
La capacidad jurídica en la jurisprudencia peruana. Análisis cualitativo de las decisiones judiciales de restitución de capacidad jurídica y designaciones de apoyo en aplicación del Decreto Legislativo 1384*.-**

› RENATA ANAHÍ BREGAGLIO LAZARTE^{***}

› RENATO ANTONIO CONSTANTINO CAYCHO^{****}

RESUMEN. En cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en 2018 Perú reformó su Código Civil eliminando la interdicción por motivos de discapacidad y creando un sistema de apoyos y salvaguardias. El presente artículo hipotetiza que, a poco más de tres años de la reforma, este cambio solo es aparente, pues en la práctica la sustitución de la voluntad se

* Fecha de recepción: 16 de enero de 2022. Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2022.

Para citar el artículo: Bregaglio Lazarte, R. A. y Constantino Caycho, R. A. “La capacidad jurídica en el derecho peruano. Análisis cualitativo de las decisiones judiciales de restitución de capacidad jurídica y designaciones de apoyo en aplicación del Decreto 1384”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 44, enero-junio 2023, 15-47. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.44.02>.

** Esta publicación fue posible gracias al Fondo de apoyo para el afianzamiento de la investigación y docencia - publicación de artículos de investigación del año 2020, del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Los autores también desean agradecer a Teresa Arce Coronel por su invaluable apoyo en la recopilación y sistematización de las sentencias analizadas.

*** Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú; profesora. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad - GRIDIS PUCP. Magíster en Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Contacto: renata.bregaglio@pucp.edu.pe Or-cid: 0000-0003-4306-2511.

**** Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú; profesora. Magíster en Derecho, Universidad Americana – Washington College of Law, Washington D.C., Estados Unidos de América. Contacto: renato.constantino@pucp.edu.pe Orcid: 0000-0002-5721-1541.

mantiene como regla. Para ello se analizan 34 decisiones judiciales de restitución de capacidad jurídica a efectos de demostrar la incompatibilidad con los estándares de capacidad jurídica propuestos a nivel internacional.

PALABRAS CLAVE: capacidad jurídica, discapacidad, Código Civil peruano, apoyos, salvaguardias, capacidad civil, capacidad de ejercicio.

Legal Capacity in Peruvian Law. Qualitative Analysis of Court Ruling of Restitution on Legal Capacity and Designation of a Support Person under the Framework of the Legislative Decree 1384

ABSTRACT. In order to fulfil its obligations under Article 12 of Convention on the Rights of Persons with Disabilities, on 2018, Peru reformed its Civil Code. Through this reform, Peru abolished guardianship and created a system of supports and safeguards. Within three years after the Reform, this paper hypothesizes that, the change is not real since substitute decision-making remains as the rule. For that, the paper systematizes and analyses the judgments on support appointments in order to determine its compatibility with international standards.

KEYWORDS: Legal capacity, person with disability, Peruvian Civil Code, support decision making, safeguards.

SUMARIO: Introducción. I. La capacidad jurídica a partir del artículo 12 CDPD. II. La reforma peruana en materia de capacidad jurídica. III. Más de lo mismo: los nombramientos de apoyo a nivel judicial en el Perú y el mantenimiento de un sistema de sustitución de la voluntad. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Por mucho tiempo, la discapacidad ha sido uno de los criterios utilizados para distinguir entre capaces e incapaces, como lo indica el adagio *furiosi nulla voluntas est*. En el Perú, y en otros ordenamientos civiles de inspiración continental, el proceso de interdicción o curatela permitía que una persona con discapacidad fuese declarada como incapaz civil. A partir de dicha declaración, quedaba impedida de ejercer sus derechos por sí misma y le correspondía ser representada por un/a curador/a.

En los últimos años, el derecho civil latinoamericano ha empezado a experimentar un cambio a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). El artículo 12 de este tratado plantea, de manera resumida, que las personas con discapacidad cuentan con igual capacidad jurídica que el resto de personas. Por tanto, la discapacidad no puede ser un motivo

para limitar la capacidad jurídica. Consecuentemente, varios países de la región, a diferentes velocidades y con diferente intensidad, han comenzado a cambiar sus ordenamientos civiles para dar cumplimiento a la finalidad del artículo 12 CDPD. Así lo han hecho Argentina (2015), Brasil (2015), Costa Rica (2016), Perú (2018) y Colombia (2019).

De entre las reformas, la peruana y la colombiana son las más ambiciosas, en tanto eliminan definitivamente las causales de interdicción relacionadas con la existencia explícita de una discapacidad. En el Perú, además de eliminarse la interdicción y reconocerse igual capacidad jurídica a personas con discapacidad, se estableció un sistema de apoyos y salvaguardias. No obstante, como postulamos en el presente artículo, debido a un inadecuado entendimiento de la norma por los operadores jurídicos, la reforma ha devenido en una continuación de los vicios de normas previas y mantiene, encubierto, un modelo de sustitución de la voluntad. En este contexto, la labor de los juzgados es determinante pues, de acuerdo con la reforma, serán principalmente estos los encargados de determinar si las personas con discapacidad pueden o no tomar decisiones jurídicamente vinculantes, más allá de lo que digan sus diagnósticos. Por ello, a poco más de tres años de la reforma, este artículo revisa y analiza decisiones judiciales de restitución de capacidad jurídica y nombramiento de apoyo, para demostrar que en la práctica solo ha operado un cambio de denominación de la figura (curatela por apoyo), sin que dicho cambio vaya acompañado de un verdadero sistema que evite la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad y les permita ejercer sus derechos de manera autónoma, de conformidad con lo establecido por la CDPD.

Con esa finalidad, el presente artículo inicia con un recuento del planteamiento del artículo 12 CDPD desde una perspectiva de derecho internacional de los derechos humanos, contrastada con los esfuerzos doctrinarios del derecho civil y los derechos humanos de darle contenido a dicho artículo. En un segundo momento, se presenta la reforma peruana en lo referido al sistema de designación de apoyos. Si bien la reforma abordó varios artículos del Código Civil y hay varios problemas que podrían ser abordados desde una mirada crítica (como, por ejemplo, la regulación en responsabilidad civil de las personas con discapacidad y sus apoyos, la inscripción de los apoyos en registros públicos y su oponibilidad ante terceros, o los vicios a la voluntad de las personas con discapacidad), y dado que este trabajo se orienta a demostrar que las designaciones judiciales de apoyos vienen encubriendo designaciones que habilitan la sustitución de la voluntad, la explicación de la reforma peruana solamente se circunscribe a dicho ámbito. Finalmente, el artículo presenta los hallazgos de la revisión de 34 decisiones judiciales, para poder probar que una reforma innovadora y revolucionaria se ha visto opacada por la falta de comprensión de un enfoque de discapacidad y por la tendencia a mantener vigentes instituciones del derecho civil que deben quedar superadas.

I. La capacidad jurídica a partir del artículo 12 CDPD¹

El artículo 12 CDPD², siguiendo los preceptos del modelo social de la discapacidad, plantea que la deficiencia mental no puede ser entendida como un fundamento para limitar el ejercicio de derechos y permitir que un tercero sustituya la voluntad de una persona con discapacidad intelectual o psicosocial³. El cambio fundamental del artículo 12 recae en su segundo inciso, pues la norma es clara al plantear que la discapacidad deja de ser un motivo para excluir a la persona de la posibilidad de tomar decisiones jurídicamente vinculantes. Sin embargo, la norma no es clara acerca de si otras condiciones, que pueden estar estrechamente vinculadas a la discapacidad, podrían ser una razón válida para dicha restricción. En su Observación General n.º 1, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (Comité CDPD) identificó tres criterios que se usan para la limitación de la

-
- 1 Algunas de estas ideas han sido planteadas previamente en Constantino Caycho, R., “The Flag of Imagination: Peru’s New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law”, *The Age of Human Rights Journal*, vol. 15, 2020, 169; Bregaglio Lazarte, R. y Constantino Caycho, R., “Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 2020, vol. 4, n.º 1, 32-59.
 - 2 “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 Entendiendo que la discapacidad es una realidad compleja y diversa, y sin querer crear categorías estancas, a efectos del presente artículo entendemos a la discapacidad intelectual como aquella originada en la deficiencia temporal o permanente de una persona que presente limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual como en el comportamiento adaptativo (como por ejemplo, una persona con Síndrome Down, o una persona con retardo mental), y a la discapacidad psicosocial como aquella originada en la deficiencia temporal o permanentemente de una persona en su forma de pensar, relacionarse o interactuar (como por ejemplo, una persona con esquizofrenia, una persona con trastorno bipolar, o una persona con síndrome de Asperger).

capacidad jurídica de personas con discapacidad⁴: i) la restricción por condición, entendida como aquella en la que se restringe que la persona con discapacidad tome decisiones en razón de su diagnóstico de discapacidad (es decir, si la persona tiene esquizofrenia, el solo diagnóstico será suficiente para restringir su capacidad jurídica); ii) la restricción por resultado, entendida como aquella que restringe la capacidad en función de la “razonabilidad” de la decisión adoptada por la persona (así, si una persona vende un bien a un precio muy por debajo del precio del mercado, se podría argumentar que su capacidad debe ser restringida); y iii) la restricción por funcionalidad, entendida como aquella que se realiza a partir de un análisis sobre la capacidad de una persona para comprender las implicancias del negocio jurídico que va a celebrar.

En palabras del Comité CDPD, los tres modelos de restricción son discriminatorios por motivo de discapacidad y violan el artículo 12 CDPD⁵. No obstante, desde la academia se ha planteado que, en ciertos casos límite, la funcionalidad⁶ o el riesgo⁷ pueden ser asumidos como motivos válidos para la restricción de la capacidad jurídica⁸. Esto, sin embargo, como se planteará más adelante, no ha de ser entendido como una habilitación de sustitución de la voluntad. Antes que una sustitución deberá optarse por una actuación de acuerdo a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

El artículo 12.3 CDPD, por su parte, indica que las personas con discapacidad tienen derecho a los “apoyos para el ejercicio de capacidad jurídica”. Estos se entienden como mecanismos para facilitar la formación de la voluntad de una persona al momento de tomar una decisión con relevancia jurídica. De acuerdo con Devandas, sus funciones son ayudar a: “a) obtener y entender información; b) evaluar las posibles alternativas a una decisión y sus consecuencias; c) expresar y comunicar

4 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general n.º 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, 2014, párr. 15.

5 *Ibid.*

6 Bregaglio Lazarte, R. y Constantino Caycho, R., “Un modelo para armar”, cit. *passim*; Martin, W. *et al.*, “Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK”, 2016, disponible en: <https://autonomy.essex.ac.uk/resources/eap-three-jurisdictions-report/> [consultado el 12 de septiembre de 2022].

7 Bach, M. y Kerzner, I., “A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity”, 2010, disponible en: <https://www.lco-cdo.org/en/our-current-projects/the-law-and-persons-with-disabilities/disabilities-call-for-papers-january-2010/commissioned-papers-the-law-and-persons-with-disabilities/a-new-paradigm-for-protecting-autonomy-and-the-right-to-legal-capacity/> [consultado el 12 de septiembre de 2022]; Flynn, E. y Arstein-Kerslake, A., “State Intervention in the Lives of People with Disabilities: The Case for a Disability-Neutral Framework”, *International Journal of Law in Context*, vol. 13, n.º 1, 2017, 39-57.

8 Series, L. y Nilsson, A., “Article 12 CRPD. Equal Recognition before the Law”, en Bantekas, I.; Stein, M. y Anastasiou, D. (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 12.

una decisión; y/o d) ejecutar una decisión”⁹. De esta manera, los apoyos son quienes ayudarán a la persona con discapacidad a comprender la magnitud del acto jurídico que debe realizar y a actuar conforme a su voluntad y preferencias. En ese sentido, no deben confundirse con medidas de accesibilidad¹⁰ o ajustes razonables¹¹ en la comunicación¹². El que una persona sorda requiera un intérprete de lengua de señas para poder manifestar su voluntad no significa que dicho intérprete sea su apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Considerarlo así implicaría trasladar la carga de la accesibilidad a la persona con discapacidad, que es un postulado contrario al espíritu de la CDPD.

Ahora bien, un asunto controvertido aún, y que está relacionado con la validez del criterio funcional para restringir la capacidad jurídica, es si la designación de apoyos debe ser siempre voluntaria o si cabe pensar en supuestos donde se pueda obligar a una persona a contar con un apoyo para actuar. En nuestra opinión, esta posibilidad resultaría razonable solo como excepción, cuando la persona con discapacidad necesita realizar un acto jurídico y no puede comprender la naturaleza del acto ni, por tanto, emitir una voluntad válida. Esto sería compatible con la posibilidad de determinar apoyos con diversa intensidad que ha establecido el Comité CDPD¹³ y que se manifiesta en las reformas peruana¹⁴ y colombiana del Código Civil¹⁵. En estos supuestos, sin duda, será el apoyo quien adopte y ejecute la decisión. Pero incluso en este escenario, la actuación del apoyo debe entenderse como diferente a la de un curador, pues su actuación no sustituirá la voluntad de la persona con discapacidad¹⁶. El apoyo, cuando obra en representación de una persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad, deberá actuar conforme la voluntad o preferencias de

9 Devandas Aguilar, C., “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad”, A/HRC/37/56, 12 de diciembre de 2017, párr. 41.

10 De acuerdo con lo previsto en el artículo 9 CDPD, las medidas de accesibilidad deben entenderse como “medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”.

11 De acuerdo con el artículo 2 CDPD, los ajustes razonables son “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

12 No obstante, el Comité CDPD planteó lo contrario en su Observación General n.º 1. Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general n.º 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, cit., párr. 17.

13 *Ibíd.*, párr. 17.

14 Art. 659-E c.c. de Perú.

15 Arts. 32, 33 y 34 de la Ley 1996 de 2019 (Colombia).

16 Varios autores han cuestionado los preceptos de la Reforma Peruana. Al respecto, cfr. Espinoza Espinoza, J., “Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 64, 2018, 13; Espinoza Espinoza, J. y Peralta Castellano, J., “El mal diseñado sistema de apoyos y salvaguardias: el otro virus que trajo el Decreto Legislativo n.º 1384 y ha contagiado al Código Civil peruano”, *Actualidad Civil*, n.º 71, 2020; Vega Mere, Y., “La reforma

dicha persona¹⁷. Esto es lo que indica, por ejemplo, el artículo 659-B c.c. peruano al establecer, en su tercer inciso:

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

Finalmente, el artículo 12.4, referido a las medidas de salvaguardias, es probablemente el más oscuro de la CDPD, pues tiene una redacción muy escueta en el tratado y no ha sido objeto de una interpretación extensa por parte del Comité CDPD, en su Observación General n.º 1. No obstante, a partir de los desarrollos doctrinarios¹⁸, estas deben ser entendidas como medidas de protección frente al abuso que podrían experimentar las personas con discapacidad en el marco de la relación con su apoyo y de las posibilidades de su ejercicio de capacidad jurídica. Este abuso podría darse por el surgimiento de conflictos de interés entre la persona y su apoyo (por ejemplo, si la persona decide designar a su apoyo como heredero luego de que este la ha ayudado a realizar su testamento), o por situaciones de influencia indebida (por ejemplo, si la persona con discapacidad se niega inicialmente a firmar un contrato pero lo hace a partir de la insistencia de su apoyo y el desbalance de poder existente entre ambos, debido a que el apoyo es también su asistente personal)¹⁹. Por ello, al momento de realizar una designación de apoyos resulta necesario contar con medidas idóneas, proporcionales y que sean periódicamente revisadas, para evitar que estas situaciones de abuso sucedan.

del régimen legal de los sujetos débiles made by Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 64, 2018, 27-46.

17 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación General n.º 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, cit., párr. 21.

18 Martin *et al.*, *Three Jurisdictions Report*, cit., 38.

19 Para mayor detalle, cfr. Constantino Caycho, R. y Bregaglio Lazarte, R., “Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado”, en Espejo, N. y Bach, M. (eds.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales - Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

II. La reforma peruana en materia de capacidad jurídica

El Decreto Legislativo 1384 es el instrumento normativo que implementa y desarrolla el artículo 12 CDPD en el derecho peruano a través de la modificación de diversos artículos del Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley de Notariado²⁰. La reforma presume la capacidad jurídica de todas las personas mayores de edad en los artículos 3^[21] y 42^[22] c.c. Además, eliminó los supuestos de incapacidad de quienes “se encuentren privados de discernimiento” (art. 43.2 derogado), “los retardados mentales” (art. 44.2 derogado) y quienes “adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” (art. 44.3 derogado)²³, y consideró como persona con capacidad de ejercicio restringida a quien se encuentre en estado de coma y no haya designado apoyos previamente (art. 44.9).

La reforma también reguló un sistema de apoyos. De acuerdo con el artículo 659-B, los apoyos son “formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo”. Así, podemos identificar tres posibles funciones de los apoyos en el Perú: i) facilitar la comunicación para la celebración de un acto jurídico; ii) comprender el acto jurídico y la consecuencia de este, y iii) manifestar la voluntad de quien requiere el apoyo.

Dada la redacción del artículo 659-B, debe tenerse presente que bajo ninguna circunstancia se estaría habilitando que esta tercera persona sustituya la voluntad

20 Esta norma fue complementada por el Decreto Supremo 016-2019-MIMP, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 25 de agosto de 2019 (en adelante, “Reglamento de apoyos y salvaguardias”), disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-que-regula-el-otor-decreto-supremo-n-016-2019-mimp-1801069-5/>, y el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, aprobado por Resolución Administrativa 046-2019-CE-PJ, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 12 de febrero de 2019 (en adelante, el “Reglamento de Transición”), disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-reconoce-y-regula-la-capacidad-jurid-decreto-legislativo-n-1384-1687393-2/>

21 La redacción vigente del artículo 3 es la siguiente: “Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”.

22 La redacción vigente del artículo 42 es como sigue: “Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad”.

23 Sin embargo, el código aún establece que los ebrios habituales, los que incurren en mala gestión, los toxicómanos, los pródigos y los que tienen una sentencia penal que lleva anexa una interdicción se consideran personas “con capacidad de ejercicio restringida”. Esto plantea dos problemas: si la toxicomanía o la ebriedad pueden ser consideradas discapacidad, y, además, esto abre una puerta para que una persona con discapacidad pueda ser (por su discapacidad) considerada mala gestora o pródiga, y ser sometida a un proceso de curatela.

de la persona, pues, de acuerdo con el Código Civil, los apoyos libremente elegidos no tienen facultades de representación, salvo que la propia persona con discapacidad así lo quiera²⁴. Es por ello que, en nuestra interpretación de la norma, las dos primeras funciones efectivamente aplicarían en el caso de estos apoyos voluntarios “libremente elegidos”. La tercera función, sin embargo, creemos debe estar reservada solo al caso de los apoyos excepcionales, regulados en el artículo 659-E c.c., pues claramente en estos escenarios el apoyo debe indefectiblemente actuar con representación²⁵.

No puede asumirse que, en el marco de una designación libre, el apoyo siempre puede interpretar la voluntad de la persona con discapacidad y representar a la persona con discapacidad, aunque esta manifieste una decisión diferente. Por tanto, consideramos que la interpretación correcta de esta tercera función debe ser que está referida a una designación de un apoyo excepcional (prevista en el artículo 659-E) o, en todo caso, a una designación anticipada (prevista en el artículo 659-F).

Por otro lado, a pesar de que la norma peruana establece dentro de las funciones del apoyo lo referido a las comunicaciones, es la segunda función del apoyo planteada en el artículo 659-B, esto es, ayudar a comprender el acto jurídico y sus consecuencias, la principal función del apoyo. Los apoyos en la comunicación pueden complementar las medidas de accesibilidad o ajustes razonables en la información, pero no juegan un rol determinante en la formulación de la voluntad, en la toma misma de decisión por parte de la persona con discapacidad. Es solo cuando el apoyo explica a la persona las implicancias de un acto jurídico que permite que la persona con discapacidad comprenda la figura jurídica y decida si desea ejecutarla o no.

Los apoyos libres, como señala el artículo 659-D, pueden ser designados a través de la vía judicial o notarial. En lo judicial, este proceso se denomina “reconocimiento judicial de apoyos y salvaguardias”²⁶. Aunque igual en esencia, en el caso de las notarías, el trámite se denomina “designación de apoyo”²⁷. Sin embargo, a más de tres años de aprobación de la norma, las notarías son renuentes a realizar designaciones de apoyo²⁸. Ello, sumado a los costos del trámite notarial, hace que la principal vía de reconocimiento de apoyos sea la judicial.

Ahora bien, como hemos adelantado, el Código Civil plantea una excepción a la designación libre de apoyos en su artículo 659-E, denominada “proceso de designación judicial de apoyos”²⁹. Estos apoyos excepcionales pueden ser designados

24 Art. 659-B c.c.

25 Bregaglio Lazarte, R. y Constantino Caycho, R., “Un modelo para armar”, cit., *passim*.

26 Reglamento de Apoyos y Salvaguardias, arts. 40-42.

27 *Ibíd.*, arts. 29-34.

28 Quienes escriben este artículo han acompañado procesos de nombramiento de apoyos. Asimismo, han brindado capacitaciones sobre la reforma a notarios/as de Lima. En el marco de estas actividades han presenciado de manera directa el rechazo de este gremio a la reforma y las denegaciones de trámite de solicitud de apoyo.

29 Reglamento de Apoyos y Salvaguardias, arts. 43-51.

cuando i) la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad frente a un acto jurídico y ii) requiere realizar dicho acto para garantizar sus derechos. Así, por ejemplo, si se trata de una persona que no puede emitir una voluntad, pero requiere someterse a un tratamiento médico, será necesario hacer la designación de un apoyo excepcional. Estos apoyos solo podrán ser designados en vía judicial e indefectiblemente cuentan con representación.

Estos apoyos excepcionales no pueden confundirse con la antigua curatela. El Código Civil es claro planteando regulaciones que llevan a afirmar que, incluso en la designación de apoyos excepcionales, no estamos frente a una curatela o incapacidad.

Así, además de haberse delimitado la procedencia de la designación a los dos requisitos señalados en el párrafo anterior, el artículo 659-E establece que la determinación de que se está frente a una persona que no manifiesta voluntad debe realizarse luego de que el juzgado haya “realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona” y le haya prestado “las medidas de accesibilidad y ajustes razonables”, y solamente cuando esta designación “sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos”. En ese sentido, la norma se aleja de una restricción de la capacidad por estatus o resultado, para acercarse más a una restricción por enfoque funcional. De esta manera, el diagnóstico de la persona o sus decisiones previas serán irrelevantes para determinar la viabilidad de la solicitud de apoyo excepcional. Solo importará si la persona puede comunicar (a través de un medio de comunicación tradicional o alternativo) una voluntad en relación con el acto jurídico determinado que debe realizar.

Por otro lado, el artículo 659-E señala que, de proceder la solicitud de apoyo, la designación no recae necesariamente en quien la solicita ni en un familiar. Por el contrario, los juzgados deberán elegir al apoyo o apoyos tomando en cuenta las relaciones de “convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco”. En la misma línea, el artículo 47.2 añade que se elegirá al apoyo tomando en consideración “la trayectoria de vida, manifestaciones previas y preferencias de la persona con discapacidad o que se encuentre en estado de coma”. Para ello, deberá realizar una audiencia con miras a poder identificar al apoyo idóneo³⁰.

Adicionalmente, tampoco se puede interpretar que en estos supuestos se habilita la sustitución de la voluntad. El mismo artículo 659-E establece que, “en todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida”. Esto quiere decir que, si bien el apoyo será designado con poderes de representación, no se espera que sustituya la voluntad de la persona con discapacidad según lo que crea conveniente. Por el contrario, su actuación debe ser conforme a la voluntad y preferencias manifestadas por la persona con discapacidad. Para ello, creemos que es fundamental que en el proceso de designación de apoyos

30 Reglamento de apoyos y salvaguardias, artículo 47.

se discuta en audiencia cuáles son la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad en relación con los actos para los cuales será designado el apoyo, a efectos de que queden plasmadas en la sentencia. De lo contrario no existiría un parámetro de control al apoyo, quien, pese a conocer la voluntad y preferencias de la persona, podría actuar de espaldas a ellas.

Finalmente, el Código Civil también regula a las salvaguardias, aunque, por varios motivos, es uno de los aspectos más débiles de la reforma³¹. En primer lugar, se planteó que los juzgados solamente tienen la obligación de establecerlas en los casos excepcionales³². Es decir, si acaso una persona acudiese para presentar una demanda de reconocimiento de apoyos y quisiera que el apoyo sea su familiar, quien juzga no podría establecer salvaguardias con respecto a los posibles conflictos de interés que podrían tener en casos de copropiedad, por ejemplo. Solo podría implementar las salvaguardias que la propia persona solicite, lo cual hace más complejo el problema, porque una persona difícilmente podría tener la capacidad para anticipar conflictos de interés o pensar en medidas para protegerse frente a casos de influencia indebida. En segundo lugar, si bien el artículo 21.3 del Reglamento³³ plantea qué medidas pueden adoptarse como salvaguardias, todas son medidas de supervisión posteriores. Esto es insuficiente porque no se estarían estableciendo medidas preventivas, como podría ser el restringir la actuación del apoyo en ciertos actos jurídicos donde sus intereses entraran en conflicto con los de la persona con discapacidad (por ejemplo, ante la posibilidad de que la persona con discapacidad done un órgano a un apoyo).

De acuerdo con la regulación peruana, las demandas de apoyo se tramitan ante el juzgado especializado en familia o mixto³⁴. En el caso de los apoyos libres, la decisión del juzgado queda consentida, mientras que en el caso de los apoyos ex-

31 Bregaglio Lazarte, R. y Constantino Caycho, R., “Un modelo para armar”, cit., 55-58; Constantino, R., “The Flag of Imagination: Peru’s New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law”, *The Age of Human Rights Journal*, vol. 15, 2020, 169; Martínez-Pujalte, A., “Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms”, *Laws*, vol. 8, n.º 4, 2019, 18.

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

33 Art. 21.3: “De manera adicional, la persona que designa el apoyo puede determinar las medidas de salvaguardia que desee, que pueden comprender, entre otras, las siguientes:
a) Rendición de cuentas, adjuntando los documentos que sustenten la administración de los bienes.
b) Realización de auditorías.
c) Supervisión periódica inopinada.
d) Realización de visitas domiciliarias inopinadas.
e) Realización de entrevistas con la persona designada como apoyo y personas cercanas a la persona con discapacidad.
f) Requerir información a las instituciones públicas o privadas, cuando el caso lo amerite[,] o cualquier otra diligencia”.

34 Reglamento de Apoyos y Salvaguardias, art. 35.

cepcionales estas decisiones deben subir a consulta ante la corte superior³⁵. Adicionalmente, el Reglamento de Transición estableció que, si el juzgado encargado de ejecutar la decisión de interdicción no lo hacía de oficio, quienes se encontraban bajo sentencia de interdicción al momento de la emisión del Decreto Legislativo 1384 podían presentar una solicitud de restitución de capacidad jurídica³⁶. En el caso de los procesos de interdicción en trámite, los juzgados a cargo de dicho proceso debían reconvertir el proceso de incapacidad en uno de apoyos y salvaguardias y actuar según lo requerido por la persona con discapacidad³⁷.

En nuestra opinión, aun cuando consideramos que la reforma peruana está inspirada en el modelo funcional o competencial prescrito por el Comité CDPD, esta se alinea a los postulados del artículo 12 CDPD. La propia ex Relatora de las Naciones Unidas para los derechos de personas con discapacidad, Catalina Devandas, ha planteado que una de las funciones de los apoyos es ayudar a la persona con discapacidad a “obtener y entender información”³⁸. A nuestro juicio, esto implica que la comprensión del acto jurídico y sus consecuencias (como postula el artículo 659-B c.c. pe.) es requisito para emitir una voluntad válida en el derecho. Así, si el apoyo ayuda a que la persona comprenda la información es porque un cierto nivel de comprensión se requiere para ejecutar un acto jurídico. En esa línea, somos de la opinión de que el modelo funcional no debe considerarse discriminatorio ni incompatible con el artículo 12 CDPD. Finalmente, el espíritu de esta norma (y el mandato que implica para el derecho civil) es dejar de plantear la capacidad jurídica en términos binarios (capaz/incapaz) para pasar a identificar un amplio espectro de funcionalidades, que no estén condicionadas por un diagnóstico. Esto se verifica en la norma, aunque, como veremos a continuación, su equivocada comprensión y aplicación ha provocado el mantenimiento del *statu quo* de la incapacitación.

35 Ibid.: “Artículo 51: [...] La consulta prevista en el artículo 408 del Código Procesal Civil procede únicamente en los casos de designación excepcional de los apoyos para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad y aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44 del Código Civil”. De acuerdo con el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia de 2021, se adoptó por mayoría el criterio de elevar en consulta solo decisiones de designaciones de apoyos excepcionales. Disponible en: <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/Pleno-jurisdiccional-nacional-civil-familia-acuerdos-plenarios-LA-LEY.pdf> [consultado el 12 de septiembre de 2022].

36 Reglamento de Transición, artículo 3.2.

37 Reglamento de Transición, art. 3.3.

38 Devandas, *Informe de la Relatora Especial*, cit., párr. 41.

III. Más de lo mismo: los nombramientos de apoyo a nivel judicial en el Perú y el mantenimiento de un sistema de sustitución de la voluntad

A pesar de los avances legislativos en la región, son pocos los estudios sobre el funcionamiento de las reformas en capacidad jurídica³⁹. Al momento de redactar este documento, no existe ninguna evaluación sobre la aplicación de la reforma peruana⁴⁰. En nuestro concepto, la misma promulgación de la norma es ya una forma de éxito, pues un año antes de la misma, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema determinó que la interdicción era compatible con la CDPD en tanto no se había establecido que “el que se declare a una persona incapaz absoluto o relativo implique la reducción de su capacidad jurídica o de goce”⁴¹. Sin embargo, la aplicación de la reforma de espaldas al marco normativo internacional en materia de discapacidad ha generado que este primer avance se estanque y la efectiva protección de derechos no se logre.

Dado que en la práctica son los juzgados quienes realizan la mayoría de nombramientos de apoyo, en este trabajo nos centraremos en el análisis de decisiones judiciales. No obstante, es una tarea pendiente realizar este mismo análisis con respecto a los nombramientos notariales⁴².

En el presente artículo se revisaron 34 resoluciones judiciales de apoyos firmes. Esto corresponde al 2.51% de las resoluciones de apoyo emitidas e inscritas

39 Así lo destaca, por ejemplo, Iglesias Frecha, J., “Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Argentina”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 7, n.º 2, 2019, 79-101.

40 Los escritos, hasta el momento, han realizado balances sobre la normativa en abstracto. Al respecto, cfr. Agurto, C. y Díaz, M., “Capacidad jurídica: el histórico problema de una categoría fundamental en el derecho”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 65, 2018, 28; Espinoza Espinoza, J., “Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 64, 2018, 13-25; PAREDES, R., “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*, vol. 3, n.º 2, 2019, 36-57; Sologuren, J. E. “La reciente reforma del Código Civil en materia de reconocimiento de plena capacidad de ejercicio en favor de las personas con discapacidad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 67, 2019, 197-217; Varsi, E. y Torres, M., “El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano”, *Acta Bioethica*, vol. 25, n.º 2, 2019, 199-213; Tantaleán Odar, R. M., “La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384”, *Derecho y Cambio Social*, n.º 56, 2019, 199-229; Espinoza Espinoza, J. y Peralta Castellano, J., “El mal diseñado sistema de apoyos y salvaguardias: el otro virus que trajo el Decreto Legislativo n.º 1384 y ha contagiado al Código Civil peruano”, *Actualidad Civil*, n.º 71, 2020, 79-104; Torres, A., “Capacidad jurídica en el nuevo artículo 3 del Código Civil”, *Advocatus*, n.º 038, 2020, 121-63; Tantaleán Odar, R. M., “Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano”, *Derecho y Cambio Social*, n.º 61, 2020, 176-201.

41 Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, Consulta del Expediente n.º 1833-2017. Resolución del 7 de abril de 2017.

42 El único análisis a los nombramientos de apoyos notariales es de MEJÍA ROSASCO, R., “Tanto nadar para ir a morir a la orilla. El reciente pleno del Tribunal registral que desnaturaliza las facultades de representación de los apoyos de las personas con discapacidad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 79, 2020, 13-24.

en Registros Públicos⁴³. Este total, sin embargo, incluye tanto aquellas hechas en vía notarial como judicial. De las 34, formalmente 10 corresponden a demandas de reconocimiento de apoyos voluntarios (algunos a través de un proceso de restitución de capacidad jurídica de una persona bajo interdicción) y 24 a demandas de designaciones de apoyo excepcional, aunque, como veremos más adelante, la confusión respecto del tipo de proceso que debe llevarse a cabo es una constante.

Estas decisiones, hay que decirlo, son poco argumentadas. En general, es claro que se han redactado siguiendo una plantilla o formato predeterminado, y, más allá de que referencian innecesariamente todas las normas de la reforma del código, carecen de argumentos y motivaciones que expliquen las decisiones de los juzgados.

Tabla 1. Expedientes de reconocimiento de apoyos voluntarios

	NÚMERO DE EXPEDIENTE	CÓDIGO
1	919-2019	LaLibertad-V1
2	21991-2019	Lima-V2
3	3539-2019	LaLibertad-V3
4	15471-2018	Lima-V4
5	6062-2017	LaLibertad-V5
6	13742-2017	Lima-V6
7	6564-2014	Lima-V7
8	14702-2011	Lima-V8
9	6769-2019	LaLibertad-V9
10	12890-2019	LaLibertad-V10

La metodología de acopio de información fue el muestreo probabilístico por conveniencia. Para ello elaboramos una base de datos de juzgados de familia a los que solicitamos nos hicieran llegar las decisiones de apoyo que hubieran emitido. A partir de las decisiones recibidas se ingresó al sistema de Consulta de Expedientes Jurídicos (CEJ) del Poder Judicial del Perú y se descargaron todas las resoluciones que hacen parte de dicho expediente. Los procesos analizados corresponden a 4 de los 34 distritos judiciales del Perú: Lima, La Libertad, Piura y Puente Piedra-Ventanilla⁴⁴. De manera paralela se trabajó una matriz de análisis para sistematizar la información de las resoluciones, que permitiera identificar si estos procesos están cumpliendo con el respeto de la voluntad de la persona con discapacidad, así como con las reglas pro-

43 Información obtenida a través de una solicitud de acceso a la información pública respondido por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) mediante Memorándum n.º 279-2021-SUNARP/OGA de fecha 25 de febrero de 2021. En dicho memorándum se señaló que hasta la fecha se han inscrito 1.351 apoyos.

44 La totalidad de las sentencias puede verse en: <https://drive.google.com/drive/folders/1VFemMi2rHZzvnF3t0doCEYDdM2TiCbK?usp=sharing>

cesales establecidas en la norma⁴⁵. Los siguientes son los números de expediente revisados. Para simplificar la redacción de este artículo, los casos han sido codificados.

Tabla 2. Expedientes de designación de apoyos excepcionales

	NÚMERO DE EXPEDIENTE	CÓDIGO
1	3222-2019	Piura-E1
2	543-2019	Piura-E2
3	1124-2019	PuentePiedra-E3
4	7567-2019	LaLibertad-E4
5	699-2019	PuentePiedra-E5
6	28741-2019	Lima-E6
7	2894-2019	Lima-E7
8	14811-2019	Lima-E8
9	926-2018	Lima-E9
10	27438-2018	Lima-E10
11	17781 - 2018	Lima-E11
12	20830-2018	Lima-E12
13	24373-2017	Lima-E13
14	11952-2017	Lima-E14
15	6787-2017	Lima-E15
16	3318-2017	Lima-E16
17	20172-2017	Lima-E17
18	24024-2017	Lima-E18
19	19910-2016	Lima-E19
20	5712-2016	Lima-E20
21	2772-2016	Lima-E21
22	18938-2016	Lima-E22
23	15950-2016	PuentePiedra-E23
24	16255-2013	Lima-E24

Antes de pasar al análisis de aquellos aspectos que nos parecen relevantes para afirmar que el enfoque de sustitución de la voluntad se mantiene encubierto bajo la nomenclatura de “sistema de apoyos”, nos parece pertinente hacer dos observaciones generales que, de alguna manera, también impactan en la hipótesis que buscamos demostrar.

La primera tiene que ver con la duración de los procesos. Aunque el Código Procesal Civil no estableció una duración máxima de los procesos de apoyo, los reconocimientos de apoyos voluntarios deberían ser procesos rápidos, pues no son contenciosos y debiera respetarse la voluntad de la persona con discapacidad. Sin

45 Las tablas de análisis pueden verse en: <https://drive.google.com/drive/folders/14wlksnv84LUwns7RunLgzSbmXU9lwsd?usp=sharing>

embargo, la realidad muestra un panorama distinto. Los expedientes revisados han durado once meses en promedio, lo que representa una duración solo dos meses menor que la de un proceso de designación excepcional.

Esta duración promedio de los procesos genera dos consecuencias. En el caso de los procesos de reconocimiento voluntario, estaríamos frente a una dilación indebida. En el 60% de los expedientes revisados, el apoyo se solicita para tramitar pensiones y seguros⁴⁶. En ese contexto, un proceso de más de un año puede resultar tedioso y costoso para personas con discapacidad, quienes podrían requerir el apoyo para ejercer sus derechos o podrían estar siendo obligadas a conseguir apoyos para ello.

En el caso de las designaciones de apoyos excepcionales hay una duración que no difiere mucho de un proceso de reconocimiento voluntario de apoyos, lo cual podría ser un indicador de que los juzgados no están realizando las diligencias necesarias con la debida seriedad para garantizar: i) la idoneidad del apoyo; ii) que se respeten la voluntad y preferencias de la persona, y iii) que se identifiquen las salvaguardias necesarias.

La segunda observación que queremos hacer tiene que ver con el evidente desconocimiento del marco normativo. Pese a que existen dos tipos de nombramientos del apoyo claramente establecidos por el Código Civil (reconocimientos voluntarios y designaciones excepcionales), se pueden ver problemas con respecto a la aplicación legislativa. En uno de los casos de reconocimiento de apoyo voluntario se hace referencia al artículo 659-E⁴⁷, norma que regula las designaciones de apoyos excepcionales. En otro, si bien se citan las normas correctas, se señala que es una designación de apoyo excepcional⁴⁸; mientras que en dos resoluciones no se precisa norma aplicable⁴⁹. En el caso de los procesos de apoyos excepcionales, en 14 de los 24 casos no se invoca el artículo 659-E⁵⁰ y, por lo tanto, no se siguen sus regulaciones. Así, pese a que se debe realizar una audiencia para conocer adecuadamente el caso, en 11 casos no se hizo entrevista en el marco de este proceso⁵¹.

Por otro lado, aunque la norma solo establece como requisito para la demanda de reconocimiento voluntario de apoyos el certificado de discapacidad⁵², en todos

46 Expedientes Lima-V1, Lima-V2, Lima-V4, Lima-V8, LaLibertad-V9 y LaLibertad-V10.

47 Expediente Lima-V4.

48 Expediente Lima-V2.

49 Expedientes, LaLibertad-V9 y LaLibertadV10.

50 Expedientes Lima-E7, Lima-E8, Lima-E9, Lima-E10, Lima-E11, Lima-E12, Lima-E13, Lima-E14, Lima-E15, Lima-E16, Lima-E17, Lima-E18, Lima-E21 y Lima-E22.

51 Expedientes Lima-E8, Lima-E10, Lima-E13, Lima-E14, Lima-E16, Lima-E17, Lima-E19, Lima-E20, Lima-E21, Lima-E22 y Lima-E24.

52 Código Procesal Civil: "Artículo 844. [...] En el caso de que la persona solicitante sea una persona con discapacidad: "Además de lo dispuesto en el artículo 751, a la solicitud se acompaña:

a) Las razones que motivan la solicitud.

b) El certificado de discapacidad que acredite la condición de discapacidad de la persona que solicita el apoyo o salvaguardia". Véase: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-Procesal-Civil-3.2020-LP.pdf>

los expedientes revisados se han solicitado informes médicos y psiquiátricos, testimonios profesionales de psiquiatras y hasta declaraciones de los familiares que asisten a la persona con discapacidad. Así, aunque bien la norma apunta hacia un lado, las acciones de los juzgados permanecerían en el ámbito del modelo médico.

Otro elemento para el análisis que evidencia el mantenimiento de un enfoque de sustitución de la voluntad y la pervivencia de la figura de la interdicción es la participación del Ministerio Público. Este tenía un rol durante los procesos de interdicción, pero el Reglamento de Transición dispone que debe ser notificado solo en los casos de restitución⁵³, sin asignarle un rol específico. En la práctica, sin embargo, algunos juzgados dan cuenta a la Fiscalía que, acostumbrada a un proceso de curatela en lógica tutelar, suele abogar a favor de la designación del apoyo. Esto sucede, por ejemplo, en los casos PuentePiedra-E3 y PuentePiedra-E5. En ese escenario, vale la pena resaltar que, en el caso Lima-E15, la Fiscalía manifestó que lo que estaba haciendo el juzgado era imponer un régimen de sustitución de la voluntad subrepticio. Sin embargo, el juzgado señaló que “discrepa de la opinión de la Fiscalía Superior cuando señala que solo se ha efectuado una transformación formal del proceso, y que de manera subrepticia se mantiene vigente el régimen de sustitución de voluntad y de una aparente protección”. Lamentablemente, el juzgado no fundamentó esta opinión. Además, siendo un caso de apoyo excepcional, no indagó acerca de cómo la persona con discapacidad hubiese querido que se condujesen los actos jurídicos respecto de los cuales se designaría el apoyo. En otras palabras, a pesar de lo manifestado por el juzgado, en dicho caso no se respetó la voluntad de la persona con discapacidad y se terminó habilitando una sustitución de la voluntad.

A. Análisis de procesos de reconocimiento de apoyos voluntarios

El artículo 659-D señala que los apoyos pueden ser solicitados ante un notario o juzgado. Además, el artículo 659-C establece que “la persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos”. De los 10 expedientes revisados de reconocimiento de apoyos, 6 son procesos de interdicción en trámite que fueron convertidos a procesos de apoyo⁵⁴ y 4 fueron demandas de reconocimiento⁵⁵. A partir de la lectura y sistematización de estas resoluciones, se observan algunas cuestiones que merecen ser destacadas.

53 Reglamento de Transición, artículo 3.2.A).

54 Expedientes Lima-V2, Lima-V4, La Libertad-V5, Lima-V6, Lima-V7, Lima-V8.

55 Expedientes La Libertad-V1, La Libertad-V3, La Libertad-V9 y La Libertad-V10.

1. Respeto de la voluntad de la persona en el alcance de la designación de apoyos

De acuerdo con el Reglamento de Transición, la conversión de los procesos de interdicción en trámite debía ser dada de oficio por el juzgado que estuviera conociendo el caso⁵⁶. Sin embargo, esto no ocurrió en ninguno de los casos de conversión revisados. En ausencia de la notificación de oficio es posible hacer la conversión a pedido de parte. Sin embargo, en 5 de los casos⁵⁷, la solicitud la formuló un familiar y no la persona con discapacidad. Además, en todos los procesos de reconocimiento, la solicitud fue presentada por familiares de la persona con discapacidad, no por ella misma⁵⁸. Sin que esto sea *per se* una afectación de sus derechos, sí podría condicionar la valoración del juzgado sobre la autonomía de la persona con discapacidad.

Ahora bien, más allá de quién inició el proceso, corresponde analizar si la voluntad de la persona con discapacidad es tomada en cuenta en el proceso. En la mayoría de los casos se la entrevista y se le pregunta si está conforme con la designación⁵⁹. En 6 de esos casos, las personas confirman su deseo de la designación⁶⁰. Sin embargo, pese a esta apariencia de respeto de la autonomía y voluntad de la persona con discapacidad, hay algunas cuestiones que podrían hacernos dudar de esta premisa.

En 3 de los 7 casos de demanda de reconocimiento también se solicitó informe al equipo multidisciplinario⁶¹, y en 2 de ellos al/a la trabajador/a social⁶². Dichos informes deberían evaluar si la persona requiere ajustes comunicacionales y, en todo caso, situaciones personales que ameriten la determinación de salvaguardias. No obstante, en su mayoría, los informes reportan la situación de necesidades de la persona con discapacidad, recomendando que siga bajo cuidado; y en algunos casos se informa sobre el nivel de autonomía y comunicación. Así, por ejemplo, en LaLibertad-V3, el equipo multidisciplinario en sus conclusiones destacó que C.A.N.R.:

... tiene comportamiento dependiente por su discapacidad física e intelectual, [...] con discapacidad moderada que afecta principalmente acción motora pero es capaz de comunicarse, restringido para llevar vida autónoma, pero con autoconciencia para toma de decisiones [...]. Se sugiere que padres continúen brindando soporte y apoyo a su hijo, realización de rampa interna en su vivienda, inscripción en CONADIS, continuar uso de silla neurológica permanentemente, e iniciar sesiones de terapia de rehabilitación y apoyo de lenguaje, continúe con órganos de apoyo.

56 Reglamento de Transición, art. 3.3.

57 Expedientes Lima-V4, La Libertad-V5, Lima-V6, Lima-V7, Lima-V8.

58 Expedientes La-Libertad-V1, LaLibertad-V3, LaLibertad-V9 y LaLibertad-V10.

59 En el expediente LaLibertad-V3 no se le formuló la pregunta. En LaLibertad-V1 no se le preguntó, pero la persona lo señaló mediante escrito.

60 Expedientes Lima-V2, Lima-V4, LaLibertad-V5, Lima-V6, Lima-V8, LaLibertad-V10.

61 Expedientes LaLibertad-V1, LaLibertad-V3 y LaLibertad-V5.

62 Expedientes LaLibertad-V9 y LaLibertad-V10.

Frente a esta diversidad de escenarios, los juzgados parecieran no tener el liderazgo del proceso a efectos de que pueda prevalecer la voluntad de la persona con discapacidad, pues, lejos de motivar sus decisiones con argumentos, se limitan a repetir el contenido de dichos informes como justificación de la necesidad de hacer una designación de apoyos. Esto a pesar de que lo que debiera prevalecer es la voluntad de la persona de designar o no sus apoyos.

Lo anterior se manifiesta también en la ligereza con la que se realizan las entrevistas, cuando la diligencia resulta fundamental para constatar que la persona con discapacidad emite una voluntad válida. No obstante, la entrevista debería estar adaptada a la persona con discapacidad, puesto que, como señala el artículo 42 c.c., esta puede requerir ajustes razonables para manifestar su voluntad. Por el contrario, en la mayoría de las entrevistas se utilizan expresiones excesivamente formales y arcaicas para realizar preguntas (“para que diga usted su estado civil” o “para que diga tú tienes derecho a alguna pensión”)⁶³. Pese a que 6 personas manifiestan formalmente estar de acuerdo con el apoyo, hay que señalar que no se les ha explicado claramente qué funciones tendría, solo se hace. Se pregunta de manera general “¿quieres que sea tu apoyo?”, sin desarrollar de qué trata esta figura.

Así, en Lima V-2 se le consulta a la persona con discapacidad: “Para que diga si requiere que se le designe una persona de apoyo, ¿a quien [*sic*] elegiría, y para qué actos? Dijo, si [*sic*], requiero para las cosas de mi casa, que me ayude a limpiar y ordenar, salir a pasear, de viaje, ir a la playa”. Otro ejemplo es el caso LaLibertad-V10, en cuya transcripción de la audiencia consta que, al preguntársele a la persona con discapacidad si estaría de acuerdo en que su hermano, el demandante, fuera nombrado apoyo, la persona dijo que sí lo estaría, sin ofrecerle mayor explicación sobre el concepto. Y cuando la persona confirmó la designación, no se indagaron las razones para este nombramiento, aunque muchas veces la propia persona planteó que a quien se iba a designar era a quien la cuidaba. De hecho, en el caso LaLibertad-V9, la persona no manifestó su deseo de querer contar con el apoyo, pero el juzgado concluyó que deseaba que su hija fuera el apoyo; y en Lima-V6, la persona, ante la pregunta “¿por qué estás de acuerdo que sean tu apoyo tus papás?”, dijo: “Porque los quiero mucho y me tienen paciencia”. Lo anterior evidencia claramente que la función del apoyo no es comprendida y que pervive la idea contenida en el artículo 576 c.c.⁶⁴ que indica que el curador debe proteger al incapaz.

Mención aparte merece el caso LaLibertad-V3. En este expediente, una persona con parálisis cerebral solicitó la designación para que le abrieran una cuenta de ahorros y para el voto y “cuidados generales”. El equipo interdisciplinario recomendó que fueran los padres quienes siguieran “cuidando” a la persona. Sin embargo, de la

63 Expediente Lima-V8.

64 Artículo 576: “El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios”.

lectura del expediente queda claro que la persona tenía un problema de accesibilidad y necesitaba un asistente personal o un representante legal, y no un apoyo. Ello pues, como consta en el expediente, la finalidad de su pretensión era que se “lo cuide en su atención personal y salud por tiempo indeterminado, así como realizar trámites para ejercer su derecho al voto, realizar compras y solicitar cuenta de ahorros a su nombre”. Por otro lado, la idea del apoyo al voto es una idea innecesaria: si la persona necesita ayuda para entender las implicancias del voto, eso no requiere de una determinación judicial, pues es algo que sucede informalmente sin necesidad de una regulación. En todo caso, si la persona requiere ayuda para ejercer su derecho al voto, corresponden medidas de accesibilidad o ajustes razonables que son competencia de la autoridad electoral.

Sin embargo, como se verá en las siguientes líneas, también existen casos en donde las respuestas de la persona a las preguntas resultan confusas. Esto puede responder a la rigidez de la entrevista, pero debiera ser advertido por el juzgado y generar nuevas preguntas para asegurarse de que la persona comprende lo que está ocurriendo en la audiencia y pueda reafirmar su voluntad de nombrar un apoyo.

Así, en un caso que vale la pena resaltar⁶⁵, el informe social señala que la persona no tiene comprensión. La persona ha participado en la audiencia sin que se le pueda entender de manera clara, y ha sido su hermano (quien solicitó la designación para cobrar la pensión de su hermano y vender la casa familiar) el que la ha interpretado:

... al preguntársele por su hermano, respondió “papá Jorge”, “papá Andrés”, al preguntársele, quién le daba comida, dijo la señora Martha, luego dijo, llévame a mi casa, allí intervino el accionante [hermano] y dijo que está pidiendo que lo lleven a la casa de su hermana, como suelen hacerlo cada vez que desea. Finalmente, la Trabajadora Social expuso que la persona con discapacidad no ha expresado su conformidad o desacuerdo que su hermano lo tenga en su casa y sea la persona que lo cuide, destacando la Trabajadora Social que los hermanos tendrían una casa de propiedad de sus padres, por lo tanto, necesitan realizar los trámites para la venta de dicha casa, por lo tanto se hace necesario representar a su hermano, quien padece de esquizofrenia.

Esta situación debió activar en el juzgado un deber de verificación de la manifestación de la voluntad, para corroborar si se trataba de una persona que sí manifestaba voluntad y si deseaba o no continuar con la designación; o si se trataba de una persona que no manifestaba voluntad, en cuyo caso debía verificar si era necesario designar un apoyo excepcional. Adicionalmente, debían tomarse medidas para evitar cualquier influencia indebida o manipulación de la interpretación de la voluntad por parte del hermano. Pero nada de esto ocurrió.

65 Expediente LaLibertad-V10.

Por otro lado, pese a contarse con una voluntad por parte de la persona con discapacidad, los juzgados no la valoran adecuadamente. Así, en un caso⁶⁶, la persona con discapacidad manifestó no querer apoyos. Sin embargo, en lugar de aceptar su voluntad se requirió la opinión favorable del psiquiatra. En otro caso, se dejó constancia de que el resto de la familia estaba de acuerdo con la designación:

En el caso concreto, la solicitante afirma que debe designarse como apoyo a su hermano, con quien tiene mucha afinidad y afecto, lo que ha consultado a su grupo familiar. [...] Interpretando y valorando los medios probatorios bajo las reglas de la sana crítica, de la declaración del solicitante, confirmada por la persona con discapacidad y la declaración de los emplazados (grupo familiar), calificamos que para mantener la paz y tranquilidad familiar, se debe designar como apoyo al emplazado (hermano)⁶⁷.

A partir de lo anterior es posible concluir que la persona con discapacidad y su voluntad y preferencias no son los protagonistas de estos procesos. Además, cuando existen indicios de que la persona efectivamente no manifiesta voluntad, no se activan las garantías del artículo 659-E orientadas no solo a adaptar a comunicación, sino a hacer esfuerzos para identificar la voluntad y preferencias de la persona y designar como apoyo a quien mejor las conozca.

2. Establecimiento de salvaguardias efectivas

Como ya hemos señalado, el Código Civil establece que en estos procesos solo se pueden adoptar las salvaguardias solicitadas por la persona. No obstante, creemos que los juzgados deberían poder adoptar estas medidas de oficio, construyendo medidas *ad hoc* para estas circunstancias, tomando en cuenta cuestiones como i) la relación del apoyo con la persona con discapacidad, ii) la intensidad del apoyo requerido y iii) el acto jurídico a apoyar, entre otros.

Ahora bien, en la práctica, los juzgados sí están imponiendo salvaguardias a los reconocimientos de apoyo. Sin embargo, la falta de claridad legislativa lleva a que se adopten con una mirada inconsistente con el mandato del artículo 12.4 CDPD. Esto se puede ver en el establecimiento de las visitas de profesionales del juzgado (médico, trabajador social o equipo multidisciplinario) como salvaguardias⁶⁸. Estas visitas podrían ser medidas adecuadas para supervisar si la persona está siendo bien cuidada, pero no parecen adecuadas para determinar si existen abusos en la relación de apoyo en el marco del ejercicio de la capacidad jurídica. Adicionalmente, los recursos de los juzgados parecen impactar en estas decisiones. En algunos casos las

66 Expediente Lima-V7.

67 Expediente Lima-V2.

68 Expedientes LaLibertad-V1, LaLibertad-V3, LaLibertad-V5, LaLibertad-V9 y LaLibertad-V10.

visitas del equipo multidisciplinario pueden ser semestrales⁶⁹, en otros anuales⁷⁰, y en otros no se establecen visitas. En otros casos, la situación es incluso más grave. En 3 resoluciones⁷¹ se plantea como una especie de “salvaguardia genérica” o tautología sin explicación el “no exceder los alcances del artículo 659-B”⁷². Esta norma está referida a las funciones del apoyo y no puede entenderse como una norma que prescribe salvaguardias.

En la misma línea, en 3 casos se plantea como salvaguardia la presentación de informes por parte del apoyo⁷³. Su periodicidad también es variable, y no serían salvaguardias idóneas para prevenir abusos ni conflicto de intereses o influencia indebida.

Por otro lado, dado que se trata de apoyos voluntarios, la persona debiera establecer la duración de su apoyo. Sin embargo, la mayoría de resoluciones no establece el plazo de la duración del mismo; en 2 se señala que será indefinido⁷⁴; en 2, que tendrá una duración de diez años⁷⁵, y en 1 se establece una duración de quince años⁷⁶. En línea con ello, solo en el caso Lima-V6 se establece una revisión cada cinco años. Esta impresión sobre la duración y la ausencia de revisión, en un proceso que no ha respetado su voluntad plenamente, incrementa la desprotección de las personas con discapacidad.

Por otro lado, en el caso LaLibertad-V9 se estableció como salvaguardia a otras personas cercanas, determinándose que los hijos que no son apoyos alerten de irregularidades en la relación de apoyo⁷⁷. Esta fórmula, que llamaremos “a la peruana”, la hemos visto en 1 expediente de reconocimiento de apoyos voluntarios y en 1 de designaciones excepcionales. Sin embargo, nos ha sido mencionada por varios

69 Expedientes LaLibertad-V1, LaLibertad-V3, LaLibertad-V5 y LaLibertad-V10.

70 Expediente LaLibertad-V9.

71 Expedientes LaLibertad-V1, Lima-V4 y Lima-V6.

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

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 569.

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

73 Expedientes Lima-V4, Lima-V6 y Lima-V8.

74 Expedientes LaLibertad-V1 y LaLibertad-V5.

75 Expedientes Lima-V2 y Lima-V6.

76 Expediente Lima-V8.

77 Expediente La Libertad-V9.

jueces informalmente⁷⁸. Pareciera ser una fórmula interesante para mantener una vigilancia sobre la relación sin que esto genere costos. Sin embargo, y teniendo en cuenta que resta ver si acaso será realmente efectiva, consideramos que trasladar a un tercero la función de controlar la relación del apoyo dada al juez desnaturalizaría la institución.

Adicionalmente, hay un caso que nos parece importante destacar pues planteó medidas diferentes. Así, la respectiva resolución⁷⁹ indicó que los actos de disposición de bienes deben ser realizados frente a un notario público, quien deberá informar al juez. Esto parece positivo y permite un control *ex ante* de cualquier acto de disposición que podría terminar afectando los derechos o la voluntad de la persona con discapacidad. No obstante, la misma sentencia plantea que el apoyo puede dar consentimiento para internamiento psiquiátrico, lo que no se ajusta a la Ley de Salud Mental.

En conclusión, en estos casos los juzgados no parecen poder identificar claramente la voluntad de las personas con discapacidad. En la mayor parte de los casos, las formalidades del caso no parecen permitir que la persona con discapacidad pueda expresarse claramente con respecto a lo que necesita y desea por parte de un apoyo. En tales circunstancias, las posibilidades de protección a través de salvaguardias son casi nulas y así se nota en las sentencias.

B. Análisis de las designaciones de apoyos excepcionales

Las designaciones de apoyos excepcionales están establecidas en el artículo 659-E c.c. De los 24 procesos de designación, 10 estuvieron originados en una demanda de designación presentada por familiares de la persona con discapacidad⁸⁰, 13 en conversiones de procesos de interdicción en trámite⁸¹ y 1 es restitución de capacidad jurídica de una persona con interdicción⁸².

A continuación presentamos los aspectos que nos parecen más llamativos luego de la revisión de expedientes.

78 Los autores del presente artículo, en el marco de programas de formación de la Academia Nacional de la Magistratura (AMAG), capacitaron durante el año 2019 a magistrados de 10 de las 29 cortes superiores del Perú.

79 Expediente Lima-V2.

80 Expedientes Piura-E1, Piura-E2, PuentePiedra-E3, LaLibertad-E4, PuentePiedra-E5, Lima-E6, Lima-E7, Lima-E8, Lima-E10, Lima-E12.

81 Expedientes Lima-E9, Lima-E11, Lima-E13, Lima-E14, Lima-E15, Lima-E16, Lima-E17, Lima-E18, Lima-E19, Lima-E20, Lima-E21, Lima-E22 y PuentePiedra-E23.

82 Expediente Lima-E24.

1. Cumplimiento de los supuestos para la procedencia de la solicitud: imposibilidad de comunicar voluntad y necesidad de realizar un acto jurídico en su beneficio

Las demandas de designación de apoyos excepcionales se tramitan de acuerdo con el artículo 659-E c.c. y pueden ser presentadas por cualquier persona⁸³. Para que procedan, la persona con discapacidad debe estar imposibilitada de manifestar una voluntad en relación con actos jurídicos que necesita realizar en su propio beneficio. Por ello, no se trata de identificar una ausencia de voluntad en abstracto, sino en relación directa con aquellos actos jurídicos para los cuales se hace la designación. De acuerdo con el artículo 659-E y el Reglamento del Decreto Legislativo 1384⁸⁴ se trata de realizar “esfuerzos reales, considerables y pertinentes, garantizando la adopción de medidas de accesibilidad, ajustes razonables, la participación de personas de confianza que actúan como facilitadoras de la comunicación, entre otros”. Además, se debe permitir que la persona “pueda expresarse en sus propios términos, gestos, movimientos u otra forma de comunicación”⁸⁵. Asimismo, se puede convocar al equipo multidisciplinario para que “evalúe junto con la propia persona sus necesidades de apoyo para la autonomía y comunicación, recabe información de las personas que forman parte de su entorno, lo apoye en la realización de ajustes de procedimiento y asista en la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona”⁸⁶. Adicionalmente, debe convocarse a una audiencia única donde se entrevistará a la persona con discapacidad⁸⁷ para verificar si puede manifestar su voluntad. Si lo puede hacer, se le podría consultar si desea un reconocimiento de apoyo voluntario o prescindir de él, pero no cabría una designación de apoyo excepcional.

Esto, sin embargo, no ocurre en la mayoría de los casos. En primer lugar, la evaluación de la capacidad de manifestar voluntad consiste en una entrevista para verificar que la persona con discapacidad no responde a las preguntas. No se observa un esfuerzo conjunto con el equipo multidisciplinario para identificar los formatos comunicacionales compatibles con la persona con discapacidad, ni para consultar en relación con la posibilidad de manifestar una voluntad frente al acto jurídico que debe realizarse. Más bien, el informe y la entrevista parecen ser formalidades para indicar que se ha cumplido con las indicaciones procesales.

Por ejemplo, en el caso Lima-E18, se entrevista a una persona con Alzheimer. Esta respondió algunas preguntas, aunque evidenciando confusión: “dijo su nombre, que no recuerda el día en que se encuentra, que vive con sus hermanos, que no recuerda el nombre de éstos; que actualmente vive con su hermana quien se encuentra

83 Reglamento de Apoyos y Salvaguardias, art. 43.

84 *Ibíd.*, art. 46.

85 *Ibíd.*, art. 46.

86 *Ibíd.*, art. 44.

87 *Ibíd.*, art. 45.

en el norte; que no recuerda si la demandante le cuida, que ella se alimenta sola, que no sabe para qué la trajeron al juzgado, que se siente más o menos porque nadie le fastidia”. No obstante, no se hicieron esfuerzos para adecuar la comunicación en su forma y fondo (uso de lenguaje sencillo, pictogramas, presencia de especialistas en lenguaje aumentativo y adaptativo, por mencionar algunos ejemplos), a efectos de verificar si hay evidencia de alguna voluntad o preferencia. De igual manera, en el caso Lima-E19, el cónyuge indicó que a veces su esposa entendía lo que se le decía y la hija señaló que antes de la audiencia su madre podía hablar. Esto, sin embargo, no generó ninguna reacción en la autoridad judicial, que procedió con la designación de un apoyo excepcional.

Un caso más complejo es Lima-E12. Se trata de una persona que ha sido encontrada por la policía con heridas y ha sido ingresada en un hospital. Al momento de la entrevista, respondió a las preguntas y señaló que requería de una persona que tomara decisiones por ella: “Para que diga si requiere de alguna persona que se encargue de usted para que tome decisiones respecto de su persona, dijo que sí”. El médico presente en la diligencia señaló además que el interesado “responde a preguntas muy elementales y no puede tomar decisiones por sí mismo”. Frente a ello, a pesar de existir indicios o pruebas de que la persona podía manifestar señas de voluntad o preferencias⁸⁸, y en lugar de conducir el proceso a uno de apoyos voluntarios, el juzgado designó como apoyo primero al director del centro residencial donde finalmente fue ubicada esta persona. En su fundamentación señaló que “resulta factible la designación como sistema de apoyo al Director del Albergue [...] o en su defecto, quien ejerza tal cargo como máxima autoridad del albergue, donde actualmente se encuentra residiendo la persona con discapacidad, de quien no se ha desvirtuado la identificación ni condición para desempeñar el cargo, tampoco existe oposición alguna”.

A partir de lo anterior notamos que la noción de “esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona” no tiene un estándar claro en la realidad. Lo que debería suceder es que el equipo multidisciplinario le comunique al juez si es que hay medidas que tomar para garantizar la comunicación. Y que, aplicando dichas medidas, el juez celebre una audiencia donde la persona tenga la oportunidad de entender y responder. Finalmente, también se requiere que los jueces escuchen y respeten la voluntad de la propia persona con discapacidad.

En segundo lugar, en 10 casos se apela (aunque no exclusivamente) a la función de cuidar/cubrir necesidades en vez de designar apoyos para actuar en el derecho⁸⁹.

88 Sobre las diferencias entre voluntad y preferencias, cfr. SZMUKLER, G., “The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Rights, Will and Preferences in Relation to Mental Health Disabilities”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 54, 2017, 90-97.

89 Expedientes PuentePiedra-E3, Lima-E10, Lima-E12, Lima-E13, Lima-E14, Lima-E15, Lima-E16, Lima-E17, Lima-E19 y Lima-E20.

De estos, en 2 casos solo se menciona el cuidado de manera general, sin especificar actos jurídicos (“esta debe extenderse al cuidado de la persona con discapacidad para los efectos de su protección”)⁹⁰. Lo anterior correspondería a una persistencia del ya mencionado artículo 576 c.c.

Un ámbito en el que se debería tener una mirada preventiva es el de las decisiones médicas. Una persona que no manifiesta voluntad podría requerir atención médica y esto podría ser inviable si no cuenta con un apoyo con el poder de representación para brindar consentimiento médico. Aunque esta competencia no sea solicitada en la designación, los juzgados deberían advertirla (pues hacer una nueva designación cuando sea necesario tomar la decisión médica podría ser poco útil debido a los costos y tiempos del proceso). No obstante, solamente 6 sentencias se refieren a ello respondiendo a lo solicitado⁹¹.

Finalmente, la imposibilidad de manifestación de voluntad vuelve necesaria la representación. Con diferentes previsiones, la representación permitirá que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos, de acuerdo con su voluntad o preferencias. No obstante, en los casos analizados no hay total claridad sobre la necesidad de la representación. En 3 casos no se indica dicho poder⁹².

2. Criterios para designar apoyos que actúen de acuerdo con la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad

De acuerdo con el Reglamento del Decreto Legislativo 1384, cuando no sea posible obtener una voluntad de la persona, se deben realizar diligencias para “obtener la mejor interpretación posible de la voluntad, las preferencias y atender a su trayectoria de vida”⁹³. Para ello se puede entrevistar a familiares, amigos/as, terceros interesados, y también llevar a cabo diligencias complementarias. Luego de esto, se designa al apoyo tomando en cuenta los criterios de “relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas, con la persona que requiere el apoyo”, y “la trayectoria de vida, manifestaciones previas y preferencias de la persona con discapacidad”⁹⁴.

Dado que el proceso es iniciado por una persona distinta a la persona con discapacidad, los juzgados deberían realizar todas las diligencias necesarias para poder identificar quiénes pueden ser los apoyos más adecuados, que pueden no ser familiares. No obstante, ello no sucede así. En todos los expedientes revisados la identificación del apoyo idóneo no ha sido controvertida, se designa a familiares y en la mayoría de los casos existe un acuerdo familiar.

90 Expedientes Lima-E15 y Lima-E19.

91 Expedientes Lima-E9, Lima-E12, Lima-E14, Lima-E15, Lima-E16 y Lima-E19.

92 Expedientes Lima-E9, Lima-E19 y Lima-E24.

93 Reglamento de apoyos y salvaguardias, artículo 47.1.

94 Reglamento de apoyos y salvaguardias, artículo 47.2.

Un caso particular es PuentePiedra-E23, donde se designa como apoyo al ex esposo de la persona, porque es él quien asume buena parte de las labores de cuidado. Adicionalmente, en 4 casos no hay constancia de ninguna diligencia para identificar al apoyo idóneo⁹⁵.

Ahora bien, debemos aceptar que la norma plantea un estándar de difícil ejecución. Si quien solicita ser designado como apoyo es, generalmente, un familiar directo de la persona, resulta poco probable que el juzgado llegue a convocar a la audiencia a personas que no sean de la familia nuclear, pues no cuenta con información sobre redes de amistades ni sobre familiares lejanos. Y si dichos familiares no concurren a la audiencia, se terminará designando como apoyo a quien ingresó la solicitud, como ocurrió en el caso Lima-E22. Esto genera el riesgo de perpetuar abordajes relacionados con el cuidado de la persona con discapacidad que prevalecían en la curatela.

En todo caso, los únicos esfuerzos identificados para evaluar la idoneidad del apoyo son la revisión de antecedentes penales y del registro de deudas⁹⁶. Esta práctica se alinea con el mandato del artículo 12.4 CDPD de “impedir los abusos”, y puede ser particularmente útil en los casos de apoyos relacionados con el manejo de dinero y bienes. Sin embargo, a pesar de ser un requerimiento de la ley el que no sean apoyos excepcionales personas con condena por violencia familiar o sexual, solamente en 4 casos se revisaron los antecedentes penales para evitar esta clase de situaciones⁹⁷.

Por otro lado, los juzgados tampoco hacen esfuerzos para identificar la voluntad o las preferencias de la persona para los actos que se plantean. De acuerdo con el artículo 659-E, el apoyo excepcional tiene poder de representación, pero debe actuar de acuerdo con la voluntad y preferencias de la persona. Sin embargo, si estas no quedan plasmadas en la sentencia, resultará imposible verificar si el apoyo cumplió sus funciones o no. Esta falta de protección deja a la persona con discapacidad en una situación de vulnerabilidad que no era deseada por la reforma.

3. Establecimiento de salvaguardias

En las designaciones de apoyo, el establecimiento de salvaguardias es obligatorio. No obstante, en 6 casos no fueron establecidas⁹⁸; y en 5 de ellos se hizo equivocada referencia a la ya mencionada cláusula genérica del artículo 659-B sobre funciones de los apoyos⁹⁹.

95 Expedientes Lima-E6, Lima-E13, Lima-E14, Lima-E24.

96 Expedientes Piura-E1, Piura-E2, Lima-E8 y, Lima-E22 y Lima-E25.

97 Expedientes Piura-E1, Piura-E2, Lima-E8 y Lima-E22.

98 Expedientes Lima-E-13, Lima-E14, Lima-E15, Lima-E16, Lima-E17 y Lima-E19.

99 Expedientes Lima-E-13, Lima-E14, Lima-E15, Lima-E16 y Lima-E19.

La revisión periódica es la salvaguardia mínima¹⁰⁰. Esta debería ser un ejercicio en el cual se determine la “idoneidad y continuidad”¹⁰¹ del apoyo, evaluando si “está actuando de conformidad con el mandato encomendado”¹⁰². Se tendría que evaluar cómo realizó el apoyo la función y si las circunstancias que llevaron a la necesidad del apoyo o a la elección de dicha persona se mantienen. No obstante, la norma peruana no planteó un plazo, a diferencia de su par colombiana¹⁰³.

Solamente en 4 casos se indica un plazo de revisión¹⁰⁴. Esto supondría la consideración de que la solicitud de informes y las visitas del equipo multidisciplinario son suficientes para alertar de posibles irregularidades. Esta premisa sería errónea pues la revisión consiste justamente en valorar dichos informes y visitas. La recepción de estos informes sin la correspondiente revisión podría convertirse en una formalidad que poco aporte a evitar los abusos contra personas con discapacidad.

Además, la naturaleza y periodicidad de estos informes también es diferente. Algunas sentencias no especifican a qué deben referirse los informes, mientras que otras plantean que deben ser sobre las funciones del apoyo y sobre la salud de la persona con discapacidad. La periodicidad varía entre trimestral¹⁰⁵, semestral¹⁰⁶, anual¹⁰⁷, cada dos años¹⁰⁸ o cada tres años¹⁰⁹. Sería necesario que se generen protocolos y formatos para ayudar a que esta salvaguardia sea realmente efectiva.

Otro detalle que podría ser relevante es que no existe consecuencia por la no presentación de estos informes. Solamente 1 expediente plantea que la no presentación del informe conlleva la notificación al Ministerio Público por la presunta comisión del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad¹¹⁰.

La ausencia generalizada de un plazo de revisión también podría deberse a una confusión entre la duración indeterminada del apoyo y el pensar que por ello no requiere de una revisión¹¹¹. En nuestra opinión, pese a que la norma busca restringir las imposiciones innecesarias de apoyos, hay que aceptar que una persona que no manifiesta voluntad puede tener necesidades de representación permanentes como, por ejemplo, el otorgar consentimiento médico. En ese sentido, la restricción estaría

100 Art. 659-G c.c.

101 Reglamento de Apoyos y Salvaguardias, art. 49.1.

102 *Ibíd.*, art. 49.1.

103 Ley 1996 de 2019, art. 41.

104 Expedientes Lima-E8, Lima-E11, Lima-E22 y Lima-E24.

105 Expediente Lima-E12.

106 Expedientes Lima-E11 y PuentePiedra-E23.

107 Expedientes Piura-E1, Piura-E2, PuentePiedra-E5, Lima-E6, Lima-E7, Lima-E8 y Lima-E18.

108 Expedientes Lima-E11 y Lima-E24.

109 Expedientes Lima-E10, Lima-E21 y Lima-E22.

110 Expediente Piura-E1.

111 De los casos analizados, en casi todos se indicó que el plazo era indeterminado o no se hizo ninguna mención a su fecha de término. Solamente en los casos Lima-E6 (15 años), Lima-E8, Lima-E9, Lima-E10, Lima-E21, Lima-E24 (10 años) y Lima-E11 (5 años) se indicó la duración.

más orientada a las funciones del apoyo y no tanto al plazo, que bien podría ser indeterminado. Pero justamente por ello la revisión es absolutamente necesaria.

Por otro lado, hay que resaltar que cuando las funciones del apoyo son de manejo de patrimonio hay un esfuerzo por pensar salvaguardias para evitar abusos. En 2 casos se establecen salvaguardias con respecto a la disposición de bienes. En 1 de los casos, el proceso giró en torno a la representación para dicho acto jurídico y el juez ordenó presentar la escritura pública al momento de realizar la venta del inmueble¹¹². En el otro, el juez indicó que se debía pedir autorización judicial para la disposición de bienes¹¹³. Si bien la intención es encomiable, habría que verificar que ello no se convierta en una barrera burocrática para la persona con discapacidad. Adicionalmente, una salvaguardia bienintencionada (presente en 3 casos) es el requerimiento de que el dinero que sea producto de rentas o ventas de las propiedades de la persona con discapacidad debe ingresar a una cuenta de ahorros a su nombre¹¹⁴. Sin embargo, esta medida podría ser inadecuada si no se combina con otras para evitar que el apoyo gaste ese dinero sin restricciones.

Finalmente, cabe resaltar también un ejemplo de salvaguardia “a la peruana”, que indicó que los hermanos del apoyo debían notificar al juez si el apoyo no cumplía con sus labores adecuadamente¹¹⁵. Sobre este punto nos remitimos a lo ya señalado previamente en este documento.

Conclusiones

Sin pretender atribuirle proyecciones estadísticas a este trabajo, creemos que el análisis evidencia que los juzgados no se encuentran plenamente alineados con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1384, y mucho menos con la finalidad del artículo 12 CDPD.

Por el contrario, los procesos de apoyos están perpetuando una situación de sustitución de la voluntad respecto de las personas con discapacidad y generando espacios de abuso al no regular de manera adecuada las salvaguardias.

Así, es posible indicar que, en los juzgados estudiados, en primer lugar, no hay claridad sobre la diferencia entre el proceso de reconocimiento voluntario y el de designación excepcional. Esto lleva a una confusión de las normas que no solo se evidencia de manera formal en el texto de las decisiones, sino que en la práctica hace que no existan diferencias entre los dos procesos. En ambos no se realizan esfuerzos para determinar si se trata de una persona que manifiesta o no voluntad. En ambos se realiza una equiparación entre discapacidad e imposibilidad de manifestar voluntad, o entre discapacidad y “necesidad de contar con un apoyo”, tomando como criterio

112 Expediente LaLibertad-E4.

113 Expediente PuentePiedra-E3.

114 Expedientes LaLibertad-E4, Lima-E7 y Lima-E18.

115 Expediente Piura-E2.

principal el informe psiquiátrico. En ambos son las declaraciones de los familiares los determinantes para saber si se debe proceder a designar un apoyo y a quién se debe designar. Ello conduce a que se les asignen apoyos excepcionales incluso a personas con discapacidad que pueden manifestar voluntad, y que señalan no desearlos.

En segundo lugar, en la muestra, en los casos en los que sí podría proceder un apoyo excepcional, los juzgados no hacen esfuerzos reales por conocer cualquier voluntad previa de la persona con discapacidad o evaluar sus preferencias. Con ello, no se cristaliza dicha voluntad en la sentencia para servir de baremo de control al apoyo. De esta manera la regulación que plantea el artículo 659-E c.c., en el sentido de que el apoyo debe actuar según la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, deviene en inaplicable y de imposible supervisión.

En tercer lugar, los juzgados estudiados no hacen ningún esfuerzo por indagar y comprender la relación existente entre la persona designada como apoyo y la persona con discapacidad. Esto dificulta seriamente la posibilidad de establecer salvaguardias idóneas que protejan a la persona con discapacidad. Frente a ello, las salvaguardias terminan siendo medidas genéricas *ex post* respecto de las cuales no existe una clara regulación acerca de cómo deben ser verificadas o qué consecuencias genera su incumplimiento, y que no previenen situaciones de abuso o influencia indebida. Si bien un exceso de salvaguardias puede llevar a violaciones a la intimidad y a la burocratización de la vida diaria, en ausencia de ellas la persona con discapacidad, formalmente capaz y autónoma, queda susceptible a los abusos y tiene a su alcance muy pocas herramientas jurídicas para su defensa.

La reforma peruana fue un proceso de seis años que involucró activamente al colectivo de personas con discapacidad. Actualmente, el Perú se encuentra en una primera fase del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el nombramiento de apoyos. Pero pronto, esas personas, con apoyos o sin ellos, empezarán a actuar en el derecho, oponiendo sus apoyos a terceros, y generando conflictos jurídicos que los juzgados deberán resolver (por ejemplo, una nulidad de acto jurídico celebrado por persona con discapacidad). En ese momento, las sentencias tendrán que aplicar los principios de la reforma respetando la autonomía y evitando los abusos.

No obstante, los hallazgos de esta investigación nos permiten afirmar que, en lo que tiene que ver con su ejecución, la reforma peruana no ha operado un cambio sustancial. Su alcance se traduce en un cambio de denominación formal de “curador” a “apoyos”, sin que los mecanismos de sustitución de la voluntad hayan sido eliminados.

Referencias

Agurto, C. y Díaz, M., “Capacidad jurídica: el histórico problema de una categoría fundamental en el derecho”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 65, 2018, 28.

Bach, M. y Kerzner, L., *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Ontario, Law Commission of Ontario, 2010, disponible en: <https://www.lco-cdo.org/en/our-current-projects/the-law-and-persons-with-disabilities/disabilities-call-for-papers-january-2010/commissioned-papers-the-law-and-persons-with-disabilities/a-new-paradigm-for-protecting-autonomy-and-the-right-to-legal-capacity/> [consultado el 12 de septiembre de 2022].

Bregaglio Lazarte, R. y Constantino Caycho, R., “Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, vol. 4, n.º 1, 2020, 32-59.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general n.º 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014.

Constantino Caycho, R., “The Flag of Imagination: Peru’s New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law”, *The Age of Human Rights Journal*, vol. 14, 2020, 155-180.

Constantino Caycho, R. y Bregaglio Lazarte, R., “Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado”, en Espejo, N. y Bach, M. (eds.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales - Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Devandas Aguilar, C., “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad”, A/HRC/37/56, 12 de diciembre de 2017.

Espinoza Espinoza, J. y Peralta Castellano, J., “El mal diseñado sistema de apoyos y salvaguardias: el otro virus que trajo el Decreto Legislativo N.º 1384 y ha contagiado al Código Civil peruano”, *Actualidad Civil*, n.º 71, 2020, 79-104.

Espinoza Espinoza, J., “Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 64, 2018, 13.

Flynn, E. y Arstein-Kerslake, A., “State Intervention in the Lives of People with Disabilities: The Case for a Disability-Neutral Framework”, *International Journal of Law in Context*, vol. 13, n.º 1, 2017, 39-57.

- Iglesias Frecha, J., “Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Argentina”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 7, n.º 2, 2019, 79-101.
- Martin, W. *et al.*, *Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK, 2016*, Essex Autonomy Project, disponible en: <https://autonomy.essex.ac.uk/resources/eap-three-jurisdictions-report/> [consultado el 12 de septiembre de 2022].
- Martínez-Pujalte, A., “Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms”, *Laws*, vol. 8, n.º 4, 2019, 1-21.
- Mejía Rosasco, R., “Tanto nadar para ir a morir a la orilla. El reciente pleno del Tribunal registral que desnaturaliza las facultades de representación de los apoyos de las personas con discapacidad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 79, 2020, 13-24.
- Paredes, R., “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*, vol. 3, n.º 2, 2019, 36-57.
- Series, L. y Nilsson, A., “Article 12 CRPD. Equal Recognition before the Law”, en Bantekas, I.; Stein, M. y Anastasiou, D. (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A Commentary*, 2018, Oxford, Oxford University Press.
- Sologuren, J. E. “La reciente reforma del Código Civil en materia de reconocimiento de plena capacidad de ejercicio en favor de las personas con discapacidad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 67, 2019, 197-217.
- Szmukler, G., “The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: ‘Rights, Will and Preferences’ in Relation to Mental Health Disabilities”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 54, 2017, 90-97.
- Tantaleán Odar, R. M., “La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384”, *Derecho y Cambio Social*, n.º 56, 2019, 199-229.
- Tantaleán Odar, R. M., “Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano”, *Derecho y Cambio Social*, n.º 61, 2020, 176-201.

Torres, A., “Capacidad jurídica en el nuevo artículo 3 del Código Civil”, *Advocatus*, n.º 038, 2020, 121-63.

Varsi, E. y Torres, M., “El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil Peruano”, *Acta Bioethica*, vol. 25, n.º 2, 2019, 199-213.

Vega Mere, Y. “La reforma del régimen legal de los sujetos débiles made by Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 64, 2018, 27-46.

Normatividad

Colombia, Ley 1996 de 2019 (26/8/2019).

Perú, Código Civil.

Perú, Código Procesal Civil.

Perú, Decreto Legislativo 1384 (4/9/2018).

Perú, Decreto Supremo 016-2019-MIMP (25/08/2019).

Perú, Resolución Administrativa 046-2019-CE-PJ (12/2/2019).

Jurisprudencia

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República. Consulta del Expediente n.º 1833-2017. Resolución del 7 de abril de 2017.