

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho Civil



“LA TRANSICIÓN AL SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS COMO GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ”

Tesis presentada por la Bachiller:

Chambi Vásquez, Miriam

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho Civil.

Asesor:

Mag. Corrales Otazú, Christian

Arequipa-Perú

2020

Dedicatoria:

La presente investigación la dedico a Dios y a mi familia, que me da la fortaleza para seguir adelante.

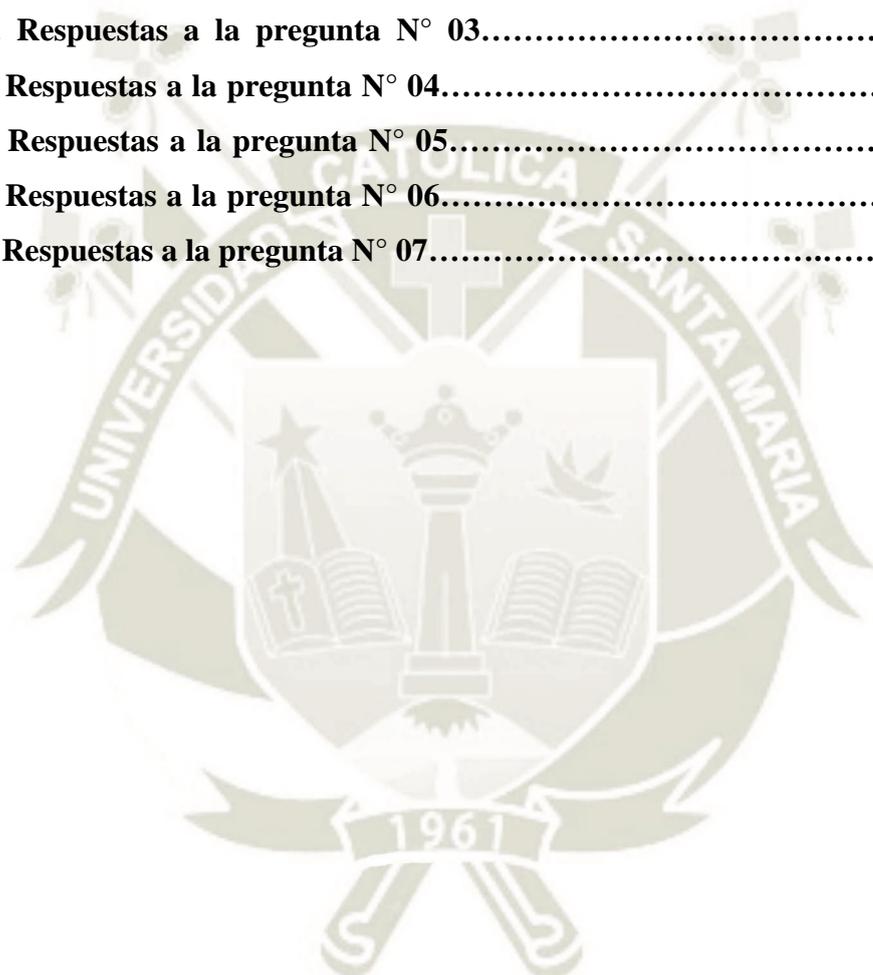


ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN:.....	9
CAPÍTULO I:	10
1. CAPACIDAD JURÍDICA:.....	10
2. CAPACIDAD JURÍDICA Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD:	15
CAPÍTULO II.....	23
1. SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS:	23
2. DERECHO A LA IGUALDAD PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:.....	27
3. EL MODELO SOCIAL SOBRE DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO:.....	35
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	40
1. LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:.....	40
2. SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES DE LA CDPD:	44
DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	53
COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	56
CONCLUSIONES:.....	57
Referencias:.....	60
ANEXO:	65
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	65

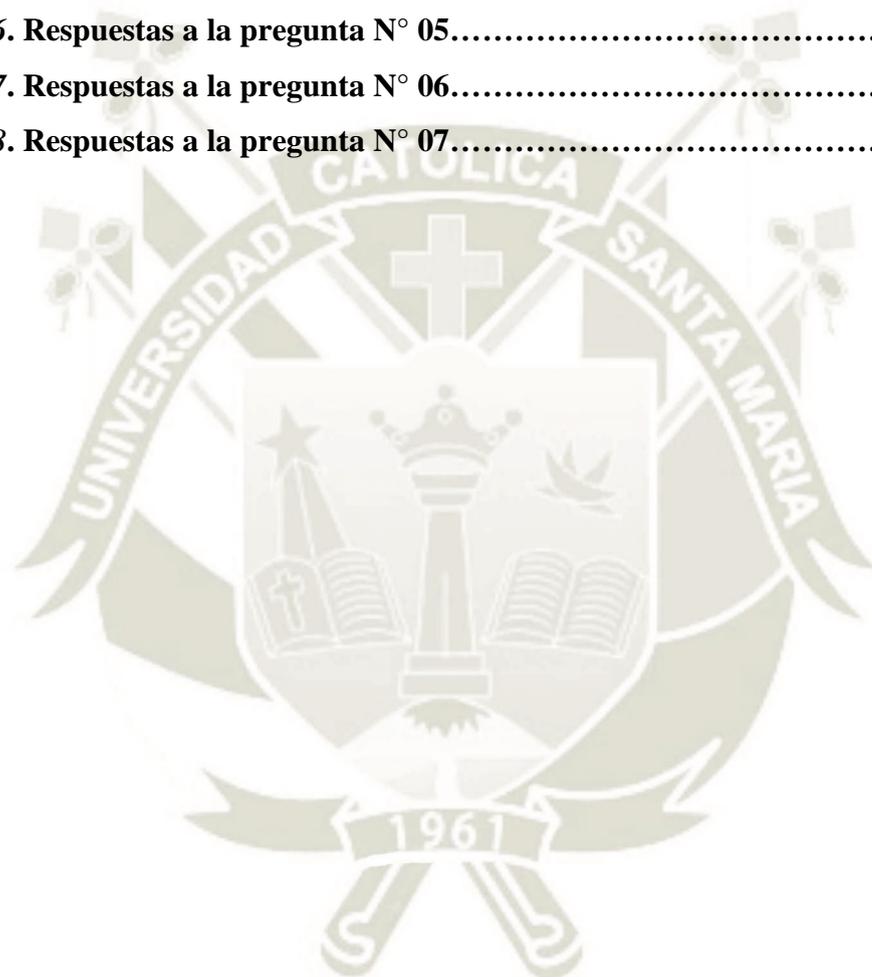
INDICE DE TABLAS

Tabla I Evolución del enfoque sobre la discapacidad.....	15
Tabla 2. Reconfiguración de la capacidad civil en nuestro ordenamiento civil y procesal civil.....	22
Tabla 3. Respuestas a la pregunta N° 01.....	44
Tabla 4. Respuestas a la pregunta N° 02.....	46
Tabla 5. Respuestas a la pregunta N° 03.....	47
Tabla 6. Respuestas a la pregunta N° 04.....	48
Tabla 7. Respuestas a la pregunta N° 05.....	49
Tabla 8. Respuestas a la pregunta N° 06.....	50
Tabla 9. Respuestas a la pregunta N° 07.....	52



ÍNDICE DE GRÁFICOS:

Gráfico 1. Configuración normativa de la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el Perú.....	40
Gráfico 2. Respuestas a la pregunta N° 01.....	45
Gráfico 3. Respuestas a la pregunta N° 02.....	46
Gráfico 4. Respuestas a la pregunta N° 03.....	47
Gráfico 5. Respuestas a la pregunta N° 04.....	49
Gráfico 6. Respuestas a la pregunta N° 05.....	50
Gráfico 7. Respuestas a la pregunta N° 06.....	51
Gráfico 8. Respuestas a la pregunta N° 07.....	52



Lista de Abreviaturas:

CADH: Convención Americana sobre los Derechos Humanos

CC: Código Civil

CPC: Código Procesal Civil

CPP: Constitución Política del Perú

CDPD: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CONADIS: Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad

EXP: Expediente

PJ: Poder Judicial

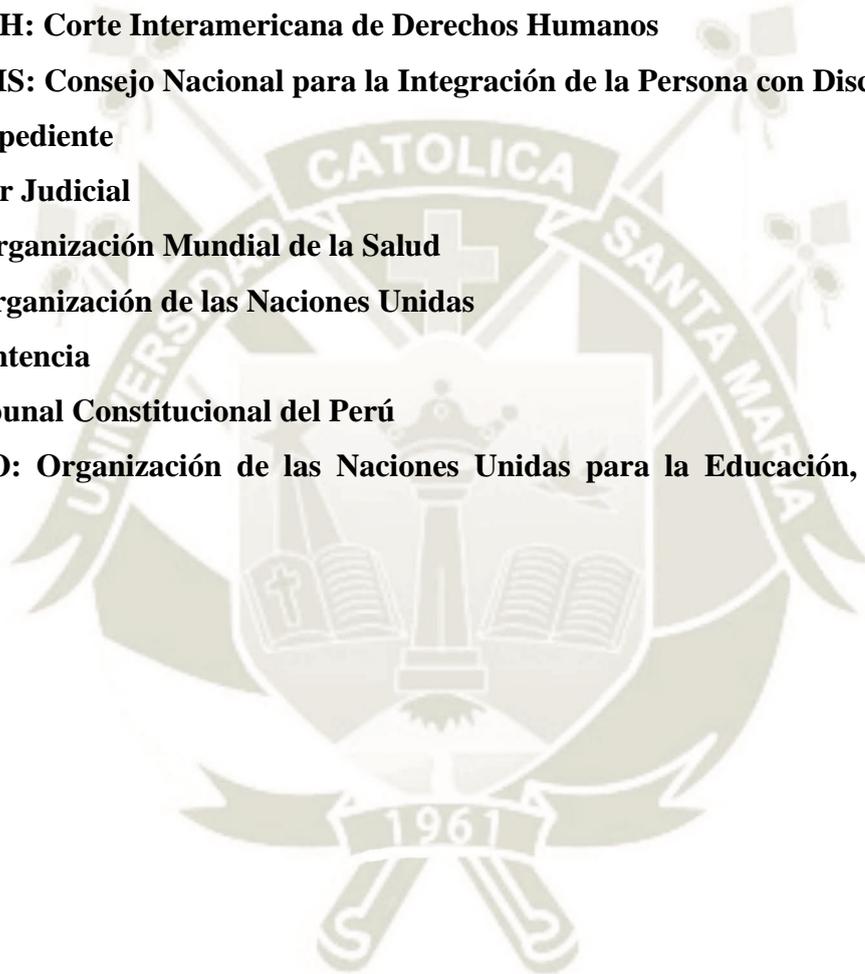
OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de las Naciones Unidas

STC: Sentencia

TC: Tribunal Constitucional del Perú

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura



RESUMEN

La presente investigación se encuentra motivada por la necesidad de tener mayor conocimiento para poder comprender estas nuevas figuras incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el derecho civil. Asimismo, dado que los mecanismos implementados por los dispositivos legales que introducen el apoyo y salvaguardia, al realizar modificaciones importantes en instituciones como la capacidad jurídica, la interdicción, la curatela, etc, y que buscan garantizar la igualdad y la dignidad de todas las personas sin discriminación, exige un tratamiento a nivel constitucional y desde la óptica de los Derechos Humanos. Esta dimensión del derecho civil (la dimensión constitucional) ha estado muchas veces ausente en las reflexiones de la academia, quienes han optado por aspectos más operativos. Por lo que, los objetivos de la presente fueron: determinar de qué manera la configuración actual del régimen de la capacidad jurídica en el Perú permite garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, así como determinar de qué manera en que el sistema de apoyos y salvaguardas en el Perú no permite satisfacer los estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto a la protección del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. Arribando a la conclusión que al haberse emitido normas en el marco del proceso de transición al sistema de apoyos y salvaguardias que se basan aún bajo el parámetro del modelo de sustitución de la voluntad, la transición al sistema del apoyo y salvaguardias no permita garantizar plenamente el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad en el Perú.

Palabras clave: apoyos, salvaguardias, capacidad jurídica, discapacidad, igualdad

ABSTRACT

This research is motivated by the need to have more knowledge to understand these new figures incorporated into our legal system, specifically in civil law. Likewise, given that the mechanisms implemented by the legal mechanisms that introduce support and safeguard, when making important modifications in institutions such as legal capacity, interdiction, curatorship, etc., and that seek to guarantee the equality and dignity of all people Without discrimination, it requires treatment at the constitutional level and from the perspective of Human Rights. This dimension of civil law (the constitutional dimension) has often been absent in the reflections of the academy, who have opted for more operational aspects. Therefore, the objectives of the present were: to determine how the current configuration of the legal capacity regime in Peru allows to guarantee the right to equality of persons with disabilities, as well as to determine how the system of support and safeguards in Peru does not allow to meet the standards of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities regarding the protection of the right to equality of persons with disabilities. Coming to the conclusion that since standards have been issued within the framework of the process of transition to the system of supports and safeguards that are still based on the parameter of the model of substitution of will, the transition to the system of support and safeguards does not fully guarantee the right to equality of persons with disabilities in Peru.

Keywords: supports, safeguards, legal capacity, disability, equality,

INTRODUCCIÓN

El domingo 25 de agosto de 2019, se publica el reglamento de la ley que introduce los apoyos y salvaguardias mediante Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP - Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, instrumento legal que permitirá hacer efectivo el respeto de la capacidad plena de las personas con discapacidad. Es así que la manifestación de la voluntad establecida en el artículo 141° del Código Civil, con la modificación, incluye, además de los diversos medios en los que es posible que una persona puede expresarla, “el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona”.

Uno de los efectos de las normas antes mencionadas es que aquellas personas que hayan sido declaradas interdictas, se les restituirá la capacidad de ejercicio. Dada la reciente reglamentación de los apoyos y salvaguardias, resulta aún prematuro realizar un balance sobre los efectos de dicha modificación al Código Civil en la realidad. Sin embargo, al haberse inspirado en las exigencias de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad contemplada en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, surge la pregunta de si la configuración normativa de la institución de apoyo y salvaguardias en el Perú permite satisfacer los estándares del derecho a la igualdad y no discriminación.

El primer capítulo corresponde al marco teórico donde se definirán los conceptos de capacidad jurídica, sus características y clases. Luego, se expondrá la situación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Por último se analizará el sistema de apoyos y salvaguardias, su configuración legal, recurriendo al derecho comparado y explorando el caso peruano.

El segundo capítulo tratará de los resultados de la investigación, a partir de la información obtenida de las fuentes documentales revisadas y las 23 encuestas aplicadas a los especialistas de los Juzgados Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa realizada en el mes de diciembre de 2019; a través de tablas y gráficas a fin de establecer si la configuración del sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú satisface los estándares relativos al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO I:

CAPACIDAD JURÍDICA

1. CAPACIDAD JURÍDICA:

1.1. Definición:

Se ha definido la capacidad jurídica, como “la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercer dichos derechos por sí misma” (Zunino & Torres, 2017, pág. 41). En el mismo sentido, Galindo Garfias señala que la capacidad “tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo” (Citado por Treviño, 2002, pág. 87). Esta definición genérica, que se presenta como universal, en tanto atributo de la persona.

Para Schleifer la capacidad jurídica implica además de poder ejercer los derechos, poder tomar las propias decisiones por sí mismos en todos los ámbitos de la vida (2014, p. 2) Esta definición resultará importante cuando abordemos el problema de la discapacidad, toda vez que a través de diversas instituciones jurídicas se ha limitado la capacidad de tomar las decisiones por sí mismos a ciertos grupos como las personas con discapacidad. Frente a dicha situación, Valdiviezo anota que la capacidad jurídica

es la aptitud legal que tiene toda persona para tener acceso a todos los derechos y deberes que le confiere la ley dentro del marco del sistema jurídico en que se desenvuelve; aunque realmente no pueda acceder a todos ellos, debido a sus limitaciones naturales y/o oportunidades que se presentan en su transcurrir existencial (Valdiviezo, 2007, pág. 183).

De la definición de Valdiviezo podemos advertir que la capacidad jurídica es un derecho que debe garantizarse a todas las personas, independientemente de si por algún motivo se encuentren en algún momento de la vida con cierta limitación. Otra vez, salta a la vista el caso de las personas con discapacidad. Para Argudo & Quequena, al inspirarse esta forma de comprender la capacidad jurídica en la doctrina

francesa, -siguiendo Gabriel Braudry–Lacantineire- si afirmamos que la capacidad jurídica es la aptitud para el goce o el ejercicio de los derechos, la incapacidad se constituye como un “defecto” en la capacidad (2015, p. 124).

Se suele confundir la capacidad con la personalidad, en tanto esta última, como sostiene Fernández-Sessarego, es:

tan sólo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar “manera de ser”. Cada ser humano, en cuanto ser libre, tiene una cierta “personalidad” que lo identifica y, por consiguiente, lo distingue de los demás. Se trata, precisamente, de la identidad personal que la otorga tanto el peculiar código genético, como la personalidad que cada ser se construye a través de su vida en tanto ser libre y coexistencia (2001, pág. 4).

Sin embargo, pese a su similitud, personalidad y capacidad se diferencian en tanto como Oscar Ochoa, se puede entender la capacidad como “la versión jurídica de la personalidad” (2006, Pág. 227). Al respecto, una diferenciación más amplia señala que:

El concepto de capacidad jurídica coincide con el de personalidad desde una perspectiva estrictamente jurídica. Sin embargo, la personalidad es la emanación jurídica de la persona, es un concepto distinto y previo al de capacidad jurídica que es atribuida por el ordenamiento jurídico. La personalidad es presupuesto e implica la capacidad jurídica; toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica y la tiene desde el comienzo y hasta el fin de su personalidad (Galiano, 2013, pág. 7).

De esta manera, la personalidad es la forma particular en la que el ser humano existe en el mundo, reclama para sí derechos para poder desenvolverse en libertad. Ello explica que la capacidad jurídica sea uno de sus atributos en tanto posibilita el goce de los derechos y el ejercicio de estos, por lo que también se constituye como un derecho fundamental que no puede ser alienado. Por lo que, como explica López (2006, pág. 123), la capacidad jurídica es cualidad esencial de la persona por el solo hecho de

existir.

Podemos rastrear los orígenes de esta institución en Roma, donde se hablaba de tres situaciones que producían efectos sobre la situación (estatus) de la persona: la primera se refiere a su condición de ser libre o esclavo, la segunda a si era ciudadano o extranjero (peregrini) y la última aludía a su posición en la familia (sui iuris o alieni iuris) (Corral, 1990, pág. 303). Sin embargo, no existía una definición clara de la capacidad jurídica en la forma en la que la entendemos actualmente, diferenciada de la personalidad.

1.2. Clases de capacidad jurídica:

El Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0518-2004-AA, ha señalado que la capacidad, en tanto derecho, se manifiesta de dos formas: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La capacidad de goce que se refiere al atributo o facultad de la persona de ser sujeto de derechos y obligaciones. La capacidad de ejercicio a la facultad de producir a partir de su voluntad, efectos jurídicos que tengan validez respecto a sí mismo o para otros, haciéndose responsable por las consecuencias que puedan devenir de ellos (fundamento 6).

1.2.1. Capacidad de goce:

Galindo Garfias señala respecto a la capacidad de goce al ser un elemento de los que integran la personalidad que posee toda persona, su existencia no está limitada a la existencia de la otra manifestación de la capacidad: la capacidad de ejercicio (Treviño, 2002, pág. 87). Asimismo, Galiano sostiene que:

La capacidad de derecho, goce o adquisición, atributo esencial de la persona, existe por el solo hecho de ser tal, implica la posibilidad de adquirir, tener, ser titular de facultades, derechos y deberes. Empero, no a todas las personas el ordenamiento jurídico puede reconocer el ejercicio de su capacidad en la misma medida, pues no siempre los individuos reúnen los requisitos exigidos para intervenir en relaciones jurídicas concretas (Galiano, 2013, pág. 7).

Es así que si bien la capacidad de goce, en términos generales está garantizada a todas las personas en tanto tales, por ser un atributo de su personalidad, en los ordenamientos jurídicos la capacidad de ejercicio no ha sido regulada ni reconocida en los términos universales con los que se reconoce la capacidad de goce. Por lo que, históricamente la capacidad de goce ha sido limitada en diversos momentos. Al respecto, Treviño (2002), señala lo siguiente:

La capacidad de goce no siempre se ha reconocido a los individuos, pues ha habido instituciones que la restringían notablemente; piénsese por ejemplo, en la esclavitud y la muerte civil, que suprimían casi totalmente la capacidad. El esclavo era considerado más bien como cosa que como persona; sin embargo, se le concedía una capacidad muy limitada a fin de poder realizar los actos más indispensables para subsistir; lo mismo sucedía para el que se le había impuesto la muerte civil por haber abrazado cierto estado religioso o por haber cometido determinados delitos. Los bienes de la persona a quien se le imponía la muerte civil, se repartían conforme a su testamento o conforme a las disposiciones de la ley. Si estaba casado, su cónyuge quedaba viudo y podía contraer nupcias nuevamente; más, al muerto civil se le concedía, por supuesto, una capacidad muy limitada que le permitiera celebrar los actos más indispensables para poder sobrevivir (Treviño, 2002, pág. 88).

Es así como, la esclavitud y la muerte civil son el claro ejemplo, de que a lo largo de la historia, la limitación de la capacidad jurídica a través de la asignación de cierto “estatus” legal, resultaba en una pérdida de la autonomía individual, lo que en la época contemporánea se convertiría en uno de los valores indispensables del Estado de Derecho, y en su forma actual, el Estado Constitucional de Derecho.

En el caso peruano, se reconoce la capacidad de goce universal en el artículo 3° del Código Civil, correspondiente al Libro I de Derecho de Personas.

1.2.2. Capacidad de ejercicio:

La capacidad de ejercicio entendida como la capacidad que tienen las personas para actuar ejercitando sus derechos, contrayendo obligaciones por sí misma (por ejemplo,

a través de la celebración de contratos) y la posibilidad de cumplirlos (Treviño, 2002, pág. 89), como advertimos, está sujeta a las condiciones y límites que establecen los ordenamientos jurídicos. En este sentido, Galiano sostiene que:

La capacidad de hecho, también llamada capacidad de obrar o de ejercicio, es la aptitud o idoneidad para la realización de actos jurídicos eficaces, o sea, es la posibilidad que tiene una persona de ejercitar por sí misma, sin la intervención de terceros, los derechos que posee y que le han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico, ésta, por consiguiente, no corresponde a toda persona ni es igual para todas ellas, algunos la poseen plenamente, otros de forma restringida y otros carecen totalmente de ella (Galiano, 2013, pág. 8).

Respecto a la importancia de la capacidad jurídica, podemos decir que esta reside en que permite que las personas puedan ejercitar aquellos derechos de los que son titulares, desde cosas tan cotidianas como elegir donde vivir, disponer de sus bienes hasta votar o participar en las cuestiones públicas. Es decir, permite que las personas tengan una vida autónoma y digna, por lo que carecer de esta puede colocarlas en un estado de vulnerabilidad (Schleifer, 2014, pág.2).

De esta manera, cobra vital importancia la posibilidad de tomar las decisiones por sí mismo, sin embargo, el reconocimiento de la capacidad implica algunas otras cosas que tienen que ver con la indebida injerencia en la esfera de su autonomía, para cual a lo largo de la historia se han reconocido derechos que buscan protegerla (la libertad de expresión, el respeto a su vida privada y familiar, la libertad de pensamiento y conciencia, etc.) (Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, 2012, pág. 12).

En síntesis, una persona que tiene capacidad es capaz de tomar decisiones sobre cosas que afectan su vida diaria, como: donde vivir, qué comprar, qué apoyo o servicios necesitan, hacer un testamento, casarse, celebrar un contrato, recibir tratamiento médico, etc. Las personas que tienen capacidad pueden vivir sus vidas de manera independiente. Pueden decidir qué es lo mejor para ellos y pueden tomar o dejar el consejo de otros. Por ejemplo, cuando una persona tiene la capacidad de tomar una

decisión en particular, puede hacer todo lo siguiente: entender los hechos involucrados, entender las principales opciones, sopesar las consecuencias de las elecciones, entender cómo les afectan las consecuencias, comunicar su decisión. Restringir la capacidad legal de una persona hace que sea mucho más difícil para esa persona vivir independientemente y como miembro de pleno derecho de la sociedad.

2. CAPACIDAD JURÍDICA Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

2.1. Definición de discapacidad:

El término discapacidad para referirse a “deficiencias, discapacidades en la actividad y restricciones en la participación, expresa los aspectos negativos de la interacción del individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (ambientales y personales)” (OMS, 2001, pág. 4). Por lo que una discapacidad se puede definir como una condición o función que se considera significativamente afectada en relación con el estándar habitual de un individuo o grupo. Asimismo, se usa para referirse al funcionamiento individual, incluyendo el deterioro físico, el deterioro sensorial, el deterioro cognitivo, el deterioro intelectual, la enfermedad mental y varios tipos de enfermedades crónicas.

Sin embargo, a lo largo de la historia el concepto de discapacidad ha ido cambiando, desde una concepción mágico-religiosa de las culturas antiguas hasta lo que hoy se conoce como el enfoque social de la discapacidad. Esta evolución podemos observarla en el siguiente cuadro:

Tabla I Evolución del enfoque sobre la discapacidad

Época	Enfoque	Tratamiento	Actitud a nivel social
En las culturas antiguas	Enfoque mágico-religioso: la locura y los grandes trastornos físicos o sensoriales son debido a la	Remedios: magia e intervención de brujos y Chamanes, masajes, baños de hierbas.	Objeto de rechazo y a veces causa de muerte. Postración pasiva y culpabilizada.

	intervención de poderes sobrehumanos que ponen a prueba o castigan a las personas por algún mal cometido.		
Desde s. XV	Enfoque técnico y secularizado de la discapacidad como resultado de fenómenos naturales (accidentes) que requieren una terapia adecuada que otras enfermedades.	Instituciones manicomiales orientadas a la rehabilitación con tratamientos que persiguen la inserción social de los pacientes	Efecto estigmatizador: Prevalen las etiquetas y una práctica paternalista que refuerza la dependencia respecto a las instituciones y el desarrollo de nuevas formas de discriminación social y laboral-
Finales s. XIX y II Guerra Mundial	Enfoque médico y asistencial: Identificación y explicación de muchos trastornos, relacionados con factores físicos (bioquímicos, traumáticos y perinatales) como psíquicos (formas de aprendizaje o socialización infantil)	Atención educativa y asistencial del estado: Creación de “Centros especiales” de educación y ocupación.	Efecto estigmatizador: Prevalece las etiquetas y una política/paternalista que refuerza la dependencia respecto a las instituciones y el desarrollo de nuevas formas de discriminación social y laboral.
2° Mitad del	Se pone acento en el	Se favorecen	Movimiento social

s. XX	origen social de la discapacidad: prevención, rehabilitación e inserción comunitaria.	centros de salud y servicios comunitarios. Se defiende la inclusión y normalización escolar y laboral con el soporte que sea necesario.	a través de asociaciones formadas por personas con discapacidad y familiares que defiende los derechos de las personas con discapacidad
-------	---	--	--

Nota. Tomado de Comunidad de Madrid, s/a, pág. 3.

La discapacidad se conceptualiza como una experiencia multidimensional para la persona involucrada. Puede haber efectos en los órganos o partes del cuerpo, y puede haber efectos en la participación de una persona en áreas de la vida. La Clasificación Internacional de Funcionamiento, Discapacidad y Salud (2001) reconoce tres dimensiones de la discapacidad: estructura y función del cuerpo (y su deterioro), actividad (y restricciones de actividad) y participación (y restricciones de participación). La clasificación también reconoce el papel de los factores ambientales físicos y sociales para afectar los resultados de la discapacidad.

2.2. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad:

Las discapacidades pueden afectar a las personas de diferentes maneras, incluso cuando una persona tiene el mismo tipo de discapacidad que otra persona. Algunas discapacidades pueden estar ocultas, conocidas como discapacidad invisible. Existen muchos tipos de discapacidades, como las que afectan la persona: vista, audición, cognitiva, aprendizaje, movimiento, salud mental, memoria, comunicación o relaciones sociales. Por lo que, a primera vista, se puede inferir de la definición de discapacidad que existen limitaciones para el ejercicio de la capacidad. Bajo esta concepción, la situación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, hasta hace algunos años se puede describir de la manera siguiente:

la capacidad de ejercicio era un derecho vedado para las personas con discapacidad, pues pese a ser titulares de derechos y obligaciones, se les

limitaba la posibilidad de ejercicio por cuenta propia, implicándoles vivir bajo el yugo de un modelo asistencialista que limitaba su autonomía y capacidad de decisión sobre los asuntos que afectaban su proceso de vida, quedando relegado el ejercicio de este derecho fundamental a terceros quienes tomaban las decisiones por ellos (Vallejo Jiménez, Hernández Ríos, & Posso, 2017, pág. 5).

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 3° que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Este derecho ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales [, lo cual] implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de derechos y deberes (Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de setiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 87)

Asimismo, en los casos Anzualdo Castro Vs. Perú (2009), Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (2006), Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana (2005) la corte ha establecido que el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica determina la condición de titular (o no) de derechos. Asimismo, que el no reconocimiento de su condición de sujeto de derechos coloca a la persona en situación de vulnerabilidad, por lo que el Estado debe garantizar las condiciones para que todas las personas sin excepción puedan ejercitar sus derechos. En este sentido, como señala Bariffi, así como la personalidad es la condición de acceso a la titularidad de derechos, la capacidad jurídica es la condición de ejercicio de aquellos (2009, pág. 357).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual fue suscrita por el Perú el 30 de marzo del 2007, el Estado Peruano, entrando en vigor el 3 de mayo del 2008, establece en el inciso 1 del artículo 4°: “Los Estados Partes se

comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”. De esta manera, a partir de instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos como el mencionado, máxime si gozan de carácter vinculante, surge la obligación de revisar las instituciones a fin de determinar si estas permiten satisfacer sus exigencias.

2.3. Restricciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad:

En diversos países de América Latina, la capacidad jurídica, ha sido tratada de una manera puramente técnica desde un enfoque iusprivatista, lo que ha generado que muchas veces se deje de lado las exigencias de los derechos humanos (Cuenca, 2011, págs. 224-225). Así, en el caso peruano, partiendo de esa concepción tradicional, se preveía instituciones como la interdicción y la curatela, las cuales se basaban en la sustitución de la voluntad (Bolaños, 2018, pág. 8).

La interdicción podemos definirla como la reducción de la capacidad para obrar (Albaladejo, 2013, pág. 183), la cual es declarada judicialmente, prohibiéndole desarrollar determinados actos al declararlo incapaz absoluta o relativamente, nombrándosele a un representante establecido por Ley (patria potestad, tutela, curatela) (Dávila, 2013).

Según el artículo 547° del Código Procesal Civil, el proceso de interdicción se tramita como un proceso sumarísimo y son competentes los jueces de familia, quienes deberán declarar o no la interdicción y pronunciarse sobre la designación del representante. En este sentido, la redacción anterior a la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 1384 del artículo 581° sostenía lo siguiente:

El juez al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquel. En caso de duda sobre los límites de la curatela, o si a juicio del curador fuere necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción.

Los efectos de esta declaración, según el artículo 45° (modificado por el Decreto

Legislativo N° 1384) eran los siguientes: “los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela”. En el caso de las personas discapacitadas interdictadas mayores de edad, el representante era el curador, el cual podemos definir como una institución que se basa en la designación de una persona que rige y gobierna a la persona interdictada así como a sus bienes, representándolo en los actos civiles (Jara & Gallegos, 2011, pág. 539). Estas instituciones, se caracterizaron por basarse en un modelo de sustitución de la voluntad, lo cual contraviene lo establecido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; es así que surgen diversas voces que llamaron la atención de esta situación y la necesidad de una reforma, como podemos observar en el extracto de la sentencia siguiente:

En la sentencia 02480-2008-PA/TC este Colegiado expuso que ‘la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición psíquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación’ (fundamento 13). Sin embargo, de ello no se debe inferir de ningún modo que las personas con discapacidad mental adolezcan de voluntad o que su voluntad no tenga valor alguno (Tribunal Constitucional, STC N° 2313-2009-HC/TC, fund. 4).

Es así que en septiembre 2018, se promulga el Decreto Legislativo N° 1384 – Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, el cual introduce una serie de modificaciones al Código Civil (artículos 3°, 42°, 44°, 45°, 140°, 141°, 221°, 226°, 241°, 243°, 389°, 466°, 564°, 566°, 583°, 585°, 589°, 606°, 610°, 613°, 687°, 696°, 697°, 808°, 987°, 1252°, 1358°, 1994° y 2030°) Código Procesal Civil (artículos 21°, 24°, 61°, 66°, 79°, 207°, 408°, 446°, 451°, 581°, 583°, 749°, 781°, 782°, 827°), teniendo como eje central romper con las concepciones tradicionales de la discapacidad, abordando un enfoque que privilegia el derecho a la igualdad. Este cambio de enfoque se puede observar con mayor claridad en el artículo 3°.

Antes de la modificación, el artículo 3° del Código Civil establecía lo siguiente sobre

la capacidad de goce: “Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”. Una vez entrado en vigor el Decreto Legislativo N° 1384, se modifica en los términos siguientes:

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.

Asimismo, con la finalidad de garantizar esta nueva configuración de la capacidad jurídica de las personas discapacidad, mediante artículo 3° se incorpora el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil, introduciéndose la figura del apoyo y salvaguardia. De esta forma, la capacidad jurídica en nuestro ordenamiento civil y procesal civil se ha reconfigurado de la manera siguiente:

Tabla 2. Reconfiguración de la capacidad civil en nuestro ordenamiento civil y procesal civil

SUPUESTO	ANTES			AHORA			
	Situación	Art	Medida	Situación	Art	Medida	
Mayor de 18	Capacidad plena de ejercicio	42	¿?	Capacidad de ejercicio plena	42		
Casado mayor de 14 (16) años							
Ejerce paternidad							
Mayores de 14 (solo para reconocimiento, gastos de embarazo, tenencia, alimentos, filiación extramatrimonial)		46		46			
Mayor de 16 años con título de profesión u oficio			¿?	¿42?			
Entre 16 y 18 años	Incapacidad relativa de ejercicio	44.1	Patria potestad o tutela (45, 502)	Capacidad de ejercicio restringida	44.1	Patria potestad o tutela (45-A, 502)	
Retardado mental		44.2	Curatela con interdicción (45, 564, 566)	Capacidad de ejercicio plena	42	Con voluntad: apoyo y salvaguardias judicial o notarial (45-B.1) Sin voluntad: apoyo y salvaguardias judicial (45-B.2, 659-E)	
Deterioro mental		44.3					
Pródigo		44.4					
Mal gestor		44.5					
Ebrio habitual		44.6					
Toxicómano		44.7		44.4	Curatela con interdicción (45-A, 581)		
Penado con interdicción civil anexa		44.8	Curatela sin interdicción (45, 564, 566)	Capacidad de ejercicio restringida		44.8	Curatela sin interdicción (45-A)
Estado de coma sin apoyo		¿?				44.9	Apoyo y salvaguarda previo (45-B.4) o judicial posterior (45-B.5, 659-E)
Menor de 16 años, salvo excepciones		43.1	Patria potestad o tutela (45, 502)	Incapacidad absoluta de ejercicio		43	Patria potestad o tutela (45-A, 502)
Privado de discernimiento	43.2	Patria potestad, tutela o curatela (45, 502, 564)	Capacidad de ejercicio plena	42	(sin voluntad) apoyo y salvaguardias judicial (45-B.2, 659-E)		
Personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable	43.3				(con voluntad) apoyo y salvaguardias judicial o notarial (45-B.1)		

Nota: Tomado de Tantaleán, 2019, pág. 206.

CAPÍTULO II

APOYOS Y SALVAGUARDIAS

1. SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS:

La introducción del Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III en el Código Civil, por el Decreto Legislativo N° 1384, establece la figura del apoyo y salvaguardia. El artículo 659-B del Código Civil define a los apoyos 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.

El artículo 659-G, establece que 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.

Ambas nociones, se refieren a mecanismos que están orientados a garantizar la libre expresión de la voluntad en el ejercicio de los derechos con igualdad de las personas con discapacidad. Podemos encontrar la fundamentación de ambas figuras en el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad denominado “Igual reconocimiento como persona ante la ley”. Sobre el apoyo establece: “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”. Respecto a la salvaguardia, dicho artículo prescribe que: “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”.

Es posible comprender a estos mecanismos a partir de la idea de instalar complementos para garantizar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad. De esta manera, consisten en “colocar el apoyo o sostén para compensar ciertas dificultades que el devenir de la vida le plantea a una persona” (Zunino & Torres, 2017, pág. 40). Esta idea se encuentra contemplada en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1384, promulgada mediante Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP, específicamente en el inciso 1 del artículo 2°, en la definición de Ajustes razonables para la manifestación de voluntad:

(...) Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar el goce y ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Pese a que las figuras de los apoyos y salvaguardias para asegurar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad han sido recientemente introducidas en nuestro ordenamiento jurídico, podemos encontrar diversos antecedentes en el derecho comparado.

Como señala Poma (2017), en el año 1989 Suecia elimina la tutela para los adultos con discapacidad, siendo el primer país en hacerlo; en 1994 promulgó una ley que establece formas de apoyo y servicio para personas con ciertas discapacidades funcionales, en remplazo del sistema de interdicción. Asimismo, señala que una de las figuras más importantes establecidas en este sistema de apoyos es la de los mentores, los cuales

(...) son nombrados para las personas con discapacidades intelectuales y mentales, esto al requerir de apoyo con sus actividades legales, financieras o personales. La designación de un mentor, a diferencia del tutor, no altera el disfrute de los derechos civiles por la persona con discapacidad. El mentor actúa exclusivamente con el consentimiento de la persona. Para designar al mentor, el

juez analiza y estudia la relación que existe entre el mentor y la persona con discapacidad, donde posteriormente diseña un plan de acuerdo con la necesidad de la persona con discapacidad. El procedimiento de designación del mentor es relativamente informal, rápido y gratuito para el que aplica. Puede solicitar la persona con discapacidad, un familiar cercano o un funcionario público determinado. El servicio de mentor es retribuido y generalmente solamente presta sus servicios a una persona, aunque en ocasiones puede ser más de una. Finalmente, si la persona con discapacidad no tiene fondos, los costos los asume el gobierno (Poma, 2017, pág. 165).

Del mismo modo, en Italia, en el año 2004 se modifica el Código Civil de ese país, introduciéndose una nueva figura: “*l’amministrazione di sostegno*” (traducida como administración de apoyo) el cual frente a la persona con discapacidad, en vez de someterla a un proceso de interdicción, nombra una persona que:

Velará por la persona y su patrimonio. Se trata de una medida que, además de otras características, no involucra a la persona en un proceso de incapacitación ni cuestiona, stricto sensu, su capacidad de obrar, que conserva salvo para los actos que se atribuyan exclusivamente (a modo de representante) o bajo régimen de asistencia la ads. (Álvarez & Seoane citado por Poma, 2017, pág. 163)

En el 2007, se produce una reforma en la *Mental Capacity Act* del 2005 del Reino Unido establece un modelo de apoyos flexibles para las personas con discapacidad, los cuales tienen como función asistirlos en sus actos ordinarios, eliminando los excesivos requisitos procesales. Asimismo, se crea un Tribunal de Protección, el cual vela porque los apoyos y los representantes no actúen con fraude o ejerzan una influencia indebida. Asimismo, como apunta Poma (2017):

Por otro lado la *MCA* regula la posibilidad de que la persona que carece de capacidad cuente con el denominado *LASTING POWERS OF ATTORNEY*, los llamados poderes de representación duraderos para la toma de decisiones, régimen legal que confiere validez para el ámbito patrimonial y personal, que comprende asuntos referidos a la salud, los tratamientos médicos y al bienestar

de la persona. Esta medida de apoyo está sometida a límites, respecto a la actuación del representante, quien es sujeto globalmente al criterio del mayor interés (pág. 164).

En este sentido, podemos definir a los apoyos, como la asistencia que es elegida libremente por la persona mayor de edad que, tiene buscar garantizar el ejercicio de sus derechos asistiéndolo al momento de expresar o interpretar su voluntad respecto a actos jurídicos.

Como sostiene Caicay (2020), es en esta última función, la de la interpretación de la voluntad de las personas con discapacidad, la que conviene realizar unas precisiones. Cuando los apoyos se encuentran en la posición de interpretar la voluntad de las personas asistidas deben tener en cuenta las expresiones previas de voluntad de la persona asistida en situaciones similares y recabar toda la información necesaria recurriendo a personas que sean de entera confianza del asistido.

Para mejor, comprensión, los apoyos, siguiendo a Dávila (2020) se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Por el tipo de apoyo: podemos clasificarlos en apoyos libres, los cuales son designados por la persona que va a ser asistida de manera voluntaria. También pueden ser apoyos designados por terceros, estos son los apoyos de tipo excepcional.
- Por la sede en la que designan los apoyos: pueden ser designados en sede notarial, cuando se trate de un apoyo libre; y en sede judicial, pueden ser de tipo libre o de manera excepcional.

En el caso de la designación excepción, si bien, los alcances de esta función son variables y esto no supone que ejerza facultades de representación, estas se pueden dar como excepción frentes a tres situaciones:

- Cuando la facultad de representación estriba en la voluntad expresa de la persona que solicita el apoyo.
- Cuando la persona con discapacidad que requiere asistencia no puede expresar

su voluntad.

- Cuando la persona a ser asistida se encuentre en estado de coma y no haya podido designarlo con anterioridad.

En los dos últimos supuestos, la designación la realiza el juez. En el caso de las salvaguardas, se comprenden estas como aquellas medidas que están destinadas a garantizar que los apoyos designados cumplan con sus funciones respetando las preferencias y la voluntad de la personas a la que asisten, evitando, de esta manera, que se produzcan abusos por parte de los apoyos. Ambas definiciones corresponden a la manera en la que son introducidas en el Código Civil en el artículo 659° literal B y G.

A modo ilustrativo podemos observar la manera en la que funciona el sistema de apoyos y salvaguardas en el ejemplo siguiente, propuesto por Dávila (2020):

Un hombre de 65 años llamado Juan cuenta con un informe médico que señala que reconoce su padecimiento de Alzheimer, lo que incluye capacidades cerebrales deterioradas, así como padecimientos de tipo irreversible. Este documento, fue ratificado en audiencia por su médico. Cuando el juez preguntó algo al hombre, este no pudo responder o manifestar su voluntad de manera alguna. Al no poder expresar su voluntad, el hijo de Juan solicita el apoyo judicial de manera excepcional, siendo declarado apoyo de su padre. Además del proceso en el que es parte Juan, también necesita apoyo para otras actividades cotidianas, como son el cobro de pensión o el cobro de alquileres. Es así, que de manera excepcional, se le otorgará a su hijo facultades de representación para efectuar el cobro y facultades de administración para cobrar los alquileres.

En el caso descrito, las salvaguardas operarían mediante las audiencias y diligencias que ordene el juez para verificar que el hijo de Juan esté cumpliendo con el mandato, haciendo lo posible por que se haga la voluntad y respeten las preferencias de su padre.

2. DERECHO A LA IGUALDAD PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

a. Derecho a la igualdad:

La importancia del derecho a la igualdad, reside en el hecho que “la igual dignidad de toda persona el fundamento de todos los derechos fundamentales, del orden constitucional, como asimismo constituye un principio de *ius cogens* en el ámbito del derecho internacional” (Nogueira, 2006, pág. 801).

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas en su preámbulo establece que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Asimismo, el artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación (...) nacimiento o cualquier otra condición social.

Respecto a la discriminación, podemos citar los siguientes instrumentos del derecho internacional. El artículo 1(a) del Convenio de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación N° 111 establece:

A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

En el mismo sentido el artículo 1° de la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960) señala que:

A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el

nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato...

A partir de dichos dispositivos es posible identificar ciertos rasgos característicos sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, los cuales tienen su origen en el respeto a la dignidad de la persona humana y la prohibición de establecer distinciones que resulten lesivas a dicha condición. Sin embargo, no existe una sola definición en el derecho internacional de los derechos humanos del derecho a la igualdad.

En este sentido, Anne Bayefsky (1990) propone las siguientes notas características desde una visión holística sobre el derecho a la igualdad y no discriminación desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos:

- No todas las diferencias de trato son discriminatorias o bien la igualdad no significa trato idéntico.
- Una distinción es discriminatoria (a) si no tiene justificación objetiva y razonable o si no persigue un fin legítimo; o (b) si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo.
- Al menos cuando se trate de distinciones fundadas en la raza (incluyendo el color de la piel y el origen nacional o étnico), el sexo y la religión, será más difícil establecer la legitimidad del fin y la razonabilidad de la relación entre el fin y los medios empleados para lograrlo.
- Las creencias tradicionales o prejuicios locales no se aceptan como justificación razonable de un trato diferente.
- El propósito o intención discriminatorio no es un requisito de la discriminación.
- Las preferencias podrían ser discriminatorias si tienen el efecto de menoscabar la igualdad.
- La no discriminación se aplica a todos los actos estatales, independientemente de si dichos actos son exigidos por el derecho internacional.
- Las medidas especiales o acciones afirmativas serán coherentes con la

igualdad o no discriminación siempre y cuando: se apliquen con el consentimiento de los miembros del grupo; se adopten con la finalidad exclusiva de lograr la igualdad; sean temporales; se discontinúen cuando se haya alcanzado el objetivo; no entrañen la mantención de estándares desiguales o separados.

- Las medidas positivas del Estado y, en ciertos casos, la acción afirmativa o trato preferencial, son necesarias, en ocasiones, con el fin de que el Estado pueda cumplir con su obligación de respetar la igualdad.

- La necesidad de medidas positivas del Estado se puede ampliar a la protección de las personas de impedimentos a la igualdad impuestos por terceros particulares (pág. 33).

En nuestro país, el derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra establecido en el artículo 2.2° de la Constitución Política. De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano este dispositivo incluye una doble dimensión, la igualdad como principio y como derecho. Es un principio en tanto permite la convivencia social en armonía y es un derecho en tanto toda persona puede oponer como garantía frente al Estado para que lo respete y proteja (fundamento 9 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0606-2004-AA/TC y el fundamento 4 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 03525-2011-PA/TC). Respecto a la discriminación, dicho órgano colegiado ha reconocido que no toda distinción implica discriminación, sino que constituye discriminación cuando una situación de trato desigual carece de justificación objetiva y razonable (fundamento 4 de la sentencia recaída en el Exp. N° 2861-2010-AA/TC).

Para el SENADIS (2014), la importancia del reconocimiento de la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad radica en que de esta manera se terminará con la exclusión de este grupo de personas del ejercicio libre de sus derechos, potenciando su autonomía a través de los apoyos, institución reconocida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

b. Estándares del Derecho a la igualdad en el Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

El Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en tanto uno de los instrumentos internacionales más importantes para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, comprende estándares que deben cumplir los Estados para garantizar el respeto a sus derechos. Entre los derechos que comprende el Convenio, se encuentra el derecho a la igualdad. El artículo 12° establece los siguientes estándares:

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.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos

bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

De esta manera, el artículo 12° es “corazón” de la transición de un modelo de sustitución de la voluntad donde las personas con discapacidad son objetos de protección y cuidado a sujetos activos con plenos derechos (Cuenca Gómez et al., 2017, pág. 132). Sin embargo ante los problemas de interpretación respecto a los alcances de la Convención, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ha emitido informes explicando el contenido principalmente del artículo 12°.

Es así como en la Observación General N° 1 (2014), sobre el primer inciso Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU señala:

En el artículo 12, párrafo 1, se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito previo para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona (párr.10).

Es decir, los Estados deben revisar y adecuar su legislación eliminando el trato discriminatorio relativo a los derechos derivados de la personalidad jurídica, como la nacionalidad, el nombre, etc. Respecto al segundo inciso, el Comité señala que este incluye:

En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos que ofrece el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos (Observación General N° 1, 2014, párr. 11).

Por lo que, no se debe realizar distinciones al momento de reconocer la capacidad a las personas con discapacidad (ello derivado de su carácter universal) sin perjuicio de establecer los apoyos necesarios. Es así que, en este inciso se encuentra la justificación para la abolición de instituciones –que resultarían discriminatorias- como la interdicción o la curatela, así como las evaluaciones para determinar grados de discapacidad funcional que justifiquen el no reconocimiento de la igual capacidad jurídica para las personas con discapacidad.

Sobre el sistema de apoyos establecido en el inciso 3 del artículo 12° el Comité señala que ello implica:

En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a recibir apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos. (...) El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y officiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse (Observación General N° 1, 2014, párrs. 14-15).

En dicho comentario, el Comité señala que el establecimiento de apoyos debe reemplazar de manera absoluta los mecanismos y mecanismos basados en la sustitución de la voluntad (como la interdicción). Asimismo, advierte que no hay una lista taxativa de las formas en las que se puede prestar este apoyo, por lo que se otorga discrecionalidad a los Estados para poder establecer mecanismos para determinar estas en cada caso. Respecto al inciso 4 del artículo 12°, el Comité señala que

En el artículo 12, párrafo 4, se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El artículo 12, párrafo 4, debe interpretarse en conjunción con el resto del artículo 12 y toda la Convención. Exige a los Estados partes crear salvaguardias apropiadas y efectivas para el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos en igualdad de condiciones con las demás personas (Observación General N° 1, 2014, párr. 18).

Es decir, la incorporación de salvaguardas como complemento de los apoyos, debe tener como finalidad que se respeten la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, por lo que si bien en alguna situación no sea posible determinar esta, el apoyo debe realizar un esfuerzo para interpretar de la mejor manera posible la voluntad y preferencias. Sobre el inciso 5 del artículo 12°, el Comité señaló:

El artículo 12, párrafo 5, obliga a los Estados partes a adoptar medidas (entre otras, medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas prácticas), a fin de garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás. Tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y la propiedad en función del modelo médico de la discapacidad. Ese criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica, de acuerdo con el artículo 12, párrafo 3. De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad (Observación General N° 1, 2014, párr. 19).

De esta manera, lo que busca el inciso 5 es terminar con las situaciones de exclusión relativas a los derechos de carácter patrimonial que han sufrido las personas con

discapacidad en base al modelo anterior de sustitución de la voluntad.

3. EL MODELO SOCIAL SOBRE DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO:

3.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos:

a) Caso Ximenes Lopes vs. Brasil:

En este caso la corte declara la responsabilidad del Estado brasileño por los tratos inhumanos que sufrió un hombre con discapacidad mental en una casa de reposo y rehabilitación, los cuales dieron como resultado la muerte del paciente. Respecto al deber de respeto de la autonomía de las personas con discapacidad (en este caso el de las personas con discapacidad mental la corte sostuvo:

El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado (Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, párr. 130).

Si bien en dicho caso, no se asume a plenitud el modelo social, resulta importante que haya reconocido el deber del Estado y la sociedad de adoptar la presunción de capacidad respecto a la posibilidad de que puedan expresar su voluntad y que esta sea respetada.

b) Caso Furlan y familiares vs. Argentina:

En este caso se declaró la responsabilidad del Estado argentino respecto a la discapacidad física y mental ocasionada por un golpe en la cabeza mientras el niño Sebastián Furlan se encontraba jugando en un terreno propiedad del ejército, produciéndose una falta de atención debida y denegación al acceso a la justicia. En esta sentencia, la corte se refiere específicamente al modelo social:

la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas (Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, párr. 133).

Es así que la Corte deja atrás el modelo basado exclusivamente en la cuestión médica, adoptando este nuevo paradigma que reconoce las dimensiones sociales que constituyen impedimentos para el ejercicio libre de los derechos de las personas con discapacidad.

c) Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica

En este caso, la corte señaló que la prohibición de aplicar técnicas de reproducción asistida es constitutiva de lo que la corte ha considerado como “discapacidad reproductiva”:

Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (supra párr. 288), la Corte

considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva (Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, párr. 293).

En este caso podemos ver que la corte adopta el modelo social en tanto identifica como elementos constitutivos de la discapacidad a factores externos como las condiciones sociales (en este caso, la imposibilidad de acceder a técnicas de reproducción asistida).

d) Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala

En este caso, la Corte responsabiliza al Estado por no haber adoptado ajustes razonables y que condujo a la muerte de una reclusa en un centro penitenciario producto de las condiciones inadecuadas para transitar con silla de ruedas:

El derecho a la accesibilidad desde la perspectiva de la discapacidad comprende el deber de ajustar un entorno en el que un sujeto con cualquier limitación puede funcionar y gozar de la mayor independencia posible, a efectos de que participe plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás. En el caso de personas con dificultades de movilidad física, el contenido del derecho a la libertad de desplazamiento implica el deber de los Estados de identificar los obstáculos y las barreras de acceso y, en consecuencia, proceder a eliminarlos o adecuarlos, asegurando con ello la accesibilidad de las personas con discapacidad a las instalaciones o servicios para que gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible (Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala, párr. 214).

De esta manera, la Corte reconoce que el modelo social exige que se creen las condiciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos procurando alcanzar el mayor grado de independencia, por lo que el Estado debe garantizar los ajustes necesarios para garantizar la accesibilidad.

3.2. Tribunal Constitucional Peruano:

a) “Caso Jane Camacho Cósar y otros”:

Este caso tuvo como origen una demanda de amparo presentada por un grupo de personas con discapacidad respecto al impedimento de ingresar con perros guías por parte de un supermercado, por lo que afirmaron ser discriminados y haber sido vulnerados en su derecho al libre tránsito. El Tribunal Constitucional se referirá a los ajustes razonables en los términos siguientes:

El Tribunal debe hacer notar que todas las actividades en las que participa ser humano –educativas, laborales, recreacionales, de transporte, etcétera– han sido planeadas para realizarse en ambientes físicos que se ajustan a los requerimientos y necesidades de las personas que no están afectadas de discapacidad. Su planificación, por lo tanto, ha respondido a una imagen del ser humano sin deficiencias físicas, sensoriales o mentales. Históricamente, pues, ese entorno ha sido hostil con las personas que sufren de alguna discapacidad (Exp. N° 02437-2013-PA/TC, fundamento 9).

b) “Caso Noemí Parí Acuña”

En este caso, la demandante interpone una acción de amparo con la finalidad de que la ONP reconozca una bonificación por incapacidad a partir de una pensión de orfandad, pedido que fue denegado por la ONP alegando que la discapacidad fue sobreviniente a la muerte de su padre. En este caso el Tribunal Constitucional, declara la vigencia del nuevo modelo de discapacidad, el modelo social, en los términos siguientes:

(...) este Tribunal no puede dejar de hacer notar que la denominada "discapacidad" es, en realidad, el no acondicionamiento a un entorno que es hostil para este colectivo. En ese sentido, el nuevo enfoque de la discapacidad lo que resalta es que las alegadas limitaciones o dificultades no emanan de la persona misma, sino de una sociedad que no ha realizado determinados ajustes para garantizar que este colectivo pueda gozar, en condiciones de igualdad, del plexo de derechos y principios que nuestro ordenamiento resguarda" (Exp. N° 01153-2013-PA/TC, fundamento 6)

c) **Caso Juan José Guillén Domínguez**

En este caso el Tribunal se refirió al modelo de sustitución de la voluntad sobre el que se basaba la curatela y la necesidad de superar ese modelo.

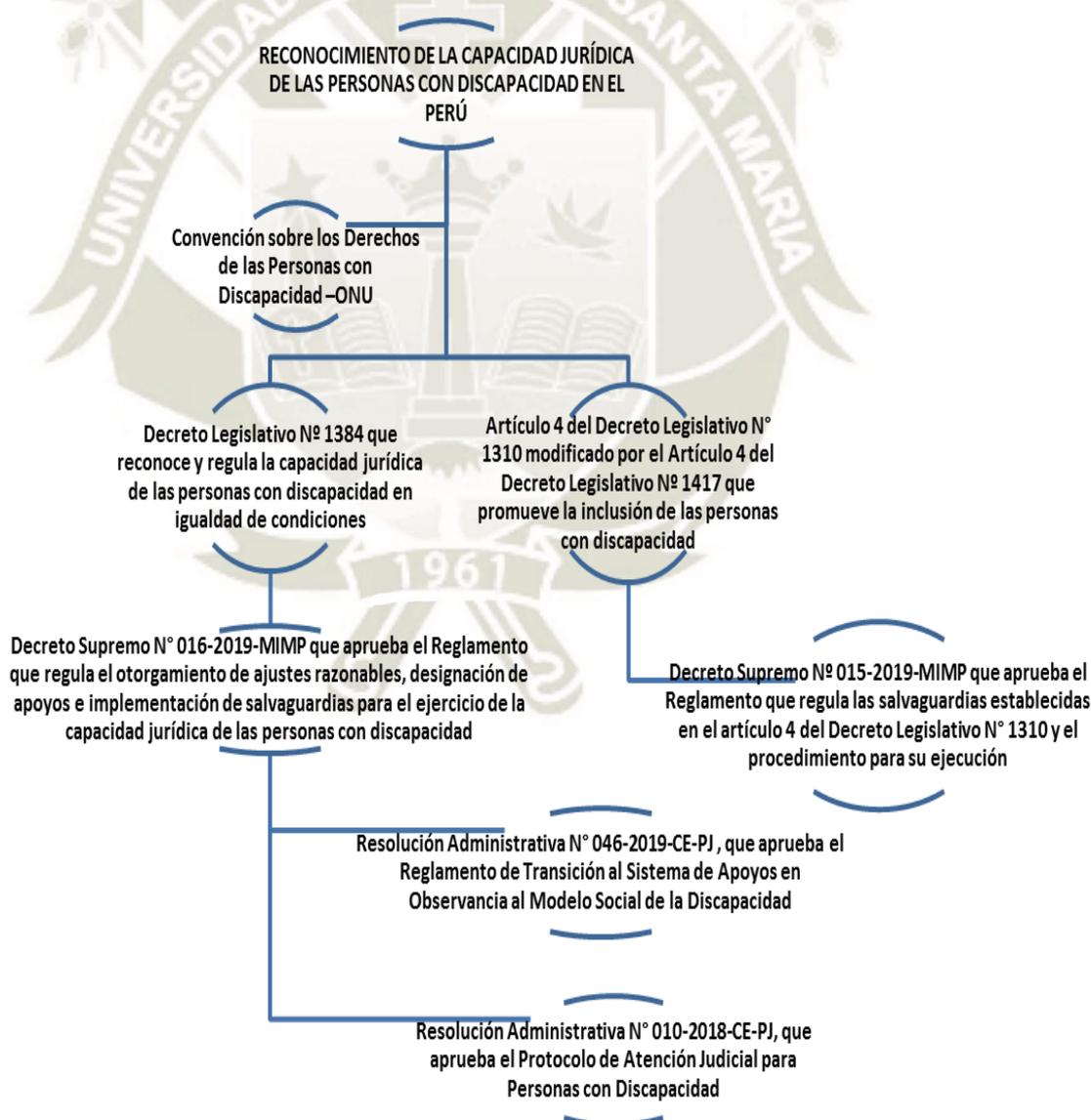
Ciertamente es una idea muy arraigada —tanto a nivel judicial como doctrinario— que dicha institución busca «proteger» a la persona con discapacidad; proteger a terceros del «peligro» que podrían representar dichas personas, y proteger el coneccto funcionamiento del tráfico jurídico en la celebración de contratos. Sin embargo, desafortunadamente muchas veces quienes ejercen la función de la curatela sobre las personas con discapacidad son los principales agentes que violentan sus derechos, pues asumen una posición vertical de dominio en la que, bajo el amparo de «tomar las mejores decisiones», en realidad desatienden los intereses y la verdadera voluntad de las personas con discapacidad (Fundamento 25, STC N°00194-2014-PHC/TC).

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

1. LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú se encuentra configurado normativamente por la articulación de los siguientes dispositivos:

Gráfico 1. Configuración normativa de la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el Perú



Fuente: CONADIS, 2019.

Elaboración: Propia

Como podemos observar la configuración normativa del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú tiene como pilar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (2008). La fuerza normativa de dicho dispositivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por dicha condición posee rango constitucional según la Cuarta Disposición Final de la Constitución. Sin embargo, diez años después, se mantenían instituciones que no contemplaban el espíritu de dicho convenio y el modelo adoptado: el modelo social, por lo que durante dicho periodo se observó una omisión del deber de desarrollar legislativamente los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Perú.

Será hasta el 04 de setiembre del año 2018 que, mediante Decreto Legislativo N° 1384 que reconoce el derecho a la igualdad respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú, modificando el Código Civil así como el Código Procesal Civil, en lo referido al régimen de la capacidad y la supresión de instituciones que resulten discriminatorias desde la óptica del modelo social de la discapacidad: la curatela y la interdicción para las personas con discapacidad, toda vez que ambas eran instituciones basadas en el modelo de “sustitución de la voluntad”, reconociéndose que estas personas tienen igual derecho a la capacidad de gozar de los otros derechos en el ejercicio libre de su voluntad, estableciéndose para ello mecanismos de apoyos y salvaguardias.

Sin embargo, pese a que dicha norma significó un esfuerzo por avanzar hacia el modelo adoptado por la Convención sobre las Personas con Discapacidad, al poco tiempo se promulga el Decreto Legislativo N°1417, el cual tuvo como objetivo “adecuar” el régimen de interdicción notarial para los adultos mayores que percibían una pensión del FONAVI establecido por Decreto Legislativo N° 1310. Siguiendo a Bregaglio y Camino (2019), podemos afirmar que esta norma supone un retroceso en tanto contiene dispositivos que no guardan coherencia con la reforma iniciada por el Decreto Legislativo N° 1384. Sostenemos ello en tanto, disposiciones como la contenida en el artículo 4.3.1 que establece una prelación de personas para la designación de apoyos en los casos en los que el adulto mayor con discapacidad “no pueda manifestar su voluntad”:

4.3.1 Cuando la persona adulta mayor no pueda manifestar su voluntad, aún después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes; y prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, la solicitud de designación de apoyo se realiza en vía notarial de acuerdo al siguiente orden:

- a) El apoyo previamente designado por la persona adulta mayor, antes de encontrarse imposibilitada de manifestar su voluntad.
- b) El/La cónyuge no separado judicial o notarialmente, siempre que cumpla lo establecido en el artículo 289 del Código Civil.
- c) El/La conviviente, siempre que cumpla lo dispuesto en los artículos 289 y 326 del Código Civil.
- d) Los/Las descendientes, prefiriéndose el más próximo.
- e) Los/Las hermanos/as.
- f) La persona que preste asistencia o tenga bajo su cuidado a la persona adulta mayor.
- g) El/La Director/a del Centro de Atención a Personas Adultas Mayores del sector público.

Las personas comprendidas en los literales precedentes se encuentran legitimadas para solicitar la designación de apoyos

En este sentido, dicho inciso contradice lo dispuesto por el artículo 659-E del Código Civil modificado por el Decreto Legislativo N° 1384, el cual establece por regla general que los apoyos se designen a partir de las relaciones de confianza, convivencia, parentesco, amistad o cuidado entre aquellos y la personas con discapacidad, por lo que no se pueden determinar a partir de una norma, como se hacía en el caso de la fenecida institución de los curadores designados para las personas con discapacidad.

Otro aspecto problemático advertido por Bregaglio y Camino (2019), es que establece como uno de los requisitos para la designación de apoyos en el artículo 4.3.2. lo siguiente: “4.3.2 La designación de apoyo para la persona adulta mayor que no pueda manifestar su voluntad se tramita presentando los siguientes documentos: (...) b) Certificado médico emitido por un neurólogo o psiquiatra que acredite la imposibilidad de manifestar la voluntad de la persona adulta mayor”. Es así que, en

dicha norma, al exigir un certificado neurológico o psiquiátrico se están confundiendo la imposibilidad de manifestar voluntad con discapacidad mental. Es decir, en contra de lo establecido por el 659-E del Código Civil, inciso que señala que el juez debe procurar se tomen las medidas para el acceso y los ajustes razonables para que las personas con discapacidad (por tanto, incluidas las que tienen alguna discapacidad mental) puedan comunicar su voluntad.

Dicho error persiste en el Reglamento que regula las salvaguardias establecidas en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1310 (modificado por el Decreto 1417) aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2019-MIMP (23 de agosto de 2019). Es así que, la norma contenida en el artículo 4 que establece como obligación del apoyo administrar el dinero del adulto mayor con discapacidad mental para su cuidado, así como el deber contenido en el artículo 7° de rendir cuentas de los gastos ante el Centro Integral de Atención, esto significa que “es el apoyo quien dispondrá unilateralmente del dinero, sin tomar en cuenta la capacidad y preferencias de la persona adulta mayor. Es el apoyo quien será sometido a un control posterior que también ignorará la voluntad de la persona adulta mayor con discapacidad” (Bregaglio y Camino, 2019).

Asimismo, es necesario resaltar algunas cuestiones problemáticas de algunas normas conexas. Por ejemplo, la Ley 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad, señala que para efectos de la norma Persona con Discapacidad es aquellas que posee “una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales [...] pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión [...] en la sociedad en igualdad de condiciones”. Dicha definición, podría traducirse en prácticas excluyentes respecto a las personas que tengan algún tipo de discapacidad transitoria pero que requieren los apoyos y salvaguardias, de interpretarse la discapacidad en los términos de la Ley N° 29973.

Por último, si bien el Decreto Legislativo N° 1384 es la norma que instaura el sistema de apoyos y salvaguardias como mecanismos para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en orden a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no está exenta de críticas. Por ejemplo, el hecho de que no se haya extendido el sistema de apoyos y salvaguardias a las “discapacidades percibidas”, es decir, a los ebrios

habituales y toxicómanos, respecto a los cuales el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el 2012 exhortó al Perú a que se respete su derecho a decidir y no ser internados forzosamente o el caso del requisito del Certificado de Discapacidad para acceder a los apoyos y salvaguardias, el cual puede constituir una barrera, siendo que según datos del CONADIS, al 2018 solo contaban con el certificado el 6.9% de personas con discapacidad, entre otras cosas, por la demora que supone este trámite de entre 3 a 6 meses (Paredes, 2019).

2. SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES DE LA CDPD:

Para cumplir con el segundo objetivo propuesto se utilizó el método de la encuesta elaborando cuestionarios los cuales fueron aplicados a 23 especialistas de los Juzgados Civiles del distrito, provincia y departamento de Arequipa con la finalidad de ilustrar la opinión de los operadores jurídicos, arrojando los resultados siguientes:

- **PREGUNTA N° 01: ¿Considera que con el sistema de apoyos y salvaguardias el Estado peruano reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica?**

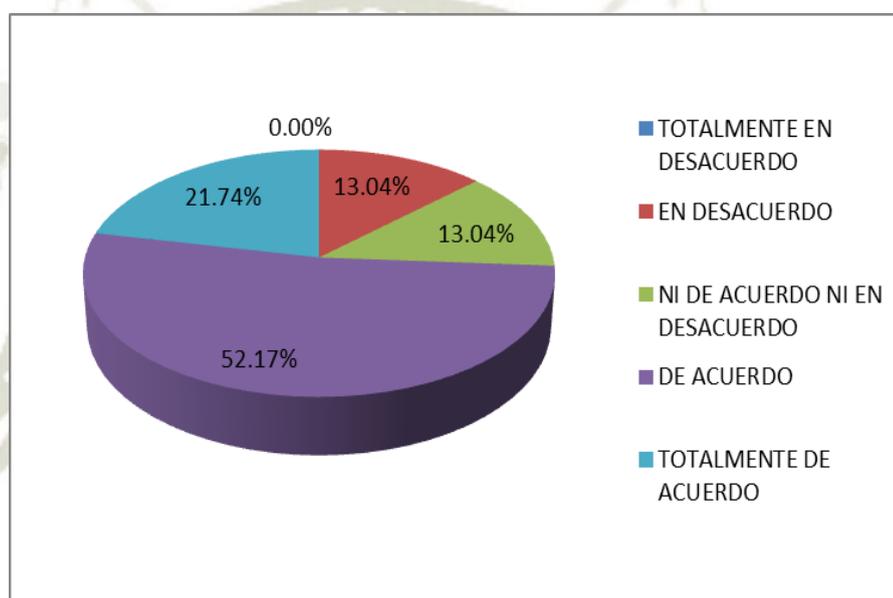
Tabla 3. Respuestas a la pregunta N° 01

ALTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0.00%
EN DESACUERDO	3	13.04%
NI DE ACUERDO NI EN DESACUERDO	3	13.04%
DE ACUERDO	12	52.17%
TOTALMENTE DE ACUERDO	5	21.74%
TOTAL	23	100.00%

*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

Un 21.74% de especialistas de los juzgados especializados en lo civil del distrito, provincia y departamento de Arequipa se encuentra de totalmente acuerdo, un 52.1% se encuentra de acuerdo, un 13.04% ni de acuerdo ni en desacuerdo y un 13.04% en desacuerdo. De este cuadro se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra de acuerdo con la idea de que a través de los mecanismos de apoyos y salvaguardias el Estado reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú.

Gráfico 2. Respuestas a la pregunta N° 01



*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

- **PREGUNTA N° 02: ¿Considera que en el Perú las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida?**

Tabla 4. Respuestas a la pregunta N° 02

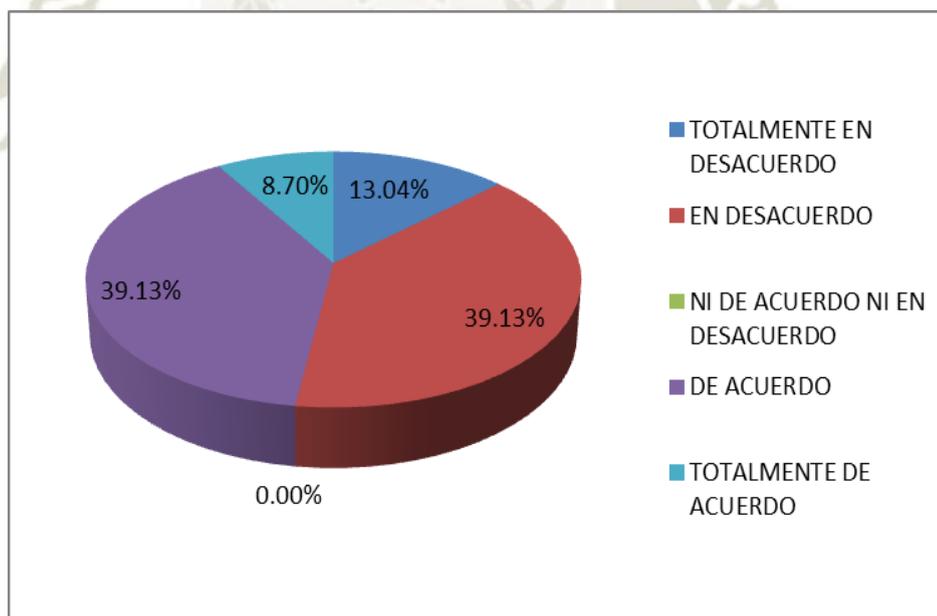
ALTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	3	13.04%
EN DESACUERDO	9	39.13%
NI DE ACUERDO NI EN DESACUERDO	0	0.00%

DE ACUERDO	9	39.13%
TOTALMENTE DE ACUERDO	2	8.70%
TOTAL	23	100.00%

*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

Un 8.70% de especialistas de los juzgados especializados en lo civil del distrito, provincia y departamento de Arequipa se encuentra de totalmente acuerdo, un 39.13% se encuentra de acuerdo, un 39.13% en desacuerdo y finalmente un 13.04% se encuentra totalmente en desacuerdo. De este cuadro se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra en desacuerdo con la premisa de que en el Perú las personas con discapacidad se encuentran en igual de condiciones que las otras personas en todos los aspectos de su vida.

Gráfico 3. Respuestas a la pregunta N° 02



*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

- **PREGUNTA N° 03: ¿Considera que el sistema de apoyos y salvaguardias es un mecanismo pertinente para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica?**

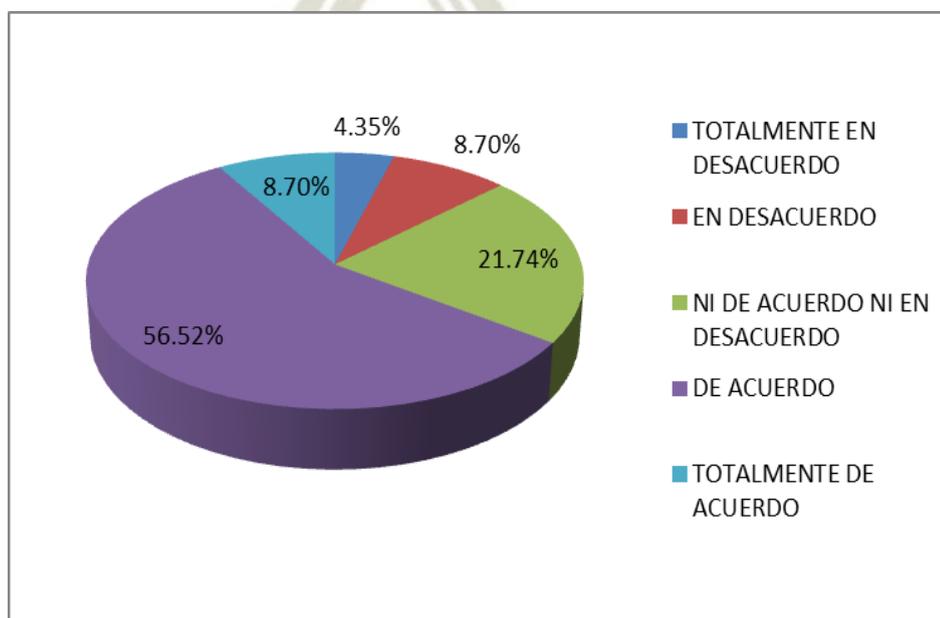
Tabla 5. Respuestas a la pregunta N° 03

ALTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	1	4.35%
EN DESACUERDO	2	8.70%
NI DE ACUERDO NI EN DESACUERDO	5	21.74%
DE ACUERDO	13	56.52%
TOTALMENTE DE ACUERDO	2	8.70%
TOTAL	23	100.00%

*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

Un 8.70% de especialistas de los juzgados especializados en lo civil del distrito, provincia y departamento de Arequipa se encuentra de totalmente de acuerdo, un 56.52% se encuentra de acuerdo, un 21.74% ni de acuerdo ni en desacuerdo, un 8.70% en desacuerdo y finalmente un 4.35% totalmente en desacuerdo. De este cuadro se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra de acuerdo con la premisa de que el sistema de apoyos y salvaguardias brinda el apoyo adecuado a las personas con discapacidad en el Perú para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Gráfico 4. Respuestas a la pregunta N° 03



*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

- **PREGUNTA N° 04: ¿Considera usted que el sistema de apoyos y salvaguardias asegura que en el ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada?**

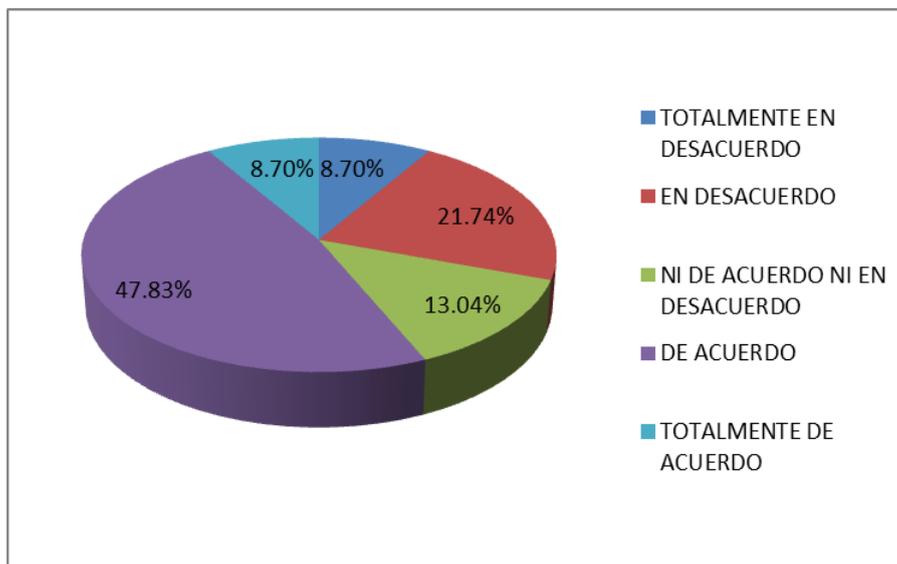
Tabla 6. Respuestas a la pregunta N° 04

ALTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	2	8.70%
EN DESACUERDO	5	21.74%
NI DE ACUERDO NI EN DESACUERDO	3	13.04%
DE ACUERDO	11	47.83%
TOTALMENTE DE ACUERDO	2	8.70%
TOTAL	23	100.00%

*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

Un 8.70% de especialistas de los juzgados especializados en lo civil del distrito, provincia y departamento de Arequipa se encuentra totalmente de acuerdo, un 47.83% se encuentra de acuerdo, un 13.04% ni de acuerdo ni en desacuerdo, un 21.74% en desacuerdo y finalmente un 8.70% totalmente en desacuerdo. De este cuadro se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra de acuerdo con la premisa de que el sistema de apoyos y salvaguardias puede asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.

Gráfico 5. Respuestas a la pregunta N° 04



*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

- **PREGUNTA N° 05: ¿Considera usted que el sistema de apoyos y salvaguardias asegura que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad?**

Tabla 7. Respuestas a la pregunta N° 05

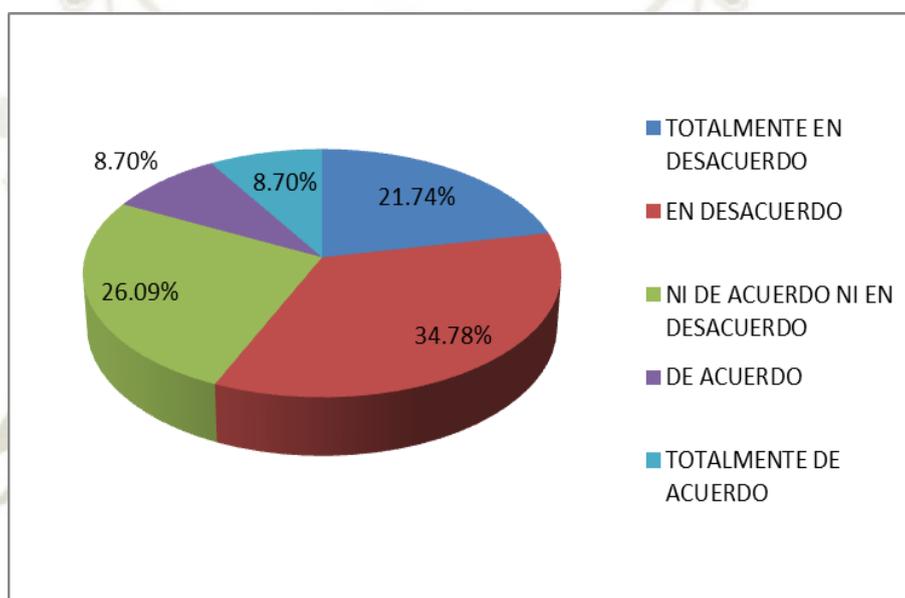
ALTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	5	21.74%
EN DESACUERDO	8	34.78%
NI DE ACUERDO NI EN DESACUERDO	6	26.09%
DE ACUERDO	2	8.70%
TOTALMENTE DE ACUERDO	2	8.70%
TOTAL	23	100.00%

*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

Un 8.70% de especialistas de los juzgados especializados en lo civil del distrito, provincia y departamento de Arequipa se encuentra totalmente de acuerdo, un 8.70%

se encuentra de acuerdo, un 26.09% ni de acuerdo ni en desacuerdo, un 34.78% en desacuerdo y finalmente un 21.74% totalmente en desacuerdo. De este cuadro se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra en desacuerdo con la premisa de que el sistema de apoyos y salvaguardias permita evitar conflictos e influenciar indebidamente a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Gráfico 6. Respuestas a la pregunta N° 05



*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

- **PREGUNTA N° 06: ¿Considera usted que el sistema de apoyos y salvaguardia está repercutiendo de manera positiva en la protección de los derechos de las personas con discapacidad en los procesos judiciales?**

Tabla 8. Respuestas a la pregunta N° 06

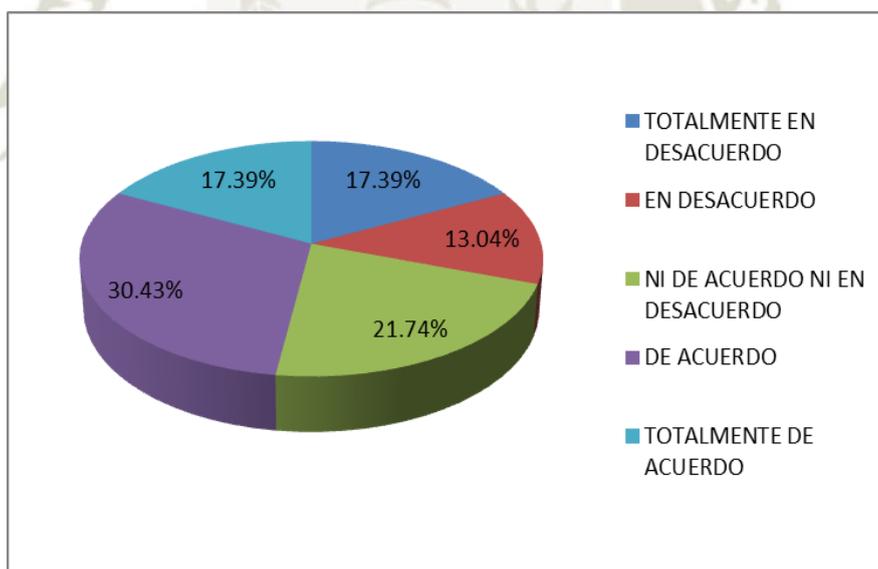
ALTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	4	17.39%
EN DESACUERDO	3	13.04%
NI DE ACUERDO NI EN DESACUERDO	5	21.74%

DE ACUERDO	7	30.43%
TOTALMENTE DE ACUERDO	4	17.39%
TOTAL	23	100.00%

*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

Un 17.39% de especialistas de los juzgados especializados en lo civil del distrito, provincia y departamento de Arequipa se encuentra totalmente de acuerdo, un 30.43% se encuentra de acuerdo, un 21.74% ni de acuerdo ni en desacuerdo, un 13.04% en desacuerdo y finalmente un 17.39% totalmente en desacuerdo. De este cuadro se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra de acuerdo con la premisa de que el sistema de apoyos y salvaguardias repercute de manera positiva en la protección de los derechos de las personas con discapacidad en los procesos judiciales.

Gráfico 7. Respuestas a la pregunta N° 06



*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

- **PREGUNTA N° 07: ¿Considera usted que el estado actual sistema de apoyos y salvaguardia en el Perú no difiere mucho del modelo anterior de sustitución de la voluntad a través de la interdicción de las personas con discapacidad?**

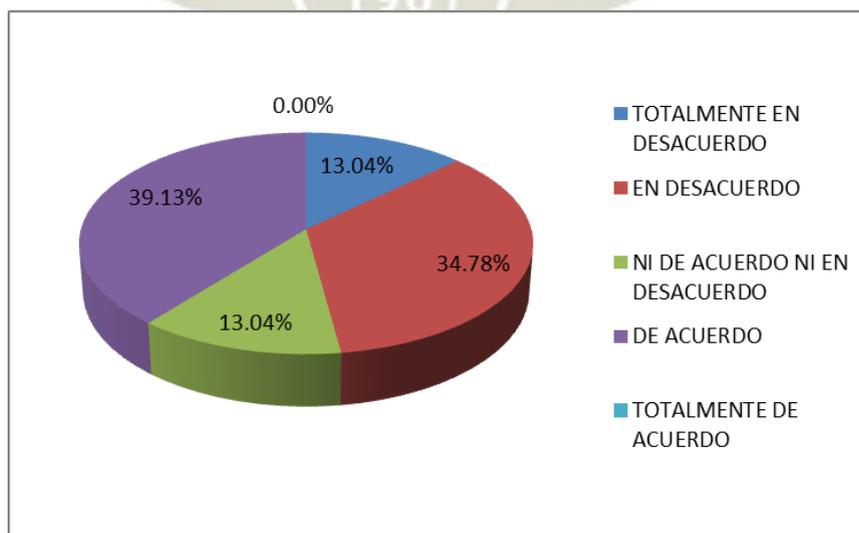
Tabla 9. Respuestas a la pregunta N° 07

ALTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	3	13.04%
EN DESACUERDO	8	34.78%
NI DE ACUERDO NI EN DESACUERDO	3	13.04%
DE ACUERDO	9	39.13%
TOTALMENTE DE ACUERDO	0	0.00%
TOTAL	23	100.00%

*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

Un 39.13% de especialistas de los juzgados especializados en lo civil del distrito, provincia y departamento de Arequipa se encuentran de acuerdo, un 13.04% se encuentra ni de acuerdo ni en desacuerdo, un 34.78% en desacuerdo y finalmente un 13.04% totalmente en desacuerdo. De este cuadro se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra en desacuerdo con la idea de que el sistema de apoyos y salvaguardias no difiere mucho del modelo anterior respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Gráfico 8. Respuestas a la pregunta N° 07



*Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia*

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

De los resultados de las encuestas realizadas, respecto al primer ítem, se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra de acuerdo con la idea de que a través de los mecanismos de apoyos y salvaguardias el Estado reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú (Tabla 01 y Gráfico 01). Ello podemos interpretarlo, en tanto los Apoyos y Salvaguardias establecidos mediante Decreto Legislativo N° 1384, siguiendo el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, son mecanismos idóneos para transitar del modelo de sustitución de la voluntad al modelo social de la discapacidad, reconociendo su derecho a la capacidad jurídica, debiendo reemplazar este sistema a las instituciones que vulneren el derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad como la interdicción y la curatela.

Sin embargo, la valoración positiva del sistema de apoyos y salvaguardias como mecanismos idóneos para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad contrasta con los resultados respecto al segundo ítem. De esta manera, un porcentaje significativo de especialistas se encuentra en desacuerdo con la premisa de que en el Perú las personas con discapacidad se encuentran en igual de condiciones que las otras personas en todos los aspectos de su vida (Tabla 02 y Gráfico 02). Como se puede apreciar, la pregunta hizo referencia a la manera en la que la representación de la realidad de las personas con discapacidad en el Perú de los especialistas, ello podemos explicarlo a partir de las situaciones de exclusión y vulneración sistemática de derechos que han venido sufriendo este grupo poblacional.

El Informe Mundial sobre la Discapacidad elaborado por la Organización Mundial de la Salud (2011) advirtió sobre un alza en el índice de personas que presentan alguna discapacidad, evolucionando esta cifra del 10% de la población mundial en 1970 al 15%. Esto debido entre otras causas al envejecimiento de la población y a problemas de la salud asociados con la discapacidad (los cuales a su vez son resultado de una serie de factores ambientales, prácticas alimentarias, catástrofes, conflictos, etc.) En dicho informe además se señala que uno de los obstáculos “discapacitantes” son las políticas o normas insuficientes, es decir, que la formulación de políticas públicas en muchos casos no toma en cuenta las

necesidades de estas personas o de hacerlo, no son cumplidas.

En el año 2017, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el Perú había 3'051.612 personas que padecían alguna discapacidad, lo que se tradujo en el 10,4% de la población nacional. La situación de exclusión hasta ese momento se expresó de diversas formas. Por ejemplo, en el ámbito laboral, un 45% solamente eran considerados como parte de la Población Económicamente Activa (63,1% en el área rural y 36,9% en el área urbana) (El Comercio, 2019). Respecto al acceso a la educación, según el Censo Escolar del Ministerio de Educación (2018) se encontró que solo un 12% de la población con discapacidad en edad escolar se encontraba matriculado en alguna institución educativa pública o privada. Asimismo, dentro de la población de personas con discapacidad, existen sectores que se encuentran en algún grado mayor de vulnerabilidad, veamos el caso de las mujeres con discapacidad violentadas, según datos de los Centros Emergencia Mujer (CEM), del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), las cifras han ido aumentando de 1032 casos en el 2016 a 1864 casos en 2018 (El Peruano, 2019). Es así que si bien, las normas emitidas en el marco del Decreto Legislativo N° 1384 y especial, la configuración del sistema de apoyos y salvaguardias representa un avance para mejorar la vida de estas personas, respetar su dignidad y los derechos que de ella derivan, debe enfrentar una realidad bastante compleja, con problemas multidimensionales.

Respecto a los resultados del tercer ítem, se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra de acuerdo con la premisa de que el sistema de apoyos y salvaguardias brinda el apoyo adecuado a las personas con discapacidad en el Perú para el ejercicio de su capacidad jurídica (Tabla 03 y Gráfico 03). Podemos relacionarlo con el resultado del cuarto ítem, respecto al cual se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra de acuerdo con la premisa de que el sistema de apoyos y salvaguardias puede asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad (Tabla 04 y Gráfico 04). Es comprensible esta posición en tanto, como hemos analizado, el sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú se ha inspirado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y ha reconocido expresamente el modelo social como el adecuado para “restituir” la capacidad jurídica negada. Sin embargo, debemos precisar que la concepción de discapacidad que han asumido los dispositivos que componen el régimen de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en el Perú, han asumido una concepción restringida de discapacidad, dejando de

lado de la reforma a los “discapacitados percibidos” y a los discapacitados temporales.

Es así que respecto al ítem quinto, de los resultados se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra en desacuerdo con la premisa de que el sistema de apoyos y salvaguardias permita evitar conflictos e influenciar indebidamente a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Tabla 05 y Gráfico 05). Un caso ilustrativo de esta situación, es el del Decreto Legislativo N°1417, el cual tuvo como objetivo “adecuar” el régimen de interdicción notarial para los adultos mayores que percibían una pensión del FONAVI establecido por Decreto Legislativo N° 1310, donde se establece un orden de prelación de los apoyos. Asimismo, su reglamento contiene dispositivos que claramente derivan del modelo de sustitución de la voluntad, como por ejemplo que los apoyos designados a la luz de la modificatoria del Decreto Legislativo N° 1417, administrarán el dinero de las personas con discapacidad y solo rendirán cuentas ante el Centro Integral de Atención, eliminando de la ecuación a la persona con discapacidad.

Respecto al ítem sexto, de los resultados se puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra de acuerdo con la premisa de que el sistema de apoyos y salvaguardias repercute de manera positiva en la protección de los derechos de las personas con discapacidad en los procesos judiciales (Tabla 06 y Gráfico 06). En efecto, a diferencia de la interdicción y la curatela, el sistema de apoyos y salvaguardias permite que se respete la dignidad de las personas con discapacidad a partir del igual reconocimiento de su capacidad jurídica, es así que estos actores tienen la función de asistir a la persona con discapacidad para que pueda manifestar libremente su voluntad. Tal ha sido la importancia de garantizar el derecho al acceso a la justicia a través de estos dispositivos es que se emitieron las Resoluciones Administrativas 010-2018-CE-PJ y 046-2019-CE-PJ los cuales establecen acciones protocolares para brindar atención judicial a las personas con discapacidad en concordancia con el modelo social. Sin embargo, como hemos detallado anteriormente, persisten rezagos del modelo anterior.

Es así que respecto, al último ítem, de los resultados puede inferir que un porcentaje significativo de especialistas se encuentra en desacuerdo con la idea de que el sistema de apoyos y salvaguardias no difiere mucho del modelo anterior respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Lo cierto, es que el sistema de apoyos y salvaguardias difiere sustancialmente del modelo anterior de sustitución de la voluntad de las personas con

discapacidad, este cambio se puede observar fundamentalmente en el reconocimiento de su capacidad plena de ejercicio eliminando la interdicción y la curatela, salvo casos excepcionales como última ratio (Tabla 07 y Cuadro 07). Sin embargo, concordamos con Varsi-Rospigliosi y Torres-Maldonado (2019) cuando advierten que si bien el régimen del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú, ha reconocido la superación del régimen de sustitución de la voluntad por el modelo social, en la realidad, existe un modelo mixto en tanto los mecanismos como los apoyos y salvaguardias conviven con rezagos de las figuras de la incapacidad y la interdicción.

Una crítica más radical, y que no deja de advertir situaciones que pueden razonablemente presentarse, es la realizada por Tantaleán (2020), quien advierte que, las críticas que se realizaron al sistema de la interdicción con la participación de curadores, basadas principalmente en que estos pueden decidir en contra o abusar de la persona interdictada, esta situación puede ocurrir de la misma manera en el sistema de apoyos y salvaguardias. Especialmente, en aquellos casos en que la persona asistida no puede expresar su voluntad y el apoyo se ve obligado a realizar una “mejor interpretación de la voluntad” de aquel. Además advierte que, incluso en los países donde más éxito han tenido estas reformas como son Suecia y Alemania, no están exentas de críticas, por ejemplo, al hecho de que muchas veces los apoyos designados no tienen la formación necesaria para ejercer las actividades requeridas de asistencia de manera adecuada, y que incluso, al existir una retribución económica por sus servicios, es una salida para muchas personas que se encuentran sin empleo quieran ser apoyos solo por la retribución sin importar realmente las preferencias o voluntad de los asistidos.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

De los resultado obtenidos y el análisis realizado respecto a los objetivos propuestos en la presente investigación, consideramos que es posible afirmar que la transición al sistema de apoyos y salvaguardias no permite garantizar plenamente el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad en el Perú dado que se han emitido normas en el marco del proceso de transición al sistema de apoyos y salvaguardias que se basan aún bajo el parámetro del modelo de sustitución de la voluntad, por lo que queda SUSTENTADA nuestra hipótesis.

CONCLUSIONES:

1. Se ha determinado que la configuración actual del régimen de la capacidad jurídica en el Perú no permite garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. En tanto si bien desde la promulgación del Decreto Legislativo N° 1384 se introdujeron cambios en orden a restituir la capacidad jurídica plena de ejercicio de las personas con discapacidad basadas en la idea de igual dignidad de todas las personas, adoptando el modelo social de la discapacidad, esta reforma ha sido parcial. Las situaciones problemáticas que hemos detectado pasan por el establecimiento de mecanismos que mantienen similitudes con las instituciones de la interdicción y la curatela de las personas con discapacidad, las cuales están basadas en el modelo de la sustitución de la voluntad. Esto se evidencia por ejemplo en la adecuación al sistema de apoyos y salvaguardias de los adultos mayores con discapacidad que perciben pensiones del FONAVI mediante Decreto Legislativo N° 1310, así como su reglamento, donde contemplan un orden de prelación para la designación de apoyos así como el deber de estos de rendir cuentas al Centro Integral de Atención respecto a la administración de los fondos, dejando de lado a la persona con discapacidad y su voluntad. Asimismo, la reforma no incluye a las personas con “discapacidades percibidas”, las cuales se encuentran protegidas por la Convención sobre las Personas con Discapacidad, así como las brechas para la inclusión de las personas con discapacidades temporales que requieran los apoyos y salvaguardias. Es así que, en el Perú, el modelo de la discapacidad adoptado en la actualidad es el modelo social de la discapacidad, este modelo aún convive con los rezagos del modelo de sustitución de la voluntad.
2. Se ha determinado que el sistema de apoyos y salvaguardas en el Perú no permite satisfacer los estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto a la protección del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. Sostenemos ello, en tanto su cumplimiento es solo parcial. Respecto al primer estándar, podemos advertir que se cumple en tanto los Apoyos y Salvaguardias establecidos mediante Decreto Legislativo N° 1384, siguiendo el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, son mecanismos idóneos para transitar del modelo de sustitución de la voluntad al modelo social de la discapacidad. Respecto al segundo estándar, consideramos que si bien, las normas

emitidas en el marco del Decreto Legislativo N° 1384 y especial, la configuración del sistema de apoyos y salvaguardias, representa un avance para mejorar la vida de estas personas, respetar su dignidad y los derechos que de ella derivan, debe enfrentar una realidad bastante compleja, con problemas multidimensionales relacionadas con una historia de exclusión y políticas públicas “discapacitantes” al ser insuficientes o inadecuadas, por lo que no es posible de satisfacer plenamente este estándar. Respecto al tercer estándar, el sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú al haberse inspirado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y haber reconocido expresamente el modelo social como el adecuado para “restituir” la capacidad jurídica negada, el régimen de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en el Perú, ha asumido una concepción restringida de discapacidad, dejando de lado de la reforma a los “discapacitados percibidos” y a los discapacitados temporales. Sobre el cuarto estándar, consideramos que no se cumple en tanto la reforma incluye mecanismos que no respetan los derechos, las preferencias y la voluntad de las personas con discapacidad, como las reglas contenidas en el Decreto Legislativo N°1417 y su reglamento, los cuales contienen disposiciones que claramente derivan del modelo de sustitución de la voluntad. Asimismo, consideramos que tampoco se cumple con el quinto estándar, en tanto la reforma del régimen de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, consideramos que es una reforma parcial y que pudiendo haberse extendido a otros sujetos como las personas con discapacidades percibidas, así como por las barreras administrativas que existen a partir de la exigencia de la certificación correspondiente del CONADIS (que dura entre 3 a 6 meses), estamos aún en un momento inicial de cambio, donde la inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad es una promesa que se podrá materializar, eliminando las barreras y disposiciones normativas que no guardan coherencia con el modelo social de la discapacidad.

SUGERENCIAS:

1. Se sugiere que, el sistema de apoyos y salvaguardias debe reformarse, para garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad según los estándares del Derecho Internacional de los DDHH, incluyendo a aquellos que poseen discapacidades temporales y/o a largo plazo.
2. Se recomienda restringir la responsabilidad de las personas discapacitadas respecto a los actos del apoyo, en los supuestos en los que este actúe con facultades de representación o cuando la persona asistida no pueda expresar su voluntad, para evitar los abusos que puedan cometerse por los apoyos, aprovechando la incapacidad de expresar la voluntad del asistido.
3. Se recomienda que, cuando el apoyo administre bienes del apoyo, este debe obligatoriamente rendir cuentas en un periodo breve. Por ejemplo, si el apoyo hace el cobro de la pensión mensual del asistido, este debe rendir cuentas mensualmente al órgano judicial o al que se designe.
4. Se recomienda incluir etapas de inducción y capacitación para que los apoyos puedan conocer los derechos de las personas con discapacidad, así como los alcances de su responsabilidad y las posibles sanciones que pueda acarrear al incurrir en actos contrarios a la finalidad del mandato.

Referencias:

- Albaladejo, M. (2013). *Derecho Civil I Introducción y Parte General*. Madrid: EDISOFER S.R.
- Argudo Gonzales, C. A., & Quequena Mamani, S. L. (2015). Hacia una concepción personalista de la capacidad jurídica. *Actualidad Jurídica* (124).
- Álvarez, N. & Seoane, J. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Derecho privado y Constitución*, 24, 11-66.
- Bariffi, F. (2009). Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En: *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Bayefsky, A. (1990). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, 11 (1-2), 1-34.
- Bolaños, E. (2018). *La reforma del régimen peruano de interdicción de personas con discapacidad mental y psicosocial desde la perspectiva de los derechos humanos*. Lima: Tesis para optar el título de abogado por la Universidad de San Martín de Porres.
- Bregaglio, R. & Camino, P. (2019). Reviviendo un muerto: La reciente reglamentación de la curatela notarial del Decreto Legislativo 1310 . *Enfoque Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2019/08/26/reviviendo-un-muerto-la-reciente-reglamentacion-de-la-curatela-notarial-del-decreto-legislativo-1310/>
- Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (2012). ¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual

y psicosocial. Estrasburgo: Consejo de Europa.
<http://www.cermicantabria.org/phocadownloadpap/interes/COMISARIO%20DHCOE%20derechos%20y%20capacidad%20juridico.pdf>

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (2014). Observación general N° 1 Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 2014, CRPD/C/11/4. https://www.ohchr.org/HRBodies/CRPD/DGCArticle12_sp

CONADIS (2019), *El Reconocimiento de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad - Compendio Normativo*. Lima: Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad – CONADIS.
https://www.conadisperu.gob.pe/observatorio/wp-content/uploads/2019/11/Compendio_normativo_2019_vdigital.pdf

Corral, H. (1990). El Concepto Jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción Unitaria. *Revista Chilena de Derecho*, 17, 301-321

Cuenca, P. (2011). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. *Derechos y Libertades*, 24(II), 221-257.

Cuenca Gómez, P., Asís Roig, R., Barranco Avilés, M., Serra, M., Ansuátegui Roig, F., Al Ali, K., & Rodríguez del Pozo, P. (2017). El Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el derecho privado de Qatar. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 0(27), 127-152. doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2018.4021>

Dávila, R. (2013). Interdicción civil. <http://resultadolegal.com/interdicion-interdicion-civil/>

Dávila, W. (2020) Apoyo y salvaguardias nueva figura legal y la interdicción en el Perú. <http://resultadolegal.com/apoyo-y-salvaguardias-nueva-figura-legal-y-la-interdicion-en-el-peru/>

- El Comercio (31 de mayo de 2019). “La incapacidad para contratar a las personas con discapacidad en el Perú”. <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/incapacidad-contratar-personas-discapacidad-peru-noticia-640487-noticia/?ref=ecr>
- El Peruano (12 de febrero de 2019). “La batalla silenciosa”. <https://www.elperuano.pe/noticia-la-batalla-silenciosa-75621.aspx>
- Fernández-Sessarego, C.(2001)., ¿Qué es persona para el derecho?. En: *Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi
- Galiano, G. (2013). Reflexiones conceptuales sobre las categorías: Persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho, *Derecho y Cambio Social*, Año 10, N°. 31
- Jara, R., & Gallegos, Y. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Juristas Editores
- López, E. (2006). *Iniciación al Derecho*. Madrid, Delta Publicaciones Universitarias.
- Nogueira, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la Ley, la no discriminación y acciones positivas. *AFDUDC*, 10, 99-831.
- Ochoa, O. (2006). *Derecho Civil I: personas*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- OMS. (2001). *Asamblea Mundial de la Salud: Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalía*. Ginebra.
- OMS. (2011). *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Malta: Banco Mundial. https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/accessible_es.pdf?ua=1
- Paredes, R. (2019). “Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú: avances y retos en su implementación”. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 3 (2), 36-57.
- Poma, M. (2017). *La Interdicción como vulneración a la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual en el Perú*. Huancayo: Tesis para obtener el

título profesional de Abogado – Universidad Continental.

- Scheleifer, R. (4 de Junio de 2014). "Autonomía, Capacidad Legal, y toma de decisiones en la vejez: Tensiones y opciones - Segundo Foro Internacional Sobre los Derechos de las Personas Mayores". Recuperado el 15 de Marzo de 206. http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/7/53017/Rebecca_Schaleifer_txt.pdf
- Tantaleán, L. (2019). Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano. *Derecho y Cambio Social* 61, 176-201.
- Tantaleán, L. (2019). La discapacidad: Anotaciones al Decreto Legislativo 1384*. *Derecho y Cambio Social* 56, 199-229.
- Treviño, R. (2002). La persona y sus atributos. Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León
- Valdiviezo, M. (2007). Derecho de la personas. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Vallejo Jiménez, G., Hernández Ríos, M., & P. R. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *CES Derecho.*, 8(1), 3-21.
- Villareal, 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*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Varsi-Rospigliosi, E., & Torres-Maldonado, M. (2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano. *Acta bioethica*, 25(2), 199-213. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2019000200199>
- Zunino, R., & Torres, J. (2017). Capacidad Jurídica: Teorías, implicancias y prácticas. En M. N. López, J. Torres, & C. Weber (Edits.), *Debates en el campo de la salud*

mental : práctica profesional y políticas (págs. 40-58). La Plata:
Universidad Nacional de La Plata,.

Sentencias del Tribunal Constitucional

Exp. N° 0606-2004-AA/TC

Exp. N° 2861-2010-AA/TC

Exp. N° 03525-2011-PA/TC

Exp. N° 02437-2013-PA/TC

Exp. N° 01153-2013-PA/TC

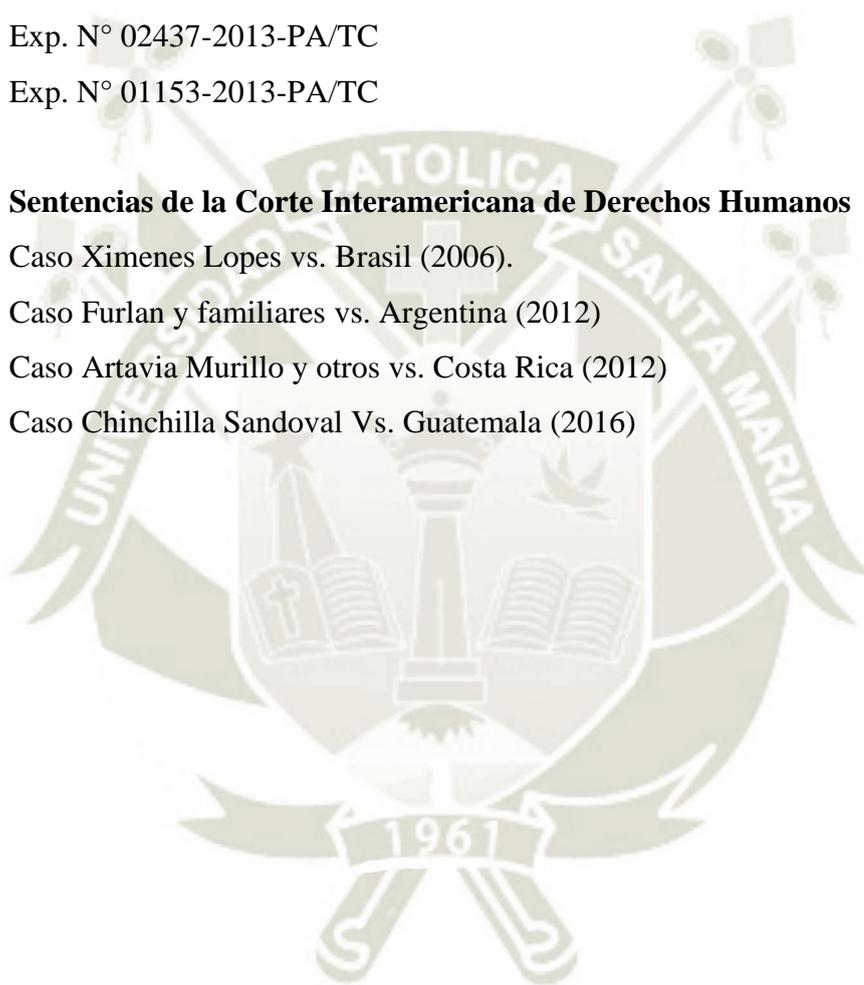
Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006).

Caso Furlan y familiares vs. Argentina (2012)

Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (2012)

Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala (2016)



ANEXO:

Universidad Católica de Santa María
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho Civil



**“LA TRANSICIÓN AL SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS COMO
GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ”**

Proyecto de Tesis presentado por la
Bachiller:

Para optar el Grado Académico de:
Maestro en Derecho Civil.

Asesor:

Arequipa

2019

I. PREÁMBULO

El Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala que “1. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad (...)*”. En el mismo sentido, el inciso 2 del artículo 12° de dicho instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos señala: “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*”.

De esta manera, el 4 de setiembre del 2018 entra en vigor el Decreto Legislativo n° 1384 el cual introduce una serie de modificaciones en el Código Civil y el Código Procesal Civil relacionadas con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Una de las más importantes, es la eliminación de la interdicción civil y la introducción de una nueva figura: el apoyo y salvaguardia, la cual tiene como finalidad de que se tomen las medidas adecuadas para que las personas con discapacidad puedan realizar actos por sí mismas y puedan manifestar libremente su voluntad.

Ambas figuras tienen su origen en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Así, en el inciso 3 del artículo 12, respecto a los apoyos señala: “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*” y el inciso 4 sobre los salvaguardias señala: “*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*”.

El domingo 25 de agosto de 2019, se publica el reglamento de la ley que introduce los apoyos y salvaguardias mediante Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP - Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes

razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, instrumento legal que permitirá hacer efectivo el respeto de la capacidad plena de las personas con discapacidad. Es así que la manifestación de la voluntad establecida en el artículo 141° del Código Civil, con la modificación, incluye, además de los diversos medios en los que es posible que una persona puede expresarla, “el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona”.

Uno de los efectos de las normas antes mencionadas es que aquellas personas que hayan sido declaradas interdictas, se les restituirá la capacidad de ejercicio. Sin embargo, dada la reciente reglamentación de los apoyos y salvaguardias, resulta aún prematuro realizar un balance sobre los efectos de dicha modificación al Código Civil en la realidad. Sin embargo, al haberse inspirado en las exigencias de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad contemplada en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, surge la pregunta de si la configuración normativa de la institución de apoyo y salvaguardias en el Perú permite satisfacer los estándares del derecho a la igualdad y no discriminación.

Al respecto, una interpretación sistemática de la reforma al Código Civil sobre la supresión de la interdicción y el tránsito al sistema de apoyos y salvaguardias, no permite satisfacer los fines de la reforma, es decir, garantizar los derechos de las personas con discapacidad en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ello, en tanto, el Decreto. Legislativo. N° 1417, publicado el 13 de setiembre de 2018, que modifica el Decreto Legislativo N° 1310 sobre la interdicción notarial, lejos de adecuar esta procedimiento al sistema de apoyos y salvaguardias incluye supuestos que contradicen las normas recientemente incluídas al Código Civil.

Por ejemplo, el artículo 659-E del Código Civil establece que los apoyos se deben nombrar tomar en cuenta la “convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre la persona con discapacidad y sus posibles apoyos”, sin embargo el artículo 4.3.1 del Decreto Legislativo N° 1417, establece un orden de prelación ante el supuesto de que la persona adulta mayor con discapacidad que no pueda “manifestar su voluntad”: cónyuge, conviviente, descendientes, hermanos,

cuidadores, contradiciendo de esta forma los criterios establecidos en el artículo 659-E. Asimismo, uno de los requisitos que establece el artículo 4.3.2 para designar el apoyo para el adulto mayor con discapacidad es el “Certificado médico emitido por un neurólogo o psiquiatra que acredite la imposibilidad de manifestar la voluntad de la persona adulta mayor”, lo que resulta incongruente con lo establecido. Artículo 659-E del Código Civil toda vez que la norma ordena que se realicen todos los esfuerzos para que la persona con discapacidad pueda expresar su voluntad (es decir la manifestación de voluntad como acto comunicativo) no pudiendo considerársele *a priori* como imposibilitado de expresar su voluntad solo por tener alguna discapacidad mental.

Es así que si bien la reforma está inspirada en los altos valores y principios que contiene la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, existen dispositivos normativos emitidos con posterioridad al Decreto Legislativo n° 1384 que atentan contra los derechos de las personas con discapacidad al contener rezagos de la extinta (formalmente) institución de la interdicción.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Enunciado del problema.

“La transición al sistema de apoyos y salvaguardias como garantía del derecho fundamental a la igualdad de las personas con discapacidad en el Perú”

1.2 Descripción del problema

1.2.1. Área de conocimiento

El problema de investigación se encuentra ubicado en:

- **Campo** : Ciencias jurídicas
- **Área** : Derecho Civil, Constitucional

- **Línea** : Derecho de personas, derechos fundamentales

1.2.2. Análisis de variables:

Variable independiente: Sistema de apoyos y salvaguardias

✓ **Indicadores:**

- Antecedentes normativos y jurisprudenciales en la historia del Derecho peruano.
- Antecedentes normativos y jurisprudenciales en la historia del Derecho comparado
- Antecedentes normativos y jurisprudenciales en la historia del Derecho internacional
- Rasgos esenciales de la figura del apoyo
- Rasgos esenciales de la figura de salvaguardia
- Situación actual de la estructura institucional y orgánica del sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú.
- Implicancias jurídico-procesales respecto a la capacidad de las personas con discapacidad en el Perú.

Variable dependiente: Derecho fundamental a la igualdad de las personas con discapacidad en el Perú

✓ **Indicadores:**

- Normas del Derecho nacional que contemplan el derecho a la igualdad de las con discapacidad.
- Jurisprudencia de los Altos Tribunales nacionales e internacionales que determinar el contenido del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.
- Jurisprudencia de las altas cortes nacionales (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) referidas al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

1.2.3. INTERROGANTES BÁSICAS

- ¿De qué manera la configuración actual del régimen de la capacidad jurídica en el Perú permite garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad?
- ¿De qué manera el sistema de apoyos y salvaguardas en el Perú no permite satisfacer los estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto a la protección del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad?

1.2.4. TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación es:

- **Por el ámbito:** Documental
- **Por el Nivel de profundización:** Explicativa

1.3 JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se encuentra motivada por la necesidad de tener mayor conocimiento para poder comprender estas nuevas figuras incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el derecho civil. Asimismo, dado que los mecanismos implementados por los dispositivos legales que introducen el apoyo y salvaguardia, al realizar modificaciones importantes en instituciones como la capacidad jurídica, la interdicción, la curatela, etc, y que buscan garantizar la igualdad y la dignidad de todas las personas sin discriminación, exige un tratamiento a nivel constitucional y desde la óptica de los Derechos Humanos. Esta dimensión del derecho civil (la dimensión constitucional) ha estado muchas veces ausente en las reflexiones de la academia, quienes han optado por aspectos más operativos.

Aporte jurídico e innovación:

La incorporación de la figura de apoyo y salvaguardia se introduce en setiembre de 2018 y reglamentada en agosto de 2019, por lo que su tratamiento teórico jurídico, permitirá que al momento de pasar a un nivel aplicativo a través de los mecanismos que prevé la ley, contaremos con mayores herramientas para comprenderla y resolver los problemas que puedan derivarse de su aplicación.

Relevancia académica:

Además del aporte que supone el análisis de una figura de reciente incorporación en nuestro ordenamiento jurídico -y por ende, de escaso tratamiento doctrinario-, su vinculación con los derechos fundamentales, permite abordaje multidimensional del fenómeno.

Es así como, las exigencias del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico suponen que no es posible trabajar desde el interior de una disciplina jurídica (en este caso el derecho civil) sin abordar necesariamente sus implicancias constitucionales, teniendo como norte garantizar el goce pleno de los Derechos Humanos.

Utilidad social

La utilidad social de la presente investigación reside en que el estudio de la figura del apoyo y salvaguardia de las personas con discapacidad permite llamar la atención respecto a las exigencias de igualdad y no discriminación que muchas veces no pueden ser satisfechas por la existencia de dispositivos jurídicos que promueven la vulneración de derechos y la exclusión de diversas personas en nuestra sociedad.

2. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

3.3. La capacidad jurídica de la persona con discapacidad:

Se puede definir la capacidad jurídica, como “la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercer dichos derechos por sí

misma” (Zunino & Torres, 2017, pág. 41). Esta definición genérica, que se presenta como universal, en tanto atributo de la persona, se torna en conflictiva cuando la colocamos frente a la discapacidad como condición de ciertas personas, sobre todo en lo que se refiere al ejercicio de los derechos.

El término discapacidad para referirse a “deficiencias, discapacidades en la actividad y restricciones en la participación, expresa los aspectos negativos de la interacción del individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (ambientales y personales)” (OMS, 2001, pág. 4). Por lo que, a primera vista, se puede inferir de la definición que existen limitaciones fácticas para el ejercicio de la capacidad. Bajo esta concepción, la situación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, hasta hace algunos años se puede describir de la manera siguiente:

la capacidad de ejercicio era un derecho vedado para las personas con discapacidad, pues pese a ser titulares de derechos y obligaciones, se les limitaba la posibilidad de ejercicio por cuenta propia, implicándoles vivir bajo el yugo de un modelo asistencialista que limitaba su autonomía y capacidad de decisión sobre los asuntos que afectaban su proceso de vida, quedando relegado el ejercicio de este derecho fundamental a terceros quienes tomaban las decisiones por ellos (Vallejo Jiménez, Hernández Ríos, & Posso, 2017, pág. 5).

De esta manera, en diversos países de América Latina, la capacidad jurídica, ha sido tratada de una manera puramente técnica desde un enfoque iusprivatista, lo que ha generado que muchas veces se deje de lado las exigencias de los derechos humanos (Cuenca, 2011, págs. 224-225). Así, en el caso peruano, partiendo de esa concepción tradicional, se preveía instituciones como la interdicción y la curatela, las cuales se basaban en la sustitución de la voluntad (Bolaños, 2018, pág. 8).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual fue suscrita por el Perú el 30 de marzo del 2007, el Estado Peruano, entrando en vigor el 3 de mayo del 2008, establece en el inciso 1 del artículo 4º: “Los

Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”. De esta manera, a partir de instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos como el mencionado, máxime si gozan de carácter vinculante, surge la obligación de revisar las instituciones a fin de determinar si estas permiten satisfacer sus exigencias.

Es así que en septiembre 2018, se promulga el Decreto Legislativo N° 1384 – Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, el cual introduce una serie de modificaciones al Código Civil (artículos 3°, 42°, 44°, 45°, 140°, 141°, 221°, 226°, 241°, 243°, 389°, 466°, 564°, 566°, 583°, 585°, 589°, 606°, 610°, 613°, 687°, 696°, 697°, 808°, 987°, 1252°, 1358°, 1994° y 2030°) Código Procesal Civil (artículos 21°, 24°, 61°, 66°, 79°, 207°, 408°, 446°, 451°, 581°, 583°, 749°, 781°, 782°, 827°), teniendo como eje central romper con las concepciones tradicionales de la discapacidad, abordando un enfoque que privilegia el derecho a la igualdad. Este cambio de enfoque se puede observar con mayor claridad en el artículo 3°.

Antes de la modificación, el artículo 3° del Código Civil establecía lo siguiente sobre la capacidad de goce: “Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”. Una vez entrado en vigor el Decreto Legislativo N° 1384, se modifica en los términos siguientes:

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.

Asimismo, con la finalidad de garantizar esta nueva configuración de la capacidad jurídica de las personas discapacidad, mediante artículo 3° se

incorpora el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil, introduciéndose la figura del apoyo y salvaguardia.

3.4. Apoyo y salvaguardia:

La introducción del Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III en el Código Civil, por el Decreto Legislativo N° 1384, establece la figura del apoyo y salvaguardia.

El artículo 659-B del Código Civil define a los apoyos 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.

El artículo 659-G, establece que 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.

Ambas nociones, se refieren a mecanismos que están orientados a garantizar la libre expresión de la voluntad en el ejercicio de los derechos con igualdad de las personas con discapacidad. Podemos encontrar la fundamentación de ambas figuras en el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad denominado “Igual reconocimiento como persona ante la ley”. Sobre el apoyo establece: ”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”. Respecto a la

salvaguardia, dicho artículo prescribe que: “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”.

Es posible comprender a estos mecanismos a partir de la idea de instalar complementos para garantizar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad. De esta manera, consisten en “colocar el apoyo o sostén para compensar ciertas dificultades que el devenir de la vida le plantea a una persona” (Zunino & Torres, 2017, pág. 40). Esta idea se encuentra contemplada en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1384, promulgada mediante Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP, específicamente en el inciso 1 del artículo 2°, en la definición de Ajustes razonables para la manifestación de voluntad:

(...) Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar el goce y ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales

3.5. Derecho a la igualdad:

La importancia del derecho a la igualdad, reside en el hecho que “la igual dignidad de toda persona el fundamento de todos los derechos fundamentales, del orden constitucional, como asimismo constituye un principio de ius cogens en el ámbito del derecho internacional” (Nogueira, 2006, pág. 801). Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas en su preámbulo establece que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Asimismo, el artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, señala que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación (...) nacimiento o cualquier otra condición social.

Respecto a la discriminación, podemos citar los siguientes instrumentos del derecho internacional. El artículo 1(a) del Convenio de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación N° 111 establece:

A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

En el mismo sentido el artículo 1° de la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960) señala que:

A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial...

A partir de dichos dispositivos es posible identificar ciertos rasgos característicos sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, los cuales tienen su origen en el respeto a la dignidad de la persona humana y la

prohibición de establecer distinciones que resulten lesivas a dicha condición. Sin embargo, no existe una sola definición en el derecho internacional de los derechos humanos del derecho a la igualdad.

En este sentido, Anne Bayefsky (1990) propone las siguientes notas características desde una visión holística sobre el derecho a la igualdad y no discriminación desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos:

- No todas las diferencias de trato son discriminatorias o bien la igualdad no significa trato idéntico.
- Una distinción es discriminatoria (a) si no tiene justificación objetiva y razonable o si no persigue un fin legítimo; o (b) si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo.
- Al menos cuando se trate de distinciones fundadas en la raza (incluyendo el color de la piel y el origen nacional o étnico), el sexo y la religión, será más difícil establecer la legitimidad del fin y la razonabilidad de la relación entre el fin y los medios empleados para lograrlo.
- Las creencias tradicionales o prejuicios locales no se aceptan como justificación razonable de un trato diferente.
- El propósito o intención discriminatorio no es un requisito de la discriminación.
- Las preferencias podrían ser discriminatorias si tienen el efecto de menoscabar la igualdad.
- La no discriminación se aplica a todos los actos estatales, independientemente de si dichos actos son exigidos por el derecho internacional.
- Las medidas especiales o acciones afirmativas serán coherentes con la igualdad o no discriminación siempre y cuando: se apliquen con el consentimiento de los miembros del grupo; se adopten con la finalidad exclusiva de lograr la igualdad; sean temporales; se discontinúen

cuando se haya alcanzado el objetivo; no entrañen la mantención de estándares desiguales o separados.

- Las medidas positivas del Estado y, en ciertos casos, la acción afirmativa o trato preferencial, son necesarias, en ocasiones, con el fin de que el Estado pueda cumplir con su obligación de respetar la igualdad.

- La necesidad de medidas positivas del Estado se puede ampliar a la protección de las personas de impedimentos a la igualdad impuestos por terceros particulares (pág. 33).

En nuestro país, el derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra establecido en el artículo 2.2.º de la Constitución Política. De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano este dispositivo incluye una doble dimensión, la igualdad como principio y como derecho. Es un principio en tanto permite la convivencia social en armonía y es un derecho en tanto toda persona puede oponer como garantía frente al Estado para que lo respete y proteja (fundamento 9 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0606-2004-AA/TC y el fundamento 4 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 03525-2011-PA/TC). Respecto a la discriminación, dicho órgano colegiado ha reconocido que no toda distinción implica discriminación, sino que constituye discriminación cuando una situación de trato desigual carece de justificación objetiva y razonable (fundamento 4 de la sentencia recaída en el Exp. N° 2861-2010-AA/TC).

3.6. Estándares del Derecho a la igualdad en el Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

El Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en tanto uno de los instrumentos internacionales más importantes para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, comprende estándares que deben cumplir los Estados para garantizar el respeto a sus derechos. Entre los derechos que comprende el Convenio, se encuentra el derecho a la igualdad. El artículo 12º establece los siguientes estándares:

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

3. ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:

Dada la reciente introducción del Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III en el Código Civil, por el Decreto Legislativo N° 1384 y su reglamentación mediante Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP promulgado el 25 de agosto de 2019, no hemos encontrado una tesis que verse específicamente sobre la figura del apoyo y salvaguardia en el Perú y su regulación en el Código Civil actual. Sin embargo, hemos encontrado investigaciones que versan sobre temas afines a nuestro objeto de estudio:

A) Bolaños, E. (2018). “La reforma del régimen peruano de interdicción de personas con discapacidad mental y psicosocial desde la perspectiva de los derechos humanos” (Tesis para optar el título de abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Lima). La investigación arriba a las siguientes conclusiones:

1. El modelo social de la discapacidad es la perspectiva correcta desde la cual se debe abordar la cuestión de los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad. Este modelo, a diferencia del modelo médico o rehabilitador, propone que la discapacidad no está presente en la persona, sino que, es una condición que viene dada por las barreras que la sociedad en su conjunto impone para el correcto desarrollo de las personas con discapacidad en igualdad de derechos y libertades.
2. El reconocimiento normativo del modelo social en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos viene dado a partir del desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien, de manera explícita, dejó sentado en el Caso Furlan y familiares Vs. Argentina que el modelo social es aquel que se corresponde con la real protección de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en nuestra región.
3. A nivel nacional, el modelo social es aterrizado al plano normativo al menos desde que el Perú ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su entrada en vigencia, esto es, en el 2008. Asimismo, la Ley General de la Persona con Discapacidad de 2014 supone

un trascendental movimiento definitivo hacia este nuevo modelo, lo cual ha venido siendo corroborado de alguna manera por la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional de nuestro país.

4. La regulación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial en el Perú está en abierta contradicción con las obligaciones internacionales que se derivan del artículo 12° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad e, incluso, con el artículo 9° de la Ley General de la Persona con Discapacidad. Instituciones civiles como la interdicción y su consecuencia, la curatela, son manifestaciones propias del modelo médico o rehabilitador en el que se pregonaba como necesaria la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad.

5. En vista de que nuestro sistema civil recoge, para el caso de las personas con discapacidad mental o psicosocial, un régimen de sustitución en la toma de decisiones, urge una modificación tanto del Código Civil como del Código Procesal Civil vigentes a fin de orientar ambos cuerpos normativos hacia el régimen de apoyo en la toma de decisiones en correspondencia con el modelo social.

6. Es necesario iniciar un proceso de reforma desapegándonos del tradicionalismo y despatrimonializando el Derecho Civil. La propiedad y el cuidado “sagrado” de ésta no puede ser el fin último del Derecho Civil; corresponde, por así decirlo, “humanizar” dicha rama del Derecho para comprender que a veces en su aparentemente bienintencionada regulación se esconden graves y manifiestas vulneraciones a los derechos.

7. En la presente tesis se ha llegado a proponer una forma específica para que el Estado peruano adecue su ordenamiento interno-civil a sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos (específicamente en lo concerniente al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental y psicosocial). Para eso, se concluye que se debe implementar un sistema de apoyos, el cual debe ser de carácter “diferenciado” a fin de atender al criterio de diversidad dentro de la propia discapacidad. Solamente así podrá verse garantizado realmente el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial en nuestro país.

8. En este nuevo régimen ya no será un tercero quien adopte las decisiones por la persona con discapacidad mental o psicosocial, sino que, el tercero en cuestión tendrá como papel fundamental el de servir de apoyo a la hora que una persona con discapacidad se encuentre de cara a una decisión que debe tomar. Así, los principios más resaltantes que erigen esta propuesta son el de igualdad y el de presunción de la capacidad.

9. De manera concurrente con la propuesta de adecuación de la normativa civil pertinente de cara al modelo social, es necesario una reforma también en otros espacios normativos como el Derecho Penal, la Ley de Extranjería, la Ley del Notariado, entre otros, a fin de lograr una reforma integral y verdadera propone que la razón para devolver el estatus de sujeto de derecho para aquella persona discapacitada mental o psicosocialmente, pasa por desterrar la idea de que debe reemplazarse su voluntad por la de “alguien ‘más capaz’”.

La importancia de esta tesis para nuestra investigación radica en que advierte la importancia de las reformas relativas a la discapacidad deben ser leídas desde la óptica del modelo social, que es el modelo adoptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asimismo, advierte sobre la importancia de que la reforma sea integral y sistémica, debiendo modificarse normas como la Ley del Notariado, Ley de Extranjería, el régimen de propiedad, etc.

B) Poma, M. (2017), “La Interdicción como vulneración a la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual en el Perú” (Tesis para obtener el título profesional de Abogado – Universidad Continental, Huancayo), la investigación concluye lo siguiente:

1. La interdicción para las personas con discapacidad intelectual, constituye una medida jurídica que afecta el derecho a su capacidad jurídica, ya que restringe el ejercicio de sus derechos civiles y personalismos como el derecho al matrimonio, la patria potestad, el derecho a otorgar testamento, el derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho de voto, así como el derecho al acceso a la justicia para participar

en procesos de distintas naturalezas, y el derecho para adquirir propiedades, contratar y acceder a créditos financieros; esto porque al quedar incapacitado, es un tercero quien sustituye la voluntad y el ejercicio de los derechos del interdictado. En efecto la interdicción es una medida jurídica que únicamente busca anular el quehacer jurídicamente relevante de las personas con discapacidad intelectual, desconociendo la capacidad jurídica, un derecho fundamental sobre el cual se basa la autonomía y la dignidad de las personas.

2. Proceder la interdicción en las personas con discapacidad intelectual, se torna en un acto discriminatorio, y en un medio determinante para la vulneración de la capacidad jurídica, toda vez que la interdicción teniendo como base la discapacidad intelectual, restringe el ejercicio de los derechos civiles; hecho que no solo justifica un trato diferenciado, sino también la transgresión de un derecho reconocido nacional e internacionalmente como es la capacidad jurídica, un principio importante para el ejercicio de los derechos humanos dentro de la sociedad.

3. La curatela se constituye en un sistema de toma de decisiones que vulnera la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, toda vez que el curador en su función de representante suplente la actuación jurídica de la persona, situación que genera que las personas con discapacidad intelectual se vean limitadas en todos sus derechos, causando la muerte civil.

4. La implementación de un sistema de apoyo y salvaguardias se constituye en una herramienta de desarrollo de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad intelectual, pues la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Por tanto la presente propuesta desarrollada en la investigación constituirá fuente teórica para una reforma del Código Civil o establecimientos de diversas normas tendientes a la eliminación de la interdicción para las personas con discapacidad intelectual, con el cual se deje de lado el modelo médico, y en su cambio se asuma un modelo social de Derechos Humanos para el respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

La importancia de la referida tesis para nuestra investigación reside en que propone una serie de herramientas conceptuales para una reforma acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Perú, cuestionando el paradigma de sustitución de la voluntad en base al que operaba la interdicción, así como advierte sobre el “modelo médico” el cual fue utilizado para limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

C) Villarreal, 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 y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú”. (Tesis para optar el grado de Magíster en Derechos Humanos, Universidad Pontificia Católica del Perú, Lima). La investigación concluye lo siguiente:

1. La CDPD ha revolucionado el DIDH, en particular, su artículo 12° al reconocer la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluyendo las personas con discapacidad mental e intelectual. Ello colisiona con estándares desfasados como los del sistema interamericano que requieren ser reinterpretados conforme a la CDPD y a los instrumentos que la respaldan. Por ejemplo, pronunciamientos del Comité CDPD, del ACNUDH, de la Relatoría Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y, de la Relatoría Especial sobre la tortura y otros actos crueles, inhumanos o degradantes. De igual manera, el artículo 12° de la CDPD es incompatible con la legislación civil de Estados iberoamericanos como el Perú que adoptan sistemas de sustitución en la toma de decisiones en relación a este colectivo.

2. La CDPD es *lex specialis* y a la fecha, el mayor estándar de protección sobre la materia. Sin embargo, al ser la discapacidad y la capacidad jurídica conceptos en constante evolución, las normas de la CDPD deben interpretarse de manera dinámica según los principios de progresividad y *pro persona* de los derechos humanos a fin de otorgar la mayor protección a todas las personas con discapacidad, incluyendo a las personas con discapacidad mental e intelectual.

3. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual a la luz de la CDPD supone: 1) Reconocimiento de la personalidad jurídica; 2) Capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida; 3) Acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; 4) Salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos; 5) Garantía del derecho a ser propietarias, heredar, controlar sus propios asuntos económicos y acceso a créditos financieros, en igualdad de condiciones.

4. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, amparado en el artículo 12° inciso 1 de la CDPD - cuyo antecedente es el artículo 16° del PIDCP- es condición inherente a toda persona. Se refiere al derecho a ser reconocida como persona ante la ley, es decir, a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. Es una norma que no está sujeta a ninguna restricción y forma parte del núcleo duro de derechos humanos.

5. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, amparado en el artículo 12° inciso 2 de la CDPD - cuyo antecedente es el artículo 15° de la CEDAW - alude a la capacidad de goce (elemento estático) y a la capacidad de ejercicio (elemento dinámico) de los derechos.

6. La capacidad jurídica es un derecho en sí mismo y condición necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales (derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales). Por ello, la negación o la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual supone una barrera para el acceso al ejercicio de otros derechos. En otras palabras, una “muerte civil” que vulnera el propósito de la CDPD que es asegurar el goce pleno de todos los derechos y libertades para todas las personas con discapacidad (artículo 1°).

7. La libertad personal de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, implica la prohibición del internamiento involuntario; la exigencia del consentimiento libre e informado para el internamiento y, el acceso a garantías procesales con ajustes razonables para reclamar por la restricción de libertad.

8. El derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad de las

personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, está asociada a la libertad de elegir el lugar de residencia y con quién vivir (prohibición de la institucionalización). Este derecho, reconocido por primera vez de manera explícita en la CDPD, implica contar con servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad así como la accesibilidad en los servicios comunitarios.

9. La integridad personal de las personas con discapacidad mental e intelectual vinculada a la prohibición de la tortura u otros actos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a la luz del artículo 12° de la CDPD, supone la existencia de condiciones de vida digna en los centros de salud mental; la exigencia del consentimiento libre e informado para realizar procedimientos, tratamientos, experimentos médicos o científicos así como para el suministro de fármacos. Al respecto, el aislamiento, la sujeción y las terapias electroconvulsivas podrían configurar supuestos de tortura u otros actos o penas crueles, inhumanos o degradantes por lo que se recomienda su erradicación.

10. La participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, significa garantizar el derecho a votar de manera libre y a ser elegido o elegida para cualquier función pública; contar con procedimientos, instalaciones y materiales electorales adecuados y accesibles, fáciles de entender y utilizar, así como promover una mayor participación de este colectivo en la vida pública.

11. El respeto del hogar y la familia de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, implica el derecho a contraer matrimonio libremente y a elegir sus propias relaciones personales; el derecho a la maternidad y paternidad (prohibición de las esterilizaciones forzadas) así como el acceso a orientación sexual y reproductiva y, medios necesarios para ejercer este derecho. De la misma manera, el respeto del hogar y la familia se vincula al derecho a ejercer la patria potestad de sus hijos y a que no se les distancie de ellos.

12. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental e intelectual, a la luz del artículo 12° de la CDPD, supone el acceso a los tribunales de justicia en nombre propio y en cualquier etapa del proceso así como garantizar la accesibilidad física y comunicacional realizando los ajustes razonables que se requieran. Un aspecto clave es contar con el acceso a recursos sencillos

mediante los que se pueda cuestionar cualquier medida que afecte el ejercicio de su capacidad jurídica.

13. La capacidad jurídica en igualdad de condiciones en materia de asuntos económicos, amparado en el artículo 12° inciso 5 de la CDPD, implica que toda persona con discapacidad mental o intelectual tiene derecho a ser propietaria, heredar, controlar sus propios asuntos económicos y bienes así como a acceder a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Ello tiene una vinculación directa con el derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad.

14. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual supone el deber del Estado de garantizar el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (artículo 12° inciso 3 de la CDPD). En este sentido, estas personas podrían o no solicitar los apoyos que, por cierto, tienen una naturaleza diversa para la CDPD. Ello se refleja en los artículos 9° inciso 2 literal f), 19° literal b), 23° inciso 2, 24° inciso 2 literal d), 26° inciso 1 literal b), 29° literal iii) que buscan promover el ejercicio de la capacidad jurídica.

15. El reconocimiento de la capacidad jurídica implica que se implementen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos respecto de las medidas de apoyo (artículo 12° inciso 4 de la CDPD). En este sentido, los apoyos deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; se debe garantizar la inexistencia de conflicto de intereses ni influencia indebida. Además, los apoyos deben ser proporcionales; adaptables a las circunstancias de la persona; aplicables “en el plazo más corto posible” – ello debe entenderse únicamente para los supuestos en los que no se haya podido obtener la voluntad de la persona como alguien en estado de coma - y sujetarse a exámenes periódicos de una autoridad u órgano judicial competente.

16. Las personas con discapacidad mental e intelectual en el Perú son un grupo históricamente discriminado y excluido. Esta situación se constata en los prejuicios y estereotipos de la sociedad que equipara discapacidad con incapacidad así como en las barreras actitudinales y legales que les impiden y/o restringen el ejercicio de su capacidad jurídica así como de otros derechos fundamentales. En este sentido, se puede afirmar que las personas con discapacidad mental e intelectual son un grupo en situación de vulnerabilidad.

17. La ENEDIS 2013 reporta que el 5.2% de la población nacional tiene alguna discapacidad. Si bien se trata de un primer esfuerzo por contar con data fiable y específica, se ha criticado la brecha con el resultado de la ENCO 2006 que arrojó un 8.4% de personas con discapacidad a nivel nacional. Cabe resaltar que de la población total de personas con discapacidad, según la ENEDIS, el 32.1% tiene limitaciones intelectuales y el 18.8%, limitaciones psicosociales. Por tanto, del total de la población con discapacidad, el 50.9% correspondería a personas con discapacidad intelectual y mental. En este sentido, preocupa que el 41% de familiares de las personas con discapacidad haya señalado que deben dejar de lado actividades para cuidar de estas personas, lo que demuestra la necesidad de un sistema de apoyos.

18. El proceso de interdicción y el régimen de curatela para las personas con discapacidad mental e intelectual están asociados a un modelo de sustitución en la toma de decisiones en el Código Civil. En este contexto, las funciones del curador o curadora - proteger al “incapaz”; proveer en lo posible su restablecimiento; representarlo conforme al grado de su “incapacidad” y colocarlo en un establecimiento adecuado de ser necesario (artículo 570° del Código Civil) – son incompatibles con el artículo 12° de la CDPD. Por tanto, el Estado peruano está incumpliendo con sus obligaciones, en el marco del principio del pacta sunt servanda, así como con la Constitución que dispone la interpretación de derechos conforme a la DUDH y a los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria). En este sentido, la CDPD es parte del bloque de constitucionalidad.

19. La falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual se manifiesta en la vulneración de otros derechos fundamentales. Por ejemplo, en Perú esta problemática se refleja en los internamientos involuntarios y la institucionalización que viola la libertad personal y, la vida independiente e inclusión en la sociedad; las condiciones precarias en centros de salud mental y, tratamientos médicos sin consentimiento informado que vulnera la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. De igual modo, existen barreras para votar y, participar en la vida política y pública; impedimentos para contraer matrimonio, ejercer la patria potestad, otorgar testamentos y, para ejercer su autodeterminación sexual y reproductiva; barreras para participar en

los procesos y de tipo comunicacional que afectan su acceso a la justicia así como impedimentos para adquirir propiedad, heredar, controlar asuntos económicos propios y acceder a créditos.

20. La Ley N° 29973 (Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad) es el instrumento más importante de la política pública en materia de capacidad jurídica -aunque aún está pendiente la publicación de su reglamento - puesto que reconoce este derecho para todas las personas con discapacidad, incluyendo a las personas con discapacidad mental e intelectual. En este sentido, la norma dispone que se revise el Código Civil a la luz de la CDPD (Segunda Disposición Complementaria Final) para lo que se ha instalado una Comisión Revisora que debe formular en un plazo no mayor a un año desde su instalación (12 de febrero de 2015) un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil y demás normas que fueren necesarias. Además, la Ley N° 29973 ha adoptado el modelo de apoyo en la toma de decisiones pues señala que el Código Civil regula los sistemas de apoyo y ajustes razonables que se requieran (artículo 9°).

21. Se podría afirmar que el Código Civil peruano ha adoptado el modelo de atribución directa por estatus pues presume la incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual por su sola condición (artículos 43° y 44°). De manera similar, el Código Civil español, que adopta el modelo de atribución indirecta por estatus, atribuye incapacidad a las personas con discapacidad mental e intelectual que no puedan gobernarse por sí mismas (artículo 200°). De otro lado, existe el criterio basado en resultados que atribuye incapacidad cuando la persona toma una decisión considerada negativa. Ello se refleja en la mayoría de legislaciones mentales.

22. El modelo funcional atribuye incapacidad cuando la aptitud de la persona para tomar decisiones es considerada deficiente. Así, la Ley sobre Capacidad Mental de Inglaterra y Gales presume la capacidad de toda persona con discapacidad mental o intelectual y, sólo atribuye incapacidad si esta persona no ha podido decidir en relación a un asunto determinado. En este sentido, también se podría sostener que el Código Civil peruano adopta este modelo cuando señala que los alcances de la curatela son fijados por el juez al declarar la interdicción y en función de su grado de incapacidad (artículo 581°). Por tanto, características de distintos modelos de atribución de incapacidad pueden coexistir en un solo ordenamiento jurídico.

23. La reforma del Código Civil requiere como premisa el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad; la derogación de su régimen de incapacitación (artículos 43° inciso 2 y, 44° incisos 3 y 4 del Código Civil) y del proceso de interdicción al que se les somete (artículos 42° del Código Civil) que, en la práctica es de carácter pleno. Al respecto, preocupa la falta de garantías en el marco del debido proceso pues la persona con discapacidad no solicita la interdicción sino terceros, no tiene una participación activa en el proceso y una vez interdictada, no tiene cómo cuestionar dicha medida.

24. La reforma del Código Civil requiere la derogación del régimen de curatela que se viene aplicando a las personas adultas con discapacidad mental e intelectual, regulado desde el modelo médico entre los artículos 564° a 618°. En este contexto, se propone incorporar el proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad mental e intelectual interdictadas y sujetas a una curatela que decidan migrar a este nuevo régimen que se aplicaría desde el modelo social. Sobre el particular, es necesario un estudio que nos permita saber cuántas personas están interdictadas en el país y cuáles son sus condiciones de vida.

25. A diferencia de la curatela, en el marco del proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica, el/la asistente tendría funciones específicas y su desempeño se evaluaría periódicamente. Además, la persona con discapacidad mental e intelectual sería quien pueda solicitarlo, teniendo una participación activa en el proceso y contando con recursos sencillos para cuestionar el rol del asistente en cualquier momento. Este proceso se plantea como una medida temporal hasta que se implemente un sistema de apoyos. Y una vez que éste empiece a operar, la asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica sólo se podría aplicar para casos excepcionales donde sea casi imposible conocer la voluntad de la persona. Un claro ejemplo es el estado de coma.

26. La reforma del Código Civil en materia de capacidad jurídica no sólo supone reformar las normas de este cuerpo normativo sino también toda la legislación que sea incompatible con la CDPD porque no reconocen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y restringen el ejercicio de sus derechos. En este sentido, algunas normas que requieren de revisión son: artículo 4° de la LGS; artículos 43°, 44°, 140°, 219°,

221°, 207°, 241°, 466°, 389°, 466°, 576°, 578°, 580°, 687°, 705°, 1358°, 1387° del Código Civil; artículos 58°, 68°, 70°, 207° y 222° del Código Procesal Civil; artículos 54°, 94°, 95° y 114° del Código de Procedimientos Penales; entre otras.

27. El diseño y la implementación de un sistema de apoyos requiere reconocer la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, en particular de las personas con discapacidad mental e intelectual. El sistema de apoyos debe ser concebido como una herramienta de promoción de la autonomía y capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad. Así, se deberá ofrecer una gama amplia de apoyos, que estarán en constante evolución y que deberían encontrarse preferentemente en la comunidad. Se podría empezar con los apoyos asociados a la elección del lugar de residencia, la construcción de relaciones sociales y los asuntos de salud. Los apoyos podrían ser brindados por el Estado y/o por particulares con la fiscalización del Estado.

28. Para el diseño y la implementación de un sistema de apoyos, se plantea establecer tres niveles de acuerdo al tipo de discapacidad y/o a las circunstancias de cada persona: a) Apoyo mínimo si la persona puede tomar y manifestar sus decisiones de manera comprensible mediante ajustes razonables y no requiere de terceros para ello; b) Apoyo en la toma de decisiones (individual o colectivo) si la persona elige a alguien o a un grupo de su confianza; c) Asistencia en la toma de decisiones como último recurso y excepcional cuando no es posible conocer la voluntad y las preferencias de la persona por lo que un asistente las identificará en base a la historia de vida de la persona a quien se apoya. Sería importante contar con un registro de los apoyos del segundo y tercer nivel a fin de supervisar mejor el desempeño de quienes brindan los apoyos

29. Independientemente de la implementación de un sistema de apoyos, el Estado peruano tiene la obligación de garantizar la accesibilidad (entorno físico, transporte, información y comunicaciones) y, los ajustes razonables (adaptaciones adecuadas que no impongan una carga desproporcionada cuando se requieran en un caso particular) en todos los ámbitos en los que las personas con discapacidad mental ejercen su capacidad jurídica. Ello constituye garantías de no discriminación.

30. Un ejemplo de apoyo en la toma de decisiones que podría implementarse es el ombudsman personal que permitiría a las personas con discapacidad mental e

intelectual contratar directamente; fuera del régimen de atención de la salud mental, de la intervención de la autoridad pública o de su familia, a profesionales que les brinden apoyos personalizados. Estaría sujeto a evaluaciones periódicas para evitar que la figura se prolongue por mucho tiempo y para supervisar que las decisiones que toma el apoyo respetan la voluntad de la persona, función que podría desempeñar la Defensoría del Pueblo.

31. Otro ejemplo de apoyo en la toma de decisiones es el acuerdo de representación que es una manifestación de la voluntad anticipada. Este contrato, de carácter extrajudicial, permitiría a toda persona mayor de edad elegir a su representante, sus facultades y cuándo empezaría a aplicarse este apoyo en la toma de decisiones sobre los asuntos que le conciernen. Sin embargo, debería existir un recurso sencillo y accesible en caso la persona con discapacidad mental o intelectual opte por cambiar su decisión.

32. El diseño y la implementación de un sistema de apoyos requiere de salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos por parte de quienes brindan los apoyos. Estas salvaguardias aluden al respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad mental e intelectual así como que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida. De igual modo, debe existir proporcionalidad entre la medida de apoyo adoptada y, el grado de afectación de los derechos e intereses de la persona que se apoya. Además, deberían establecerse mecanismos de revisión claros.

33. Para implementar un sistema de apoyos y salvaguardias es preciso que exista voluntad política y la consecuente asignación de recursos humanos, económicos y de otra índole. De igual modo, la entidad responsable del diseño, implementación y evaluación de esta política debe tener una institucionalidad adecuada que permita los avances. Es importante contar con la participación activa de las personas con discapacidad en todas las fases de esta política pública. Finalmente, resulta fundamental la toma de conciencia de la sociedad, en especial de los actores involucrados (operadores de justicia, funcionarios públicos, personal que brinde los apoyos, medios de comunicación, familiares de las personas con discapacidad, entre otros) en relación al reconocimiento de la capacidad jurídica y autonomía de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Esta tesis tiene suma importancia para nuestro trabajo, toda vez que aporta una serie de cifras y datos sobre la población discapacitada en el Perú y sobre la forma en la que han sido excluidos históricamente. Asimismo, propone que una reforma de apoyos y salvaguardias no debe agotarse solo en el foro judicial, sino deben permitir a la persona con discapacidad tener una vida económica independiente.

4. OBJETIVOS

- *Determinar de qué manera* la configuración actual del régimen de la capacidad jurídica en el Perú permite garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad
- *Determinar* de qué manera en que el sistema de apoyos y salvaguardas en el Perú no permite satisfacer los estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto a la protección del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

5. HIPÓTESIS

DADO QUE:

Se han emitido normas en el marco del proceso de transición al sistema de apoyos y salvaguardias que se basan aún bajo el parámetro del modelo de sustitución de la voluntad

ES PROBABLE QUE:

La transición al sistema del apoyo y salvaguardias no permita garantizar plenamente el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad en el Perú.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN

1.1. Precisión

- **Técnicas:**

1. **Observación documental:** Se observará y analizará el contenido de las disposiciones normativas referentes a la figura del apoyo y salvaguardia en el Perú.

2. **Encuesta:** Es una técnica destinada a obtener datos de varias personas cuyas opiniones impersonales interesan al investigador. En este caso, por razón de la especialidad, nos interesa la opinión de los jueces civiles y de notarios.

- **Instrumentos:**

3. **Ficha de observación documental:** Para el estudio de derecho fundamental sub-análisis, se empleará hoja básica de explicación teórica reflexiva.

4. **Cuestionario:** Aquí se realizará la encuesta con el “Formulario de preguntas”, este último que será elaborado en forma específica e inédita para el presente proyecto de investigación a 23 especialistas de los Juzgados Especializados en lo civil en el distrito, provincia y departamento de Arequipa, 2019.

1.3. Cuadro de coherencias:

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Sistema de apoyos y salvaguardias	<ul style="list-style-type: none"> - Antecedentes normativos y jurisprudenciales en la historia del Derecho peruano - Antecedentes normativos y jurisprudenciales en la historia del Derecho comparado - Antecedentes normativos y jurisprudenciales en la historia del Derecho internacional - Situación actual de la estructura institucional y orgánica del sistema de apoyos y salvaguardias en el Perú. - Implicancias jurídico-procesales respecto a la 	<ul style="list-style-type: none"> - Observación documental - Encuesta 	<ul style="list-style-type: none"> - Ficha de observación documental - Cuestionario

	capacidad de las personas con discapacidad en el Perú.		
VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Derecho fundamental a la igualdad de las personas con discapacidad en el Perú	<ul style="list-style-type: none"> - Normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos que contemplan el derecho a la igualdad de las con discapacidad - Normas del Derecho nacional que contemplan el derecho a la igualdad de las con discapacidad. - Jurisprudencia de los Altos Tribunales nacionales e internacionales que determinan el contenido del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. - Jurisprudencia de las altas cortes nacionales (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) referidas al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. 	<ul style="list-style-type: none"> - Observación documental - Encuesta 	<ul style="list-style-type: none"> - Ficha de observación documental - Cuestionario

1.3. Prototipo de Instrumentos

A) FICHAS DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL

- FICHA DE DISPOSICIONES NORMATIVAS

MATERIA:	NUMERO/CÓDIGO:
MATERIA ESPECIFICA	FECHA DE PUBLICACIÓN
ÓRGANO EMISOR/JERARQUÍA NORMATIVA	PAÍS:
CONTENIDO:	

- FICHA BIBLIOGRÁFICA.

MATERIA:	CÓD.:	
TEMA GENERAL:	TEMA ESPECIAL	
AUTOR:	EDITORIAL:	FECHA:
OBRA:	Nº Págs.:	PÁG.:
CONTENIDO:		

- FICHA WEB

Nº DE FICHA:	WEB, PORTAL:
TEMA:	INDICADOR :
ITEM:	
ANOTACIONES:	

- FICHA PARA RESOLUCIONES.

MATERIA:	EXPEDIENTE/CÓD.:	
TEMA GENERAL:	TEMA ESPECIAL	
ÓRGANO EMISOR:	DEMANDANTE:	DEMANDADO:

DERECHOS IMPLICADOS:	SENTIDO DEL FALLO:	PÁGINAS:
CONTENIDO:		

B) CUESTIONARIOS

IV. CUESTIONARIO PARA ESPECIALISTAS DEL JUZGADO CIVIL

INSTRUCCIONES.-

Nos encontramos efectuando una investigación sobre la transición al sistema de apoyos y salvaguardias como garantía del derecho fundamental a la igualdad de las personas con discapacidad en el Perú. Le rogamos contestar con sinceridad. No coloque su nombre ni apellido. Marque con una (X). Muchas gracias

1. Considera que con el sistema de apoyos y salvaguardias el Estado peruano reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica:

- a) Totalmente en desacuerdo
- b) En desacuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de acuerdo

2. Considera que en el Perú las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida:

- a) Totalmente en desacuerdo
- b) En desacuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de acuerdo

3. Considera que el sistema de apoyos y salvaguardias es un mecanismo pertinente para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:

- a) Totalmente en desacuerdo
- b) En desacuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de acuerdo

4. Considera usted que el sistema de apoyos y salvaguardias asegura que en el ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada:

- a) Totalmente en desacuerdo
- b) En desacuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de acuerdo

5. Considera usted que el sistema de apoyos y salvaguardias asegura que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad:

- a) Totalmente en desacuerdo
- b) En desacuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de acuerdo

6. Considera usted que el sistema de apoyos y salvaguardia está

repercutiendo de manera positiva en la protección de los derechos de las personas con discapacidad en los procesos judiciales:

- a) Totalmente en desacuerdo
- b) En desacuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de acuerdo

7. Considera usted que el estado actual sistema de apoyos y salvaguardia en el Perú no difiere mucho del modelo anterior de sustitución de la voluntad a través de la interdicción de las personas con discapacidad:

- a) Totalmente en desacuerdo
- b) En desacuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de acuerdo

V. CAMPO DE VERIFICACIÓN

A) Ubicación espacial: La investigación espacialmente se ubica en Perú, en la ciudad de Arequipa.

B) Ubicación temporal: La presente investigación abarca desde el mes de setiembre de 2018 a octubre del año 2019

C) Unidades de estudio:

Dado el carácter de la investigación se considera como unidad de estudio a la legislación nacional referente al apoyo y salvaguardias, así como al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación y los datos registrables a nivel convencional, constitucional, legal e infralegal, entre ellas tenemos a:

1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)

2. La Constitución Política del Perú de 1993.
3. 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.
4. Decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones Código Civil peruano.

Asimismo, para efectos de otorgar un soporte a los datos recogidos en el análisis documental para verificar nuestras hipótesis, consideraremos también como unidad de estudio a los jueces especializados en los civil del distrito, provincia y departamento de Arequipa, que a la fecha ascienden a 09 y a los notarios del distrito, provincia y departamento de Arequipa, que a la fecha ascienden a 05..

VI. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida de la siguiente forma:

A) Estrategia:

Recolección de información por el investigador en las siguientes bibliotecas, consignando los datos en las Fichas de Registro y de Investigación:

1. Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
2. Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín
3. Biblioteca Personal
4. Exploración en Internet

Asimismo, se analizará la información recolectada directamente por el investigador a través de los cuestionarios efectuados a los jueces civiles del distrito, provincia y departamento de Arequipa, 2019 y a los notarios del distrito, provincia y departamento de Arequipa, 2019. Para la revisión de los instrumentos legales nacionales e internacionales de derecho comparado, se hará uso de fichas de

observación documental estructurada, elaboradas por el investigador.

Método: El método de análisis será el deductivo, con un nivel descriptivo analítico, de tipo cualitativo jurídico. Las bases de análisis son normativas, doctrinarias, jurisprudenciales y documentales.

VII. RECURSOS

CUADRO DE RECURSOS HUMANOS	
GRUPOS	PERSONAS
Grupo Único	(01) Persona(dirección de proyecto y ejecución)
TOTAL:	01 PERSONA

MATERIALES	MEDIDA DE UNIDAD	CANTIDAD
Computadora	Unitario	01
Impresora	Unitario	01
Energía eléctrica e internet	Servicio/Mensual	06
Papel Bond	Unitario	1500
Copias fotostáticas	Unitario	500
Lapiceros	Unitario	3
Libros	Unitario	40
USB	Unitario	03
Cuadernos	Unitario	03
Fichas bibliográficas y	Unitario	100

documentales.		
Cartucho tinta de impresora Epson	Unitario	02
Anillados	Servicio	05

CUADRO DE RECURSOS ECONÓMICOS	
CONCEPTO	COSTO
Bienes y servicios	S/. 1000.00
Recursos materiales	S/. 2000.00
otros	S/. 200.00
TOTAL	S/. 3200.00

VIII. CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDAD	AGO. 2019	SEPT 2019	OCT. 2019	NOV. 2019	DIC. 2019
Elaboración del proyecto de Investigación	X				
Presentación y aprobación del proyecto	X				
Recolección de información		X			
Análisis de la información		X	X		
Elaboración del Informe Final			X	X	

Sustentación de tesis					X
-----------------------	--	--	--	--	---

IX. BIBLIOGRAFÍA

Bayefsky, A. (1990). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, 11 (1-2), 1-34.

Bolaños, E. (2018). *La reforma del régimen peruano de interdicción de personas con discapacidad mental y psicosocial desde la perspectiva de los derechos humanos*. Lima: Tesis para optar el título de abogado por la Universidad de San Martín de Porres.

Cuenca, P. (2011). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. *Derechos y Libertades*, 24(II), , 221-257.

Nogueira, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la Ley, la no discriminación y acciones positivas. *AFDUDC*, 10, 99-831.

OMS. (2001). *Asamblea Mundial de la Salud: Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalía*. Ginebra.

Poma, M. (2017). *La Interdicción como vulneración a la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual en el Perú*. Huancayo: Tesis para obtener el título profesional de Abogado – Universidad Continental.

Tantaleán, L. (2019). La discapacidad: Anotaciones al Decreto Legislativo 1384*. *Derecho y Cambio Social* 56, 199-229.

Vallejo Jiménez, G., Hernández Ríos, M., & P. R. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos

normativos. *CES Derecho.*, 8(1), 3-21.

Villareal, 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*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Zunino, R., & Torres, J. (2017). Capacidad Jurídica: Teorías, implicancias y prácticas. En M. N. López, J. Torres, & C. Weber (Edits.), *Debates en el campo de la salud mental : práctica profesional y políticas* (págs. 40-58). La Plata: Universidad Nacional de La Plata,.

Sentencias del Tribunal Constitucional

Exp. N° 0606-2004-AA/TC

Exp. N° 03525-2011-PA/TC

Exp. N° 2861-2010-AA/TC