemplo, personas con retardo mental que puedan manifestar y ejercer su capacidad de ejercicio perfectamente, habrá otros casos en el que no, debido a que su grado de retardo es mayor; por tanto, carente de discernimiento, lo cual no le permitirá ser un sujeto plenamente capaz y necesitará de un representante legal.

En cuanto a la introducción del inciso 9, es preocupante lo que establece. En primer lugar, porque el legislador subsume a la capacidad de ejercicio restringido como único supuesto de persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad a aquella que se encuentra en coma. Entonces, cabe preguntarse qué pasaría con los otros casos de personas con discapacidad sin discernimiento, recordando que tampoco están recogidas en el nuevo artículo 43, acaso estas son plenamente capaces y responsables de sus actos. En segundo lugar, resulta irracional que una persona en estado de coma solo pueda tener capacidad

restringida cuando un juez le haya designado apoyos o cuando la persona no los haya solicitado antes de entrar en tal estado, por ende, en contrario *sensu* tendría capacidad de ejercicio plena, aunque este privada de manifestar su voluntad. Es necesario mencionar que, a pesar de tener un apoyo, “[este no podrá] ayudar en el ejercicio de su voluntad a quien no puede precisamente manifestarla. [...]. [E]s evidente que una persona en estado de coma carece de capacidad ejercicio, motivo por el cual requiere de un representante” (Cárdenas y Della Rossa, 2018, p. 107). Por último, en tercer lugar, se considera que este inciso incorporado resulta innecesario ya que se encontraba perfectamente subsumido en el artículo 43.2, ahora, ya derogado. (Cárdenas y Della Rossa, 2018, p. 108).

Otros autores como Castillo Freyre y Chipana (2018), con los cuales coincido completamente, mencionan los siguientes:

Queda claro que el objetivo [de estas modificaciones] es dotar de capacidad de ejercicio plena a la mayor cantidad de ciudadanos que sea posible (lo que nosotros compartimos a cabalidad), pero [ello] en modo alguno puede desconocer la realidad; y [esta] es que hay algunos casos en donde es imposible que la ley otorgue capacidad de ejercicio a una persona que, por sus condiciones de no poder siquiera expresar su voluntad, está [imposibilitada de ejercer por sí mismos sus derechos y deberes]. (p. 49).

Ante lo expuesto, se propone la posibilidad de seguir la propuesta presentada por Espinoza Espinoza (2018) de “[eliminar] las listas taxativas y proponer una cláusula general, estableciendo un régimen de capacidad de ejercicio restringida para aquellos privados de discernimiento y el de asistencia por los que tienen discernimiento” (p. 24). Lo primero sería incluido en el artículo 43 y lo segundo, en el 44. Esta es la misma idea planteada en el año 2016 por Anteproyecto del Grupo de Trabajo<sup>139</sup>. No obstante, opino que Espinoza Espinoza se contradice en considerar a las personas sin discernimiento como sujetos con capacidad restringida en el artículo 43 del *Anteproyecto* y a la vez, subsumir el mismo supuesto en aplicación al régimen de asistencia, visto en el artículo 44, puesto que una asistencia resulta insuficiente. Es por esta razón que se considera correcto que la propuesta del autor mencionado solo se tome como referencia para plantear otra solución alternativa, que sería la siguiente:

---

<sup>139</sup> Visto en el capítulo primero del presente trabajo, páginas 40 – 41.

**Tabla 7**

*Primera propuesta de la tesista sobre los artículos 43 y 44 del Código Civil peruano*

<b>Propuesta de la tesista</b>	<b>Propuesta de la tesista</b>
<p>Artículo 43.- Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Las personas menores de dieciocho años, salvo aquellos actos determinados por ley.</li> <li>2. Las personas mayores de dieciocho años que por cualquier causa y habitualmente estén privados de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable y que hayan sido sometidos judicialmente bajo este régimen.</li> </ol>	<p>Artículo 44.- Régimen de asistencia Corresponderá un régimen de asistencia para:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Las personas que por efecto de una disminución física, psíquica, sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, se encuentran en la imposibilidad, incluso temporal, de cuidar de sí mismas o de su patrimonio.</li> <li>2. Los condenados con pena que incluye la inhabilitación.</li> </ol>

Nota. Elaboración propia

Como puede observarse en la Tabla 7, se ha utilizado de referencia la propuesta del Anteproyecto de 2016 y lo que ha sido modificado es la eliminación del anterior inciso 1 del artículo 44, referente a las personas privadas de discernimiento. Por otra parte, se considera correcta las denominaciones de los artículos y también la redacción del artículo 43.

De esta manera, nuestro ordenamiento civil regularía un sistema mixto, que permita la convivencia de dos modelos de discapacidad: el rehabilitador y el social, tal y como se ha efectuado en el derecho italiano y francés vistos anteriormente. Por tanto, el artículo 43 permitiría al primero de ellos, estableciendo las causales de restricción de capacidad de ejercicio; y el artículo 44 representaría al segundo, en el cual se preverá un régimen de asistencia para las personas que así lo requieran, conforme a lo dispuesto en la propuesta; en la misma línea, cabe acotar que este artículo no hace referencia solo a personas con discapacidad, sino a todas aquellas que presenten imposibilidades de cuidar de sí mismas o de su patrimonio, por lo que incluiría, de ser el caso, a los malos gestores, pródigos, toxicómanos y ebrios habituales.

#### **4.1.3 Comentario y crítica al artículo 45° del Código Civil peruano**

En este caso, puede divisarse que ha habido una modificación total del artículo 45. Se ha remplazado la representación legal de los incapaces mayores de edad provenientes de la curatela por la introducción de un sistema asistencial, correspondiente al modelo social, relacionado a la designación voluntaria de apoyos y ajustes razonables para el ejercicio de su capacidad jurídica, con excepción de lo dispuesto en el artículo 45 -A<sup>140</sup>. Sin embargo, siendo reiterativa a lo visto en los capítulos del presente trabajo, si bien se está de acuerdo con la

<sup>140</sup> Artículo 45- A.- Representantes Legales. “Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela”.

inserción del modelo social al ordenamiento jurídico peruano, ello no quiere decir que uno deba ignorar la realidad, relativa a los grados de discapacidad que una persona puede poseer y a su capacidad de discernir y expresar manifiestamente su voluntad, es más, existirán casos en los que resultará insuficiente los apoyos y se necesitará de una protección mucho mayor, como es la que proporciona la representación legal derivada de la curatela.

### **Tabla 8**

#### *Modificación del artículo 45 del Código Civil peruano*

<b>Versión anterior del Código Civil de 1984</b>	<b>Versión actual vista por Decreto Legislativo N°1384</b>
<p>Artículo 45°.- Representante legal de incapaces</p> <p>“Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela”.</p>	<p>Artículo 45.- Ajustes razonables y apoyo</p> <p>“Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección”.</p>

En virtud de la modificación citada, se ha agregado el artículo 45 - B al Código Civil, referida a la designación de los apoyos y salvaguardias. En resumen, establece que las personas con discapacidad que puedan manifestar su voluntad tienen la posibilidad de solicitarlo mediante notaría o vía judicial; mientras que aquellas impedidas de manifestar su voluntad, la designación podrá hacerse solo vía judicial, al igual que las personas en estado de coma en caso no hayan designado un apoyo con anterioridad<sup>141</sup>.

#### **4.1.4 Crítica a las modificaciones y derogaciones de los artículos 564°, 565° y 583° del Código Civil peruano**

Este grupo de artículos ha sido tema a tratar en el segundo capítulo del presente trabajo, sin embargo, ahora, bajo este apartado se le dará mayor énfasis a la crítica de las modificaciones ejecutadas en el Código Civil y a una propuesta respecto a ello.

<sup>141</sup> Artículo 45-B- Designación de apoyos y salvaguardias. “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”.

**Tabla 9***Modificaciones y derogaciones de los artículos 564, 565 y 583 del Código Civil peruano*

Versión anterior del Código Civil de 1984	Versión actual vista por Decreto Legislativo N° 1384
<p>Artículo 564°.- Personas sujetas a curatela</p> <p>“Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43°, incisos 2 y 3, y 44°, incisos 2 a 8”.</p>	<p>Artículo 564.- Personas sujetas a curatela</p> <p>“Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8”.</p>
<p>Artículo 565°.- Fines de la curatela</p> <p>La curatela se instituye para:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los incapaces mayores de edad.</li> <li>2. La administración de bienes.</li> <li>3. Asuntos determinados</li> </ol>	<p>Artículo 565°.- Fines de la curatela</p> <p>La curatela se instituye para:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Derogado</li> <li>2. La administración de bienes</li> <li>3. Asuntos determinados</li> </ol>
<p>Art. 583.- Facultados a solicitar interdirección</p> <p>“Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público</p>	<p>Artículo 583.- Facultados a solicitar interdicción</p> <p>“Pueden pedir la interdicción de la persona con capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numerales del 4 al 7, su cónyuge, sus parientes o el Ministerio Público</p>

De acuerdo a esta serie de cambios se destaca que, si bien el legislador ha introducido en la normativa civil el sistema asistencial de ayudas y apoyos ha dejado en ella también figuras como la curatela y la interdicción; no obstante, las ha modificado sustancialmente; logrando instituir un sistema híbrido mal planteado de los modelos de discapacidad. Por ejemplo, en el caso de la curatela, solo estarán sujetos a ella aquellos que puedan subsumirse en los incisos de 4 al 8 del artículo 44 del Código Civil, exceptuando a la persona en estado de coma. Asimismo, en el artículo 564 se ha derogado que la curatela se aplique a los incapaces mayores de edad, y en el caso de la interdicción, solo podrán ser sometidos a este proceso las personas referidas a los puntos del 4 al 7 del artículo 44 del Código Civil.

En atención a lo referido, resulta absurdo concebir que, a personas como malos gestores, ebrios habituales, pródigos o toxicómanos, siendo personas que no necesariamente carecen de discernimiento, se les pueda iniciar un proceso de interdicción, seguido de la institución a la curatela y a otros, en cambio, pese a padecer de un grado alto y severo de discapacidad que les impida manifestar su voluntad, quienes sí necesitan de una mayor protección, no se les pueda aplicar estas figuras. Una vez más, se reitera que existen “personas cuyo discernimiento prácticamente es nulo [...], [por lo que ha de entenderse que bajo estos casos] la medida más idónea debió seguir siendo la [curatela], sin embargo, ello no es posible con la modificación legislativa” (Tantaleán, 2019, p. 214). En tal sentido, coincido con lo

referido por Cárdenas y Della Rossa (2018), quienes opinan que el legislador olvida los supuestos de personas cuyo nivel de retardo o deterioro mental hace que necesiten de un representante que tome las decisiones por ellas, puesto que, no lo pueden hacer por sí mismas o pueden que sus decisiones sean manipuladas por terceros.

Por su parte, Castillo Freyre y Chipana (2019) argumentan que el DL N.º 1384 ha realizado al revés las cosas, otorgándole capacidad a personas que no podrían ejercerla plenamente y restringirla, tras el nombramiento de curadores, a aquellos que sí la pueden accionar, “cuando lo ideal hubiera sido que se deje libre el camino para que [...] hoy [son capaces de ejercicio restringido] puedan nombrar únicamente “apoyos”, [...], [lo cual] sí sería viable” (p. 49); de lo citado se deduce que estas mismas opiniones son acordes a la propuesta presentada en el apartado anterior ya que se sujetaría a las personas sin discernimiento a una restricción de la capacidad de ejercicio, y a las otras que anteriormente se subsumían en esa figura a excepción de la persona en estado de coma, se les aplicaría un régimen de asistencia.

En ese sentido, se propone no derogar las figuras de interdicción ni curatela, sino regularlas de manera que estas rijan de última *ratio*, es decir, que continúe en vigencia el modelo social de discapacidad o de asistencia, pero cuando este resulte ser insostenible e insuficiente para una persona con elevado grado de discapacidad, por el cual sea incapaz de discernir y expresar su voluntad o su sentir, será necesario que la persona con capacidad de ejercicio restringido, según la propuesta anterior, deba someterse a un proceso de interdicción seguido de la designación de un curador con calidad de representante legal. Asimismo, es preciso acotar que lo mencionado, deberá aplicarse al caso en concreto, analizado en vía judicial tras evaluaciones, visitas opinadas y una labor rigurosa por parte del magistrado competente para verificar si realmente la persona con discapacidad, según sea su condición, requiera de un apoyo o de un curador. Aunado a ello, los jueces de familia e integrantes de los juzgados especializados deben ser capacitados constantemente en materia de capacidad jurídica y modelos de discapacidad para evitar abusos e interdicciones innecesarias bajo el nuevo modelo propuesto.

Por tanto, se obtendrá un sistema mixto, tal y como se expuso en la primera propuesta, el modelo rehabilitador o de sustitución, que implica las figuras de la interdicción y la curatela, será aplicado a las personas sin discernimiento, sin poder de autogobernarse y estén imposibilitadas de realizar los actos mínimos cotidianos. Por el contrario, serán afectos al modelo social que trae consigo a los apoyos, aquellas personas con o sin discapacidad que, siendo capaces de discernir, no puedan cuidar de sí mismas o de su patrimonio. De tal modo, si se plasma como ejemplo el caso de una persona con esquizofrenia tratada y controlada,

igual al que se vio en el segundo capítulo, no habría necesidad de aplicarle un modelo de sustitución, y solo si este solicitase apoyos, se le designaría según sea su voluntad expresada. En contraste a ello, si se tratase de una persona con parálisis cerebral severa que ha sido detectada desde la infancia, el modelo por aplicar sería distinto.

Adicionalmente, cabe mencionar que la propuesta presentada no va en contra de lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD ya que ella, en primer lugar, no ha diseñado un sistema de apoyo en específico, dejando abierta la posibilidad de que las distintas legislaciones nacionales lo adecuen a su realidad (Cuenca, 2012, p. 75). Por consiguiente, puede regularse dentro de un mismo ordenamiento tanto al sistema de apoyo como al sistema de sustitución, sin que acontezca una contradicción que perjudique al ordenamiento normativo. Y, en segundo lugar, porque la Convención no obliga al Estado Parte a derogar las normas relativas a la curatela e interdicción, sino que lo recomienda, dando la opción a que el país lo acate o no<sup>142</sup>.

A modo de mención porque ya han sido explicadas con mayor detalle en el tercer capítulo, actualmente existen varios países que reglamentan sistemas híbridos sobre la capacidad jurídica de las personas. Entre ellos está Italia que regula: la *interdizione*, la *inabilitazione* y la *amministrazione di sostegno*, siendo la primera de ellas, el símil de la interdicción peruana, pero dictada solo residualmente, y la última se equipara con los apoyos. Francia es otro ejemplo ya que legisla dentro del *Code Civil* tres medidas de protección: la *tutelle*, la *curatelle* y la *sauvegarde de justice*, y al igual que el derecho italiano, la primera medida únicamente se aplica cuando las dos siguientes resulten inútiles para resguardar la protección y patrimonio de la persona.

#### **4.1.5 Crítica a las derogaciones de los artículos 1975° y 1976° del Código Civil, e inserción del artículo 1976-A del mismo**

Con respecto a otros cambios realizados al Código Civil, se tiene las derogaciones de los artículos 1975<sup>143</sup> y 1976<sup>144</sup> relacionados a la responsabilidad de las personas incapaces con y sin discernimiento, respectivamente. El primer artículo derogado “disponía que la persona sujeta a incapacidad de ejercicio quedaba obligada por el daño que ocasionase, siempre que haya actuado con discernimiento; entre tanto el representante legal de [ella] era

<sup>142</sup> Puede observarse en el punto 24 de las observaciones finales del comité de los derechos de la persona con discapacidad, visto en la página 36 del presente trabajo.

<sup>143</sup> Artículo 1975.- Responsabilidad de incapaces con discernimiento. “La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasiona, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”.

<sup>144</sup> Artículo 1976.- Responsabilidad de representantes de incapaces sin discernimiento. “No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”.

solidariamente responsable” (Tantaleán, 2020, p. 194). Por el contrario, el segundo artículo eximía de responsabilidad a toda aquella persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, siendo su representante, ya sea su curador o tutor, el que respondiera por él. En remplazo de estas disposiciones normativas se incluyó el artículo 1976 – A, el cual comprende lo siguiente:

Artículo 1976–A.- Responsabilidad de la persona con apoyo: La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.

De estas novedades, se remarca que toda persona asistida será plenamente responsable por su actuar y por el de su apoyo, en tanto se infiere que este último no tendría ninguna responsabilidad frente a los actos realizados en favor de la persona con discapacidad de ser el caso, así estos hayan sido efectuados con dolo o culpa, salvo se trate del caso de una persona en estado de coma. En consecuencia, he de acotar que una vez más, el legislador encasilla como único supuesto especial a la persona en estado de coma, absolviéndola de responsabilidad y excluyendo a todas las demás personas que carezcan de discernimiento o estén privadas de manifestar su voluntad y/o sentir. Además, ahora debido a la derogación del artículo 1976, toda persona, pese a no tener capacidad de entender y comprender lo que sucede en la realidad, respondería de igual manera porque se aplicaría subsidiariamente el artículo 1969 del Código Civil<sup>145</sup>.

A mi consideración, esto muestra irregularidad y falta de interés con respecto a la protección de los sujetos más débiles, todo lo contrario al objetivo planteado por el DL N.º 1384 ya que mediante estas derogaciones se pretende que la persona que no pueda expresar su voluntad, exceptuando a la que se encuentra en estado de coma, responda por sus actos y decisiones cuando la verdad es que ellas no perciben la realidad de igual forma que otra persona con capacidades plenas. Así también, el artículo 1976 – A pareciese ser una norma que incite al aprovechamiento por parte de los apoyos ya que ofrece como única opción ante su mal obrar la repetición contra ellos, exonerándolos de todo tipo de responsabilidad.

Los legisladores, a mi parecer, se han tomado bastante a la ligera la introducción, derogación y modificaciones de las normas civiles sobre capacidad, considero que primero ellos han debido observar e investigar cómo otros Estados Partes de la Convención de Nueva

---

<sup>145</sup> Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo. “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

York han venido tratando el tema de capacidad jurídica. Por ejemplo, Alemania, que siendo uno de los países que legisla un sistema netamente asistencial para personas con discapacidad, con representación en algunos casos, y que derogó la figura de la interdicción en el año 1992, aún regula en el § 104 del BGB a la incapacidad negocial para personas que padezcan de una alteración patológica – mental permanente, que le imposibilite determinar su voluntad, por ende, aquellas estarán impedidas de realizar negocios jurídicos, caso contrario se sancionarán con nulidad; distinto a lo dispuesto en Perú, actualmente.

#### **4.1.6 Comentarios y críticas al capítulo cuarto del libro de Personas del Código Civil peruano, que regula los apoyos y salvaguardias**

A continuación, es importante hacer mención sobre la incorporación del capítulo cuarto en el “Libro de personas”, correspondiente a la regulación de los apoyos y salvaguardias. En esta sección se han introducido en total ocho artículos, del 659 – A al 659 – H, los cuales ya han sido tratados en el segundo capítulo; sin embargo, se hará hincapié en ellos, expresando mi consideración al respecto. De igual forma, recordar que el Código Civil no es el único compendio normativo que regula los apoyos y las salvaguardias, también, se tiene al Código Procesal civil y al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1384 y el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad; sin embargo, no me referiré a ellos ya que han sido vistos en el segundo capítulo y no son materia de esta sección.

En primer lugar, se hará referencia a los artículos 659 – A<sup>146</sup>, 659 – C<sup>147</sup>, 659 – D<sup>148</sup>, 659 – F<sup>149</sup> del Código Civil peruano. Este primer grupo en líneas generales, tal y como se ha referido anteriormente, plantea: quiénes y bajo qué vía puede solicitarse el apoyo, así como sobre qué sujetos puede recaer el apoyo. A mi parecer, considero por correcto el contenido e inclusión de estos artículos, siempre que sean aplicados únicamente a personas con discernimiento, independientemente de tener o no discapacidad.

<sup>146</sup> Artículo 659–A.- Acceso a apoyos y salvaguardias. “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”.

<sup>147</sup> Artículo 659–C.- Determinación de los apoyos. “La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas”.

<sup>148</sup> Artículo 659–D.- Designación de los apoyos. “La persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente”.

<sup>149</sup> Artículo 659 F.- Designación de apoyos a futuro. “Toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, la persona puede 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 debe constar el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro surte eficacia”.

En el caso del artículo 659 – A, atribuye que toda persona mayor de edad puede solicitar libre y voluntariamente los apoyos y salvaguardias necesarios para el ejercicio de su capacidad. La redacción es correcta, solo si se interpreta que quienes puedan solicitar las medidas de apoyo sean personas capaces de discernir porque de considerarse lo contrario, una persona carente de entendimiento no podría ejercer este acto de manera libre ni voluntaria ya que ello iría contra la propia naturaleza de las cosas.

Bajo mi apreciación, se justifica que el artículo 659 – C sea una disposición acertada, puesto que, además de ser la misma persona con capacidad de entender y querer quien indique las modalidades por la cuales se regirá el apoyo, la norma en su redacción también contempla quiénes son los sujetos en los que puede recaer la figura mencionada: una persona natural, o una jurídica sin fines de lucro e incluso una institución pública.

En cuanto al artículo 659 – D junto al artículo 45 – B. 1, establecen que existen dos vías opcionales para solicitar el apoyo: la notarial y la judicial; sin embargo, solo las personas con discapacidad posibilitados de manifestar su voluntad podrán optar por cualquiera de ellas. En consecuencia, observo correcta la interpretación y el contenido del artículo analizado ya que, pese a tener un costo mayor la vía notarial, esto significa un plus frente al congestionamiento judicial que existe hoy en día, más aún si estos temas son competencia de los juzgados de familia. Además, el trámite notarial sería un procedimiento célere y práctico de realizar, con efectos inmediatos, a través del cual la persona con discapacidad pueda elegir voluntariamente a su apoyo y determinar las salvaguardias que garanticen su ayuda y respeto, sin haberse sometido a un tedioso proceso judicial. El ejemplo más claro que podría proporcionar es el de una persona invidente, que cuenta con los recursos para pagar el costo notarial y quiere designar como apoyo a su hijo para el acompañamiento y ayuda en la realización de distintos actos comerciales, financieros, etc.

Por último, con respecto al artículo 659 – F, al igual que los anteriores citados, considero que los apoyos futuros, regulados también por el ordenamiento francés e italiano, son una inserción correcta a la normativa civil como parte del modelo social porque bajo esta disposición se permite a los mayores de edad como los que padezcan de alguna enfermedad y tengan la certeza o una alta probabilidad que ello devendrá en una discapacidad, puedan solicitar apoyos para que le presten asistencia en un futuro. Un caso concreto es el de una persona que tiene glaucoma y sabe que, dentro de un determinado tiempo, puede quedar ciego; por tanto, requiere designar uno o varios apoyos futuros para que lo asistan cuando aquello ocurra; de igual modo, esto acaecería con otras enfermedades como la diabetes, el cáncer o simplemente por precaución a que algo grave pueda suceder en un futuro. Cabe

reiterar que, considero correcta la norma siempre y cuando, quien requiera de los apoyos voluntariamente sea un sujeto con discernimiento.

A diferencia del primer grupo, opino que las disposiciones que conforman el segundo grupo traen consigo determinadas cuestiones que deben ser discutidas, por lo cual, se recomienda que pasen por revisión y observación legislativa para su correcta redacción. Este conjunto de artículos, en líneas generales, tratan de los apoyos designados judicialmente y las salvaguardias puestas por la persona solicitante o el juez para evitar el abuso de los apoyos en el ejercicio de sus funciones.

La primera norma integrada en este segundo grupo es el artículo 659 – B<sup>150</sup>, el cual prevé el concepto que el ordenamiento peruano da de los apoyos, esto no está en discusión, es más se considera acertado, igualmente lo es el que se haya mencionado que el apoyo no tiene facultades de representación, puesto que se entiende que su función es asistir en consejo a la persona para perfeccionar su voluntad, siempre que esta tenga discernimiento, tal y como se aplica en la *amministrazione di sostegno* y la *sauvegarde de justice*. Sin embargo, me surgen preguntas acerca de la excepción presentada por la norma en cuanto se traten de personas que no puedan manifestar su voluntad; así como lo que se refiere en el último párrafo del artículo, que prevé los mecanismos a los cuales el apoyo tiene que recurrir para poder interpretar la voluntad de la persona con discapacidad, por ejemplo: manifestaciones previas, la trayectoria de vida, información de personas de confianza, entre otras. La primera de las dudas será explicada con más detalle en el análisis del artículo 659 – E; en cuanto a la segunda será expuesta a continuación en el párrafo siguiente.

Respecto a lo relativo del último párrafo del artículo 659 – B me cuestiono, si acaso el legislador se ha tomado el tiempo de pensar en aquellos supuestos de personas nacidas con un severo grado de discapacidad mental o desde muy pequeños la adquirieron y debido a ella se vieron privados de manifestar su voluntad. Es necesario reiterar y referirse a estos casos porque ante estos el apoyo por más esfuerzos que realice y posibilidades que el Código Civil regule, no podrá interpretar su voluntad por la simple la razón que esta no existe; ello no se

---

<sup>150</sup> Artículo 659–B.- Definición de apoyos. “Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo”.

“El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659 – E”.

“Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuentan las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto”.

lograría, aunque se asignen más apoyos con sus respectivas salvaguardias. En estos supuestos, la persona con discapacidad lo que realmente necesita, en virtud de su interés superior y mayor protección, es de un tercero, quien pueda tomar las decisiones por ella, debido a que esta no ha podido, no puede, ni podrá llegar a manifestar su voluntad por su condición. Por tanto, la figura requerida es la de un representante, que proporcionaba anteriormente la curatela, a causa de que el apoyo resulta ser insuficiente para ella; no obstante, la idea no es convertir a la curatela en la regla, sino únicamente aplicarla de forma residual, cuando el sujeto esté privado de discernimiento y se torne imposible interpretar su sentir y su voluntad.

En otro punto, el artículo 659 – E establece la excepción a la regla del artículo anterior y regula la designación judicial de apoyos en caso de personas que no puedan manifestar su voluntad, es decir, en estos supuestos el único quien puede designar apoyos es el juez<sup>151</sup>. Asimismo, en cuanto a su consideración él podrá otorgarle poderes de representación al apoyo, determinar su duración o plazo del cargo, sus alcances y obligaciones, así como establecer las salvaguardias requeridas para garantizar la asistencia. Ante lo mencionado, pareciese que no hay error en la redacción y hasta que su aplicación va acorde a lo planteado en el presente trabajo de investigación, pero si uno llega a leer con detalle cada párrafo del artículo, llega a la conclusión que la disposición no regula otra cosa más que la curatela bajo una denominación distinta llamada “designación de los apoyos por juez”. Con ello, se hace hincapié en que hasta el mismo legislador entiende que las personas privadas de manifestar su voluntad necesitan de una protección mayor a la otorgada a aquellas que sí lo puedan hacer, esto demostrado sobre todo en que el juez le otorgará poderes de representación al apoyo, por lo tanto, será al fin y al cabo el representante quien tome las decisiones por aquellas personas con discapacidad mental.

Empero, si solo hubiese sido el cambio de nombre, no habría ocasionado tanto problema e inseguridad jurídica como la que se vive ahora ya que la figura de curatela

---

<sup>151</sup> Artículo 659–E.- Excepción a la designación de los apoyos por juez. “El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos”. “El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija 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. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual”. “El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica”.

seguiría siendo la misma; sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1384 a través de sus derogaciones, eximió de responsabilidad a los apoyos en su accionar, sean esto actos con culpa o dolo; además declaró plenamente capaces a todas las personas, salvo a los menores de 14 años y aquellos con ejercicio restringido, sin importar si estas tienen discernimiento, o si su grado de retardo o deterioro mental les permite autogobernarse y tomar decisiones. Por ello, reitero nuevamente que, el legislador ha tenido que tomarse con calma las ideas de modificación de todo el sistema de capacidad, y que, en lugar de incluir el artículo comentado en el capítulo cuarto del “Libro de Personas”, lo más razonable pudo haber sido modificar las figuras de la interdicción y curatela proporcionándole más garantías al curado para su protección y cuidado. Asimismo, tener en cuenta la segunda propuesta vista en el trabajo relacionada a establecer un sistema de sustitución aplicado de último recurso.

Finalmente, en cuanto al artículo 659 – G se expone el concepto de las salvaguardias, por lo que considero que el legislador ha debido hacer un mayor estudio sobre ello y proporcionar más que un solo artículo<sup>152</sup>. De igual modo, reafirmo el comentario realizado en el segundo capítulo acerca de las salvaguardias y opino que esta inclusión es acertada, es más al ser medidas que evitan el abuso y garantizan el ejercicio correcto de las funciones del apoyo, hubiese sido positivo que se implementasen anteriormente para la interdicción y curatela con la finalidad de lograr una mayor restricción en el actuar del curador y sus facultades otorgadas. Por tanto, recomiendo que, bajo las propuestas presentadas en este capítulo, las salvaguardias sean aplicadas tanto a los apoyos como para la curatela de última *ratio*.

---

<sup>152</sup> Artículo 659–G.- Salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos. “Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas”.

“La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 659-E establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos”.

“El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona”.



## Conclusiones

**Primera.** La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad del año 2006 representa un antes y un después en la transición del modelo rehabilitador de discapacidad hacia el sistema social o de apoyo, en el cual primará la asistencia y no la representación del sujeto. El Perú ratificó la convención en el año 2008 y a partir de ello empezó a regular una serie de leyes y reglamentos en favor de la promoción y respeto de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, una década después en cumplimiento del artículo 12 de la CDPD, que dispone el igual reconocimiento de las personas ante la ley, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo N° 1384, trayendo consigo una serie de introducciones, modificaciones y derogaciones al ordenamiento civil peruano respecto a la capacidad jurídica de las personas.

**Segunda.** Si bien la intención pretendida por el Decreto Legislativo N° 1384 en cuanto a la regulación de los apoyos y salvaguardias es buena, ya que mediante estas figuras se inserta el modelo social propuesto por la CDPD y, además, se intenta proporcionar facilidades a las personas con discapacidad para que logren manifestar correctamente su voluntad y ejercitar su capacidad. La implementación que se ha tornado a través de la norma con rango legal, no lo es del todo; debido a que ello ha traído como consecuencia una serie de modificaciones innecesarias, inconsistentes y poco pensadas dentro del Código Civil, principalmente sobre el actual tratamiento que se les da a las personas sin discernimiento frente al ejercicio de su capacidad jurídica.

**Tercera.** Se comprende que el Código Civil necesitaba una reforma en cuanto a capacidad, pero no se logra entender qué apresuraba tanto al Poder Ejecutivo en emitir este Decreto Legislativo, sin haber consultado previamente otros sistemas jurídicos del Derecho Comparado, ni tomado en cuenta los Anteproyectos del CEDIS, ni del Grupo de Trabajo del año 2016, así como, sin haber establecido una *vacatio legis* adecuada para la aplicación de la norma mencionada. No obstante, no se niega que la norma legal en cuestión no haya tenido disposiciones acertadas como es el caso de los artículos 3, el 659 – C, el 659 – D y el artículo 659 – F. Sin embargo, sus errores y desaciertos que de ella emanan tienen más realce, puesto que no solo han resultado ser perjudiciales para el orden y unidad del sistema jurídico civil, visto en temas como la validez de los actos jurídicos, la responsabilidad civil, el proceso de interdicción y curatela; sino también se ha dejado en total desprotección a las personas privadas de discernimientos ya que se les ha otorgado el ejercicio de su capacidad jurídica sin restricciones, corriendo el riesgo de lo que ello puede implicar y la obligaciones que tienen que asumir.

**Cuarta.** En virtud del análisis realizado al Decreto Legislativo N° 1384, cabe reafirmar que el legislador tras una regulación general y sin haber previsto salvedades, pareciese no concebir que en la realidad existen distintos grados de discapacidad en una persona; en algunos casos, este grado será leve o moderado lo cual permitiría que la persona sí pueda manifestar su voluntad ya sea con o sin apoyos; sin embargo, habrá otros casos, en los que la persona al tener un alto grado de discapacidad y carecer de discernimiento, no podrá autogobernarse y, por tanto, mucho menos, pese a todos los esfuerzos posibles realizados por su apoyo, manifestar su voluntad. Ejemplo de ello son las personas en estado de coma o aquellas que tienen un grado severo de retardo o deterioro mental, a quienes no se les puede considerar como sujetos plenamente capaces, cuando en realidad deberían ser sujetos con capacidad restringida y brindarles una mayor protección para resguardar sus derechos, interés superior y cuidado.

**Quinta.** Frente al contexto referido y a lo presentado en el anteproyecto del Grupo de Trabajo de 2016, se recomienda que el artículo 43 del Código Civil incluya como sujetos con capacidad restringida a i) los menores de edad, salvo disposición contraria de la ley y a ii) las personas que carecen de discernimiento o no puedan expresar su voluntad de forma indubitable y hayan sido sujetas a ese régimen a través de orden judicial. De igual modo, indicar que bajo este artículo se deberá aplicar el régimen de asistencia regulado por apoyos, el cual solo estará conformado por una cláusula general.

**Sexta.** Por otro lado, se insta a regular un sistema mixto de los modelos de asistencia y de sustitución dentro del mismo ordenamiento jurídico sin contradicciones. El primero, se aplicará a todas aquellas personas mayores de edad que lo soliciten, siempre que estas cuenten con discernimiento y puedan manifestar su voluntad libre de vicios, independientemente de ser personas con discapacidad. En cuanto al segundo modelo, correspondiente a la curatela y a la interdicción, considero que deberá aplicarse de última *ratio*, es decir, solo cuando los apoyos resulten ser insuficientes para la protección del sujeto débil. Asimismo, se someterá a la persona bajo el régimen de sustitución únicamente mediante vía judicial y según sea el caso concreto, después que el juez de familia haya confirmado que los apoyos no son idóneos para ayudar a la persona con discapacidad.

**Séptima.** Respecto a las salvaguardias, en primer lugar, el legislador debe ahondar más en el tema ya que solo le ha dedicado un artículo para su ejecución y, en segundo lugar, en virtud de su finalidad que es evitar el abuso del cargo y regular el mismo, esta figura debería aplicarse, también en el sistema de sustitución, de esta manera se podrán dictar salvaguardias tanto para la interdicción y curatela como para los apoyos.

### Lista de abreviaturas

§	Parágrafo o sección del <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> .
Art. o art.	Artículo
Ant. o ant.	Anterior
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch.
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
CEDIS	Comisión Especial Revisora del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.
CIEFDPD	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
CONADIS	Consejo Nacional de la Integración de la Persona con Discapacidad.
DCF	Disposiciones Complementarias y Finales.
DL N° 1384	Decreto legislativo N° 1384.
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights.
INEI	Instituto Nacional de Estadística e Informática.
LDPD	Ley General de la Persona con Discapacidad.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
RDL	Reglamento del DL N.º 1384.
RTSA	Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad.
UDCD	Única Disposición Complementaria Derogatoria.



## Lista de referencias

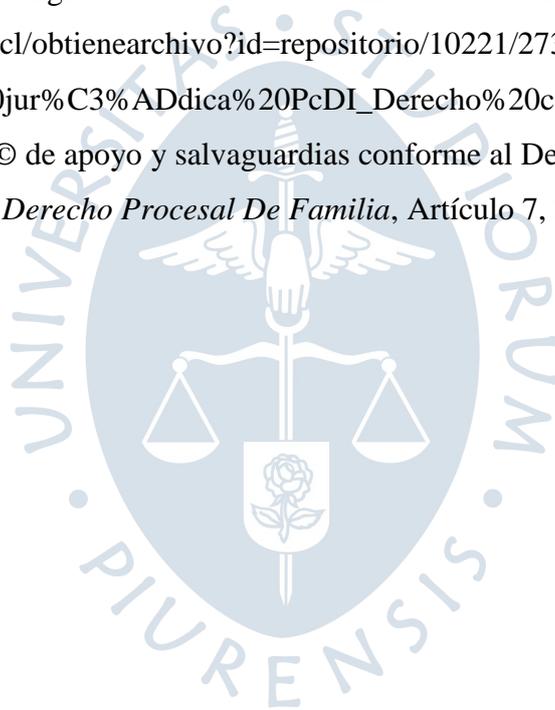
- ACNUDH. *Comité de los derechos de las personas con discapacidad*.  
<https://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx>
- Albaladejo, M. (2006). *Derecho Civil. 1, Introducción y parte general / Manuel Albaladejo* (17a ed., puesta al día de legislación y jurisprudencia). Edisofer.
- Arstein-Kerslake, A. (2010). El sistema español en materia de capacidad jurídica: Aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos.  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/\\$FILE/CapacidadJuridica\\_03032010.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/$FILE/CapacidadJuridica_03032010.pdf)
- Bariffi, J. (2014). *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 doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. Repositorio de la Universidad Carlos III de Madrid. [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18991/Francisco\\_%20Bariffi\\_tesis.pdf?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18991/Francisco_%20Bariffi_tesis.pdf?sequence=1)
- Barranco, M. d. C., Cuenca, P. y Ramiro, M. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: El artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad. *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá* V, 53–80.  
[http://repositoriodcpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/663/Art\\_BarrancoMC\\_CapacidadJuridicaDiscapacidad\\_2012.pdf?sequence=1](http://repositoriodcpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/663/Art_BarrancoMC_CapacidadJuridicaDiscapacidad_2012.pdf?sequence=1)
- Cárdenas, R. y Della Rosa, A. (2018). Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad. *Gaceta civil y procesal civil*, (65), 101–116.
- Chirinos, E. y Chirinos, F. (1993). *Constitución de 1993: Lectura y comentario*. Nerman S.A.
- Cieza Mora, J. y Olavarría, M. J. Errores y aciertos de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú. *Gaceta civil y procesal civil. Registral/ notarial*, (64), 47–61.
- Comité de los derechos de las personas con discapacidad. (2016). *Informe inicial que Francia debía presentar en 2012 en virtud del artículo 35 de la Convención CRPD/C/FRA/1*.  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fFRA%2f1&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fFRA%2f1&Lang=es)
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities. (2011). *Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention Initial reports of States parties Germany CRPD/C/DEU/1*. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fDEU%2f1&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fDEU%2f1&Lang=es)

- Cuenca, P. (2014). *La configuración de los apoyos*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/La-configuraci%C3%B3n-de-los-apoyos-Patricia-Cuenca.pdf>
- Espinoza Espinoza, J. (2012). *Derecho de las personas: Concebido y personas naturales* (6a ed.). Iustitia; Grijley.
- European Union Agency for Fundamental Rights, FRA (2021). People with disabilities. <https://fra.europa.eu/en/theme/people-disabilities>
- Fernández Sessarego, C. (2016). *Derecho de las personas: Análisis de cada artículo del libro primero del Código civil peruano de 1984* (Decimotercera edición, actualizada y ampliada). Instituto Pacífico.
- Franciskovic, B.A. (2019). Los apoyos, ajustes razonables y salvaguardias para las personas con discapacidad. *Gaceta Jurídica. Derecho Procesal De Familia*, Artículo 4, 137–174.
- García Garnica, M. C. (2011). *Estudios sobre dependencia y discapacidad* (1ª ed.). Monografías Aranzadi: Vol. 675. Aranzadi.
- Guevara, V. (2004). *Personas naturales*. Gaceta Jurídica.
- Informe del Estado Parte CRPD/C/PER/1, 08 de julio de 2010, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=PER&Lang=SP](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=PER&Lang=SP)
- Informe del Estado Parte CRPD/C/PER/2-3, en respuesta a la lista de cuestiones previa a la presentación de informes ante el Comité de los derechos de las personas con discapacidad, 07 de septiembre de 2018, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPER%2fQPR%2f2-3&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPER%2fQPR%2f2-3&Lang=es)
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2012). *Primera Encuesta Nacional Especializada sobre discapacidad 2012*. [https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1171/NEDIS%202012%20-%20COMPLETO.pdf](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1171/NEDIS%202012%20-%20COMPLETO.pdf)
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2016). *Perú: Caracterización de las condiciones de la vida de la población con discapacidad, 2016*. [https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1456/libro.pdf](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1456/libro.pdf)

- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad, 2017: Resultados generales sobre la población con discapacidad*.  
[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1456/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1456/libro.pdf)
- Lescano, P. (2017) *La guarda de hecho. Colección Monografías de Derecho Civil. I. Persona y familia*. Dykinson.
- López, C. (2014). *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 para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú*. [Tesis de maestría,]. Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5259>
- Martín Azcano, E (2018). La protección de las personas vulnerables en el ordenamiento civil italiano: Regulación vigente y perspectivas de cambio. *In La voluntad de la persona protegida* (1ª ed.), 75–109. Dykinson.
- Martínez, J. (2020). La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno. *Revista Española De Discapacidad*, 8(1), 43–61.  
<https://www.cedd.net/redis/index.php/redis/article/view/567>
- Moisdon-Chataigner, S. (2018). De la volonté de la personne bénéficiant d'une mesure de protection: du paradoxe à la mise sous tension. *La Voluntad De La Persona Protegida. Oportunidades, Riesgos Y Salvaguardias*, 111–118. <https://app-vlex-com.udep.basesdedatosezproxy.com/#WW/vid/797949529>
- Observación general N° 1 CRPD/C/GC/1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 19 de mayo de 2014, <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- Observaciones finales CRPD/C/PER/CO/1 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad, 16 de mayo de 2012, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPER%2fCO%2f1&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPER%2fCO%2f1&Lang=es)

- Ortega, I. (2018). Los procesos de interdicción, designación del salvaguarda y autorización para disponer derechos de incapaces. *Gaceta civil y procesal civil. Registral/ notarial* (84), 93–104.
- Plácido, A. F. (2019). 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. *Gaceta Jurídica. Derecho Procesal De Familia*, Artículo 3, 93–136.
- Poder Judicial del Perú [en línea]. (2001). *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. <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>
- Ramírez, Jorge (2018). Autonomía, capacidad y validez de los actos jurídicos de las personas con discapacidad: Efectos del Decreto Legislativo N.º 1384. *Gaceta civil y procesal civil. Registral/ notarial* (84), 105–117.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/?id=7HZdnLt>
- Rheinland pfalz landesamt für soziales jugend und versorgung. (2006). *La curatela legal: con información acerca del poder del curador, información para inmigrantes*. <https://edoweb-rlp.de/resource/edoweb:7002914/data>
- Santillán, R. (2014). La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos. Discapacitados, pero no incapacitados. *Gaceta Jurídica*.
- Schütz, R. (2016). La représentation des personnes protégées en droit français: The representation of protected adult in french law. *Revista De Derecho Civil*, 3(2), 1–22. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/212>
- Sentencia del expediente N° 25158-2013-01801-JR-CI-02 (26 de agosto de 2014). Corte Superior de Justicia de Lima, Segundo Juzgado Constitucional de Lima. <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/sentencia-segundojuzgadoconstitucional.pdf>
- Toyco, P. (2017). La discapacidad en la constitución. Hacia un necesario reconocimiento de derechos fundamentales desde la convención sobre derechos de las personas con discapacidad. *Aequitas* (1), 65–80. <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Aequitas/article/download/15221/13174>

- Varsi-Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica. Universidad de Lima. [https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5355/Varsi\\_Tratado\\_derecho\\_personas.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5355/Varsi_Tratado_derecho_personas.pdf?sequence=3&isAllowed=y)
- Varsi-Rospigliosi, E. (2019). *Derecho procesal de familia* (M. A. Torres Carrasco, Ed.). Gaceta Jurídica.
- Vega Mere, Y. (2018). La reforme del régimen legal de los sujetos débiles made by Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final. *Gaceta civil y procesal civil. Registral/ notarial* (84), 27–45.
- Weidenslaufer, C. y Truffello, P. (2019). *Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica.: Derecho Internacional y comparado*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - Asesoría Técnica Parlamentaria. [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27363/1/Informe%20BCN%20Capacidad%20jur%C3%ADdica%20PcDI\\_Derecho%20comparado\(1\).pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27363/1/Informe%20BCN%20Capacidad%20jur%C3%ADdica%20PcDI_Derecho%20comparado(1).pdf)
- Wong, J. J. (2019). Del © de apoyo y salvaguardias conforme al Decreto Legislativo N° 1384. *Gaceta Jurídica. Derecho Procesal De Familia*, Artículo 7, 249–262.





## Normativa peruana

- Constitución Política del Perú [Const.]. (1979),  
<https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>
- Constitución Política del Perú [Const.]. (1993). [Texto actualizado con las normas ratificadas en el Referéndum de 2018]. 13.<sup>a</sup> ed. oficial <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- Decreto Legislativo N° 1384, por la que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. (4 de septiembre de 2018).  
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-reconoce-y-regula-la-capacidad-jurid-decreto-legislativo-n-1384-1687393-2/>
- Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP. 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. (23 de agosto de 2019).  
<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-que-regula-el-otor-decreto-supremo-n-016-2019-mimp-1801069-5>
- Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad. (18 de diciembre de 1998).  
Portal web del Ministerio de Educación: [http://www.minedu.gob.pe/files/266\\_201109141525.pdf](http://www.minedu.gob.pe/files/266_201109141525.pdf)
- Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad. (13 de diciembre de 2012).  
Portal web del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables:  
<https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/herramientas-recursos-violencia/contenedor-dgcvg-recursos/contenidos/Legislacion/Ley-general-de-la-Persona-con-Discapacidad-29973.pdf>
- Perú. (2012). *Código civil: Código procesal civil, Código de los niños y adolescentes* (Edición actualizada). Jurista Editores.
- Resolución Administrativa N° 046-2019-CE-PJ. Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad. (23 de enero de 2019).  
Portal web del Poder Judicial del Perú:  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/193c668048cc8cecb5c4f553388de097/RESOLUCI%C3%93N+ADMINISTRATIVA+N%C2%BA046-P-CE-PJ+APROB%C3%93+EL+%E2%80%9CREGLAMENTO+DE+TRANSICI%C3%93N+AL+SISTEMA+DE+APOYOS+EN+OBSERVANCIA+AL+MODELO+SOCIAL+DE+LA+DISCAPACIDAD%E2%80%9D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=193c668048cc8cecb5c4f553388de097>



## Normativa extranjera

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Betreuungsrecht - Mit ausführlichen Informationen zur Vorsorgevollmacht. (2021).

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Betreuungsrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=30](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Betreuungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=30)

Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]. (2021). <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>

Code de la santé publique. (2021).

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072665/>

Code de l'action sociale et des familles. (2021).

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006074069/>

Codice Civile (2021). <https://lexscripta.it/codici/codice-civile>

Codice di Procedura Civile (2021). <https://lexscripta.it/codici/codice-procedura-civile>

Código Civil Español (2021). [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, 06 de agosto de 1999,

<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

Convención sobre los Derechos de la persona con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006,

<https://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html>

