



La justicia  
es de todos

Minjusticia

# Capacidad legal de las personas con discapacidad



**MARGARITA CABELLO BLANCO**  
Ministra de Justicia y del Derecho

**JUANITA LÓPEZ PATRÓN**  
Viceministra de Promoción de la Justicia

**ESTEBAN JARAMILLO ARAMBURO**  
Director de Justicia Formal

**TATIANA ROMERO ACEVEDO**  
Coordinadora Grupo de Fortalecimiento a  
la Justicia con Enfoque de Género  
Líder Discapacidad

# CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA LEY 1996 DE 2019

Juliana Bustamante Reyes<sup>1</sup>  
Federico Isaza Piedrahita<sup>2</sup>

## ANTECEDENTES: LA DISCAPACIDAD DESDE EL MODELO SOCIAL

La discriminación de las personas con discapacidad ha sido una constante en la historia de la humanidad. Desde épocas milenarias hasta hace no muchos años atrás, la discapacidad se consideró una condición vergonzosa, un castigo como resultado del pecado y algo que, en esa lógica, debía esconderse. Las familias en las que había una persona con discapacidad, las mantenían encerradas en sus casas o en instituciones para garantizar su aislamiento de la sociedad. Este modelo de abordaje de la discapacidad, se conoce como el modelo de prescindencia y se caracteriza por la negación absoluta de los derechos de las personas con discapacidad, su marginación total de la interacción social y la utilización de figuras sustitutivas de la voluntad como la interdicción para abordar la toma de decisiones de estas personas consideradas por el derecho incapaces de ejercer derechos o adquirir obligaciones. Es la manera, además, como desde el derecho romano se asumió este asunto.

Durante la segunda mitad del siglo XX, esta manera de asumir la discapacidad fue evolucionando para dar paso al abordaje médico que entiende la discapacidad como una condición anormal que debe tratarse con el fin de ser curada y devolver a la persona su 'normalidad'. Este se conoce como el modelo rehabilitador que, aunque ya no asocia la discapacidad a asuntos sobrenaturales y religiosos, sigue teniendo una visión negativa al respecto que se refleja en la necesidad de intervenciones de terceros con el propósito de corregir a las personas y devolverles lo que les falta. Así se favorecen posiciones terapéuticas y segregadoras, reforzando ideas encaminadas a promover la uniformidad de las personas y la necesidad de separar a los 'diferentes'. En esta perspectiva, también la sustitución de la voluntad es el camino jurídico frente a la invalidez o nulidad de los actos de las personas con discapacidad, solo válidos mediante la intermediación de un tercero designado para decidir en nombre de ella. Aunque en esta perspectiva puede haber una pretensión de protección, lo que es cierto es que la voluntad y derechos de la persona con discapacidad no se tenían en cuenta para las decisiones sobre su vida.

1 Directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social -PAIIS-, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

2 \*\* Asesor jurídico del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social -PAIIS-, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

La histórica vulneración de derechos de la población con discapacidad dio pie a que, gracias a un activismo excepcional, surgiera en los años 1970s un movimiento político mundial de las mismas personas con discapacidad enmarcado en la reivindicación de la discapacidad como una manifestación de la diversidad humana. La presión generada por este movimiento llevó a que, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas se negociara y aprobara en 2006 el primer tratado de derechos humanos del milenio sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>3</sup>. La experiencia de cómo se negoció la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) resultó ser el mejor ejemplo de lo que el movimiento estaba persiguiendo: se trató de un ejercicio de autonomía y de derechos a partir de la demanda del reconocimiento de esos mismos derechos enmarcado en el lema *“nada de nosotros sin nosotros”*. En efecto, el contenido de la CDPD refleja las principales demandas y reclamos que las personas con discapacidad llevaban persiguiendo por años con el ánimo de acabar la mirada asistencialista y caritativa con la que se creía que debían ser vistas.

La Convención adoptó de esta manera el **modelo social** de la discapacidad, que establece que la discapacidad surge de la interacción de la persona diversa con barreras que la sociedad le impone para el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones con las demás.<sup>4</sup> Es así como la discapacidad no está dentro de las personas, ni es la misma en todas partes. El artículo 1 de la Convención reúne el espíritu que inspiró sus postulados:

*“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”<sup>5</sup>*

La CDPD reconoce principios como la autonomía individual, que implica la libertad para tomar las propias decisiones, la independencia de las personas, la no discriminación, la participación e inclusión en la sociedad y la igualdad de oportunidades<sup>6</sup>, como esenciales para hacer realidad una perspectiva de derechos humanos frente a las personas con discapacidad.

<sup>3</sup> Adoptada en 2006, la Convención entró en vigor en 2008 y fue ratificada por Colombia el 10 de mayo de 2011.

<sup>4</sup> Según el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD): “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

<sup>5</sup> ONU, Asamblea General. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), artículo 1.

<sup>6</sup> ONU, CDPD, op. cit., artículo 3 y Observación No. 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad CDPD, numeral 4.

## LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CDPD

Una de las barreras más contundentes que han enfrentado las personas con discapacidad a lo largo de la historia, y que, de hecho, ha contribuido a perpetuar la percepción cultural de minusvalía, se encuentra en las figuras jurídicas de sustitución de la voluntad, como la interdicción. El derecho, de este modo, contribuyó a mantener un estado de cosas estigmatizador y discriminador que por siglos ha permeado la percepción social y cultural de la discapacidad. Este tipo de herramientas jurídicas parten de la idea de que las personas con discapacidad son incapaces de manifestar su voluntad sin ponerse en riesgo y poner en riesgo a los demás. Se asume que sus decisiones siempre serán equivocadas y que los terceros podrán tomarlas mejor que ellas en su nombre; así, en aras de la supuesta protección de la persona y del tráfico y la seguridad jurídica, se estima que la mejor manera de manejar las discapacidades es a través de esas figuras sustitutivas de la voluntad.

La capacidad jurídica es la facultad que permite a las personas ser sujetos de derechos y obligaciones y tomar decisiones con efectos jurídicos. La negación de esa capacidad a las personas con discapacidad por el solo hecho de tenerla, constituye discriminación y una violación clara a los derechos a la igualdad y a la dignidad humanas. El artículo 12 de la Convención es la respuesta que el derecho internacional le dio a esta situación y se constituye en el punto de partida de un cambio de paradigma que tiene como propósito final, permitir la participación real y permanente de las personas con discapacidad en el devenir de la sociedad. Desagregar los numerales que componen la norma, a la luz de la Observación No. 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, permite entender lo que significa esa transformación.

### *“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.

Esto implica que las personas con discapacidad tienen la cualidad, igual que todas las personas, de ser sujetos de derechos y obligaciones, lo cual implica que sus decisiones tienen efectos jurídicos plenos.

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.

La capacidad jurídica se presume de todas las personas en condiciones de igualdad, lo cual incluye a las personas con discapacidad. La capacidad jurídica plena, de goce y de ejercicio, las hace agentes activos dentro de la sociedad.

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.

Con esta norma se precisa que el reconocimiento de su capacidad jurídica no implica desconocer la necesidad que pueden tener las personas con discapacidad de contar con apoyos para la toma de decisiones. Así, se ordena a los Estados transformar su manera de abordar la discapacidad para dar acceso a esos apoyos que las personas con discapacidad puedan requerir para ejercer la capacidad jurídica que se les reconoce.

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.

Las salvaguardias son mecanismos jurídicos que provee el derecho en diversas circunstancias para proteger las vulnerabilidades de algunos sujetos en situaciones particulares. Reconociendo la vulnerabilidad que enfrentan las personas con discapacidad, esta disposición busca protegerlas de posibles abusos o actuaciones indebidas que pudieran ocurrir en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que implica también respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido sus derechos a asumir riesgos y a cometer errores.

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.”<sup>7</sup>

Este último numeral refuerza la capacidad de las personas con discapacidad al concentrarse en el aspecto patrimonial y económico que parece ser lo que más preocupa a los encargados de legislar sobre este asunto. La norma enfatiza el deber de los Estados garantizar esos derechos a las personas con discapacidad.

Como se puede observar, lo que hace la Convención es cambiar la manera como se ha entendido la capacidad jurídica hasta el momento, acabando con figuras que han perpetuado la concepción de incapacidad de las personas con discapacidad para ser y actuar como sujetos de derechos plenos. Es así como la Convención busca que los Estados Parte adopten un Sistema de Toma de Decisiones con Apoyo centrado en los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad a las que, en lugar de sustraérseles la capacidad jurídica, se les debe proporcionar el apoyo necesario para tomar decisiones con efectos jurídicos.

<sup>7</sup> ONU, op. cit., artículo 12 CDPD.

## RECEPCIÓN EN COLOMBIA DEL NUEVO PARADIGMA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

En Colombia la CDPD fue aprobada mediante la ley 1346 de 2009, declarada constitucional mediante sentencia C-293 de 2010 de la Corte Constitucional y finalmente ratificada en 2011 por el Gobierno Nacional; como tratado de derechos humanos, sus disposiciones son de obligatorio y prioritario cumplimiento pues hace parte del bloque de constitucionalidad y tiene prevalencia en el ordenamiento interno. Colombia al hacerse parte de la Convención, aceptó incorporar a su ordenamiento el modelo social de la discapacidad. Esto suponía transformar el régimen civil colombiano que tradicionalmente asumió que las personas con discapacidad, especialmente intelectual y psicosocial, por el hecho de tener esa condición, no tenían la posibilidad de tomar decisiones jurídicamente relevantes y requerían de un tercero que lo hiciera por ellas.

Aunque en 2008 se adoptó la Convención con la participación del Estado colombiano en la negociación, en 2009 se expidió en Colombia la ley 1306<sup>8</sup> que regulaba las figuras de la interdicción y la inhabilitación como mecanismos para **“la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad.”**<sup>9</sup> Esta normatividad, contraria al tratado recién adoptado, mantenía el sistema de sustitución de voluntad de las personas con discapacidad, designando a una tercera persona para que tomara decisiones por ellas, conocida como tutor o curador. El mantenimiento de estas instituciones jurídicas en términos generales respondió a una confusión que **“se derivó de creer que la capacidad mental es asimilable a la capacidad jurídica.”**<sup>10</sup>

Este error desconoce que la primera se refiere a la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones y ejercer esa posibilidad, mientras que la segunda es un concepto que se relaciona con valoraciones subjetivas que dependen de aspectos variables y específicos.

La ley 1306 además de oponerse a lo dispuesto por la Convención, continuó perpetuando los imaginarios de incapacitación e inhabilitación de las personas con discapacidad y, de hecho, se convirtió en el argumento para negar el acceso a servicios salvo si se demostraba tener interdicción. Fue la práctica por años de fondos de pensiones, bancos, notarías y muchas otras entidades públicas y privadas que consideraban la interdicción de las personas con discapacidad como una garantía para la seguridad de sus actos, a pesar de que ni siquiera la ley así lo exigía.

En 2013, mediante la ley estatutaria 1618, se ordenó al Ministerio de Justicia, en el marco de su misión relacionada con el acceso a la justicia:

**“(..). 2. El Ministerio de Justicia y del Derecho, o quien haga sus veces, en alianza con el Ministerio Público y las comisarías de familia y el ICBF, deberán proponer e implementar ajustes y reformas al sistema de interdicción judicial de manera que se desarrolle un sistema que favo-**

8 Ley 1306 del 5 de junio 2009, por medio de la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.

9 Artículo 1, ibíd.

10 pilotos



rezca el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo de las personas con discapacidad, conforme al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.”<sup>11</sup>(Negrillas fuera de texto).

Adicionalmente, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia, ordenó al Estado colombiano:

**“7. El Comité recomienda al Estado parte que adopte un plan para la revisión y modificación de toda la legislación, que incluya la derogación inmediata de disposiciones que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo la ley 1306 (2009), No. 1412 (2010) del Código Civil, el Código Penal y leyes adjetivas.”**<sup>12</sup> (Subrayado fuera de texto)

Estos antecedentes llevaron a que en 2015 por iniciativa del Gobierno y en cumplimiento con la ley 1618, se creará la mesa técnica para preparar el proyecto de ley sobre estos mandatos. Luego de cerca de 4 años de trabajo, el pasado 26 de agosto este proceso culminó exitosamente con la sanción de la ley 1996 de 2019 sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad mayores de edad.

## ESTÁNDAR EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA Y LA LEY 1996 DE 2019

Habiendo dejado claro que el estándar actual en materia de capacidad jurídica -como parte del derecho a la igualdad ante la ley-, enfocado en los derechos de las personas con discapacidad, se encuentra en la CDPD y la interpretación que de ella ha realizado el Comité CDPD, es importante analizar si, efectivamente, la Ley 1996 de 2019 cumple con este estándar. Esto es importante hacerlo, puesto que la eliminación de esta figura del ordenamiento jurídico colombiano ha desencadenado voces que exigen un retorno al régimen anterior. Sin embargo, la figura de interdicción no tenía otro destino que el de su eliminación, puesto que incluso con algunas modificaciones en el proceso por el cual se establecía, todas las figuras que sustituyen total o parcialmente la capacidad jurídica, en razón a la discapacidad, no son convencionales y deben ser reemplazadas de todos los sistemas jurídicos en los que se haya ratificado la CDPD.

Ahora bien, habiendo señalado los contenidos del artículo 12 de la CDPD, tenemos que el pleno respeto al derecho a la igualdad ante la Ley, principalmente, parte de reconocer: personalidad y capacidad jurídica en igualdad de condiciones, provisión de apoyos para ejercer el derecho a la capacidad jurídica, establecer salvaguardias para proteger el ejercicio de ese derecho, y un reconocimiento expreso de garantizar el disfrute de derechos económicos. Los anteriores contenidos guardan relación con el texto de la Ley 1996 de 2019.

<sup>11</sup> Ley 1618 de 2019

<sup>12</sup> Organización de Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/COL/CO/1, 31 de agosto de 2016.

## RECONOCIMIENTO DE DERECHOS

La Ley 1996 de 2019 en su artículo 6 señala expresamente que **“Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usar o no apoyos para la realización de actos jurídicos”**. Añade, además, que “En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona”. Este reconocimiento tiene dos efectos prácticos. El primero de ellos es romper directamente con el modelo previo, en el que se categorizaba la posibilidad de ejercer derechos con base en niveles de la discapacidad. La modificada Ley 1306 de 2009 establecía una división entre personas con discapacidad mental absoluta y personas con discapacidad relativa, teniendo como justificación la determinación de la figura jurídica aplicable al caso. Así, si a una persona se le declaraba como con discapacidad mental absoluta, la consecuencia jurídica era la declaratoria de interdicción. Por otro lado, si se declaraba como con discapacidad mental relativa, la consecuencia jurídica sería la de la inhabilidad.

Como se mencionó, condicionar el derecho a tomar decisiones, en razón a una aptitud mental (categorizada como absoluta o relativa), resulta discriminatorio, pues parte de confundir un derecho universal con una aptitud variable y subjetiva.

El segundo efecto, como consecuencia de eliminar estas categorizaciones, implica reconocer que todas las personas con discapacidad, sin distinción con base en la discapacidad, tienen derecho a tomar sus propias decisiones. Esto rompe también con la tradición, sobre todo médica, de analizar la discapacidad desde niveles de diagnóstico. El reconocimiento a ser titular de derechos, pero sobre todo de poder ejercerlos, es para todas las personas con discapacidad. Este cambio a lo que nos lleva es a no diagnosticar por niveles la discapacidad, con la intención de limitar los derechos para quienes no alcanzan ese supuesto estándar de normalidad, sino a evidenciar quién puede requerir apoyos de mayor o menor intensidad, con la obligación de proveerlos y garantizar así el ejercicio de un derecho humano universal.

## PROVISIÓN DE APOYOS

Atendiendo a la obligación de los Estados de proveer apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, en vez de regular mecanismos para limitarlos, la Ley 1996 de 2019 abre un abanico de posibilidades, teniendo en cuenta las diversas experiencias de la discapacidad y sus barreras. Con la regulación anterior, el Estado solo ofrecía una posibilidad a aquellas personas que podían requerir apoyos para el ejercicio de sus derechos: la limitación a ellos y la sustitución de sus decisiones a un tercero. Ahora, se reconocen dos mecanismos principales y uno secundario para la formalización de apoyos.

El primero de ellos son los acuerdos de apoyo, definidos como **“un mecanismo de apoyo formal por medio del cual una persona, mayor de edad, formaliza la designación de la o las personas, naturales o jurídicas, que le asistirán en la toma de decisiones respecto a uno o más actos jurídicos determinados.”**<sup>13</sup> Este mecanismo permitirá que una persona con discapacidad pueda solicitar ante Notaría o Centro de Conciliación la formalización de sus apoyos a través

13 Ley 1996 de 2019. Artículo 15.

de un acuerdo. En este proceso la persona podrá establecer, a través de una vía reconocida por el derecho, los asuntos en los que quiere ser apoyado por alguien de su confianza. Este apoyo puede provenir de distintas personas, con obligaciones también distintas.

La formalización de estos acuerdos deberá contar con los apoyos y ajustes razonables que la persona pueda requerir para su celebración, sin que esto implique no reconocer la capacidad de la persona para tomar decisiones<sup>14</sup>. Cada proceso cuenta con unos requisitos propios para que ese acuerdo sea válido y reconocido en el mundo jurídico.

De la misma forma, una persona puede establecer, a través de Notaría o mediante acta de conciliación ante conciliadores extrajudiciales en derecho, una directiva anticipada, con el objetivo de determinar con antelación la definición de situaciones jurídicas que puedan acaecer en un futuro, también contando con una o varias personas de apoyo. Las directivas anticipadas contemplan también unas posibilidades propias de la figura, como el respeto a la voluntad posterior o la cláusula de voluntad perenne; mecanismos que pueden ajustarse a la diversidad y heterogeneidad de la población con discapacidad.

Por último, la vía judicial se mantiene como posibilidad de asignación de apoyos. En este caso también se ofrece dos posibilidades distintas. La primera busca que, a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, una persona pueda solicitar la adjudicación de apoyos, teniendo en cuenta su voluntad y preferencias, con un proceso ajustado para tener en cuenta siempre a la persona y así garantizar también el derecho al acceso a la justicia<sup>15</sup>. La segunda posibilidad se refiere particularmente a esos casos excepcionales en los que la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad y preferencias, y por ello requiere el establecimiento de apoyos adjudicados, a través de la solicitud expresa de un tercero interesado<sup>16</sup>.

Así, la Ley 1996 de 2019 incluye posibilidades para todas las personas con discapacidad, independientemente del nivel de apoyos que requieran.

## SALVAGUARDIAS

El artículo 12 de la CDPD brinda una definición general sobre qué son las salvaguardias, con algunos criterios para tener en cuenta. Esto sucede porque los apoyos son muy variados y diversos, pues dependen de las necesidades propias de cada persona. En ese sentido, las salvaguardias deben ser esas medidas que, para el caso en concreto, se requieren para que en el uso de estos apoyos se respeten los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

La Ley 1996 de 2019 ofrece algunos criterios para definir las salvaguardias en cada caso en concreto. Estos son la necesidad, la correspondencia, la duración y la imparcialidad. Ahora, si bien estos son los criterios generales que se deben tener cuenta para todas las modalidades de formalización de apoyos, la Ley establece en cada mecanismo algunas salvaguardias específicas.

14 Ley 1996 de 2019. Artículos 6 y 8.

15 Ley 1996 de 2019. Artículo 37.

16 Ley 1996 de 2019. Artículo 38.

Algunos ejemplos son: a) el hecho de exigir en todos los trámites, excepto en la adjudicación judicial promovida por una persona distinta a la persona con discapacidad, la presencia y participación de la persona; b) En la celebración de acuerdos de apoyo en Notarías, previo a la suscripción del acuerdo, el notario deberá entrevistarse por separado con la persona titular del acto jurídico y verificar que el contenido del acuerdo de apoyo se ajuste a su voluntad, preferencias y a la ley<sup>17</sup>; c) En los acuerdos de apoyo ante conciliadores extrajudiciales, éstos deberán poner de presente a la o las personas de apoyo las obligaciones legales que adquieren con la persona titular del acto jurídico y dejar constancia de haberlo hecho<sup>18</sup>; d) la duración específica de los acuerdos de apoyo y de los apoyos designados judicialmente<sup>19</sup>; y, e) los criterios mínimos que debe contener una sentencia de adjudicación de apoyos<sup>20</sup>.

Así, si bien la Ley establece de manera específica algunas salvaguardias destinadas a impedir abusos, conflictos de intereses entre apoyos y la persona con discapacidad, y el respeto por la voluntad y preferencias de la persona, éstas son medidas mínimas que se deben realizar. Todos los apoyos, al ser diversos y depender de la situación particular de la persona con discapacidad, deben contener salvaguardias apropiadas para ese “traje a la medida”. Así, si bien algunas salvaguardias pueden usarse en distintos casos, el que sea personalizado asegura el cumplimiento del principio de intermediación y acerca, realmente, el acceso a la justicia a las personas con discapacidad.

Como consecuencia de aplicar estos contenidos, tenemos un reconocimiento pleno al disfrute de todos los derechos que, como ciudadanas y ciudadanos, tenemos. En este sentido, con la Ley 1996 de 2019 se les reconoce a las personas con discapacidad el poder ejercitar todos los derechos reconocidos por la constitución, la normativa colombiana y los contenidos en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, en igualdad de condiciones; esto es, sin limitación alguna en razón a su discapacidad.

17 Ley 1996 de 2019. Artículo 16.

18 Ley 1996 de 2019. Artículo 17.

19 Ley 1996 de 2019. Artículo 18 y 38.

20 Ley 1996 de 2019. Artículos 34, 37 y 38.

## CONCLUSIÓN

La Ley 1996 de 2019 implica un cambio de paradigma en el reconocimiento y regulación del derecho a la capacidad jurídica en Colombia. Esta norma surge por la necesidad de dar cumplimiento a mandatos internacionales e internos, pero sobretodo, es un llamado que por décadas ha realizado una población vulnerable a nivel mundial. Ante los justos reclamos involucrados, la comunidad internacional entendió la necesidad de transformar los paradigmas que por siglos se mantuvieron vigentes en la sociedad frente a las personas con discapacidad. Hoy, en Colombia, la comunidad jurídica debe entender que esta evolución no tiene reversa, que ella es parte del avance que produce un abordaje del Derecho desde el humanismo, y que la adaptación a esa realidad implica un replanteamiento de su teoría y práctica. Con ello se busca dar valor a la diversidad humana para permitir la inclusión real de personas que, por no cumplir un supuesto estándar de normalidad, han tenido que resignarse a que el ejercicio de derechos de manera autónoma haya estado reservada para los otros.

Sin embargo, el reto más inmediato está en el acompañamiento al proceso de implementación de la nueva ley, mediante reglamentación, pero, sobre todo, sensibilización y pedagogía que concientice y transforme los imaginarios culturales discriminantes tan arraigados en nuestro entorno. Con la aprobación de la nueva normatividad, hoy el Derecho como disciplina y ciencia social tiene el poder, el reto y la responsabilidad, de transformar nuestra realidad y dar paso a una más igualitaria, más humana, más incluyente y más justa.

# Precisiones en torno a la aplicación de la Ley 1996 de 2019 “Por la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”

Colpensiones<sup>21</sup>

## 1. Breve referencia sobre los modelos históricos para abordar el concepto de discapacidad.

A lo largo de la historia, la percepción hacia las personas en condición de discapacidad no siempre ha tenido el mismo tratamiento, para cuya definición es un referente en el tema la propuesta metodológica de la profesora Agustina Palacios Rizzo quién ha identificado la existencia de 3 modelos en la concepción de la discapacidad en el ámbito académico y jurisprudencial:

Un primer momento, se define como el modelo de prescindencia, con el cual se hace referencia a la época de corte religiosa en la que la discapacidad se interpreta como un pecado o un castigo producto de la ira divina frente al cual la solución propuesta por la sociedad es el repudio.

Para esta época y en algunos momentos subsiguientes de la historia, las personas con condiciones de discapacidad se perciben como aquellos que no tienen algo que aportar a la sociedad, por lo que al ser innecesarios, resulta más conveniente la prescindencia de su participación “ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres” (Palacios, 2007, p. 245).<sup>22</sup>

Una visión posterior, refiere lo que se denomina - modelo rehabilitador - el cual refleja aquella época o momento en el que la discapacidad se asocia con la enfermedad y cualquier intervención está relacionada con la necesidad de recuperación. Bajo esta concepción “pa-

21 Documento emitido por la Oficina Asesora de Asuntos Legales de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones - proyectado por María Angélica Arias Ramírez, abogada egresada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Seguridad Social y Derecho Laboral, actualmente profesional máster de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones - con el apoyo de Jorge Iván Rincón Córdoba - abogado de la Universidad Externado de Colombia y Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, catedrático, investigador y asesor externo en entidades de distinta naturaleza pública y privada, y la revisión de Oscar Eduardo Moreno Enríquez, abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho de la seguridad social y magíster en derecho económico, quién actualmente se desempeña como Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Legales de Colpensiones.

22 Tomado de Tesis de Grado Mario Andrés Ospina Ramírez. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - 20 de junio de 2017.

ternalista”, las personas son analizadas desde el punto de vista de la normalidad o anormalidad o equiparable a sanos y enfermos y las políticas para su tratamiento solamente se abordan desde las necesidades de rehabilitación o recuperación, lo cual se ha desvalorado por los críticos de este modelo, en la medida en que se genera un grado de desprecio por los demás aspectos o aptitudes de las personas en condición de discapacidad<sup>23</sup>.

Son propios de los modelos rehabilitadores, la entrega de servicios sociales y subsidios bajo la presupuesto de que la persona carece de las herramientas para enfrentar la sociedad, así como los procedimientos tendientes a cercenar o privar a las personas de su capacidad de obrar a través de declaraciones de interdicción.

Por contraposición a los dos sistemas anteriores, existe un modelo social cuya esencia ha permeado la visión en el orden internacional con el propósito de obtener la reivindicación de las personas superando las condiciones de marginación y de trato desigualitario a las que se han visto sometidas con ocasión de la discapacidad.

El modelo social despoja el análisis de la persona desde la perspectiva de su discapacidad pues éste no es una condición autónoma que permita establecer un trato diferencial entre los seres humanos, todo lo contrario, se atribuye al entorno como causa de que las personas no puedan interactuar o participar en condición igualitaria siendo lo relevante la detección y supresión de los diferentes tipos de barreras que impiden el ejercicio de sus derechos.

A pesar de que no es posible delimitar con facilidad la temporalidad de cada modelo, las ideas que inspiran el modelo social son hoy en día aquellas que se replican en el ámbito internacional, así como las tesis que acompañan en el ordenamiento interno las decisiones emitidas por la Honorable Corte Constitucional<sup>24</sup> al momento de analizar la trasgresión de los derechos fundamentales invocados de modo masivo por este grupo poblacional.

23 Sobre el particular, se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C- 804 de 2009:

En respuesta a los dos enfoques anteriores, surge el modelo médico o rehabilitador, que examina el fenómeno de la discapacidad desde disciplinas científicas. Bajo este enfoque, la diversidad funcional, será tratada no ya como un castigo divino, sino abordada en términos de enfermedad. Es decir, se asume que la persona con discapacidad es una enferma, y que su aporte a la sociedad estará signado por las posibilidades de “cura”, rehabilitación o normalización. Esta perspectiva médica, que ha sido prevalente durante buena parte del pasado y presente siglo hasta la década de los años 90, concentra su atención en el déficit de la persona o, en otras palabras en las actividades que no puede realizar. Como señala Catherine Seelman, en el modelo médico, el llamado “problema” está ubicado en el cuerpo del individuo con discapacidad, el sesgo del modelo médico es la percepción biológica y médica de normalidad. En el mismo sentido, señala la profesora Augustina Palacios:

“El tratamiento impartido a las personas con discapacidad desde este modelo se basa en una actitud paternalista, producto de una mirada centrada en la diversidad funcional, que genera subestimación y conlleva a la discriminación. Como se ha adelantado, si bien se busca la recuperación e incluso la normalización de la persona, el situar el centro del problema en la diversidad funcional genera un cierto menosprecio con relación a las aptitudes generales de las personas con discapacidad. Si en el modelo de prescindencia la diversidad funcional se asimilaba al pecado, en este modelo se asimila a la enfermedad. Las personas pasan a ser consideradas normales o anormales, muchas veces según sean consideradas sanas o enfermas. El encargado de diagnosticar dicha normalidad o anormalidad en el anterior modelo era el cura, experto en lo sagrado. En el modelo bajo análisis, pasa a ser el médico”.

24 Sobre el modelo social ver Sentencia C-329 de 2019 que a su vez cita la sentencia C-458 de 2015 y C-149 de 2018 este modelo se funda, entre otras, en las siguientes premisas: (i) “el modelo social ubica la discapacidad en el entorno social, en tanto considera que son las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales opresivas y excluyentes las que generan esta condición”, (ii) “para el modelo social se trata únicamente de diferencias que deben ser reconocidas y aceptadas, y que en ningún caso agotan la individualidad de las personas, las cuales tienen una vida más allá de los problemas derivados de la diferencia” y, por último, (iii) “el modelo social propone una aceptación social de la diferencia, y, en su lugar, una intervención, no en los individuos con discapacidad, sino directamente en las estructuras sociales de base, que son aquellas que impiden la realización y el pleno goce de los derechos de todas las personas”.

## 2. Tratamiento constitucional y legal de las personas con discapacidad.

La Carta Política de 1991 incorporó un conjunto de disposiciones tendientes a la protección especial para las personas por razón de su condición física o mental para lo cual se garantiza un trato igualitario que sanciona todo tipo de maltrato<sup>25</sup>, se establece la obligación del estado de garantizar el desarrollo de una política de previsión, rehabilitación e integración social<sup>26</sup>, el acceso al derecho a la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales<sup>27</sup> así como al derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud<sup>28</sup>.

De igual modo, la protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad se encuentra contenida en diferentes disposiciones emitidas en el orden internacional, ya sea en el desarrollo de los tratados marco sobre derechos humanos<sup>29</sup> o mediante disposiciones con un contenido más específico y contundente cuyo propósito es eliminar las distintas formas de discriminación de que son objeto las personas por razón de su discapacidad.

Son relevantes en este tema, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad suscrita en la ciudad de Guatemala, incorporada al derecho interno a través de la Ley 762 de 2002<sup>30</sup> y

25 Constitución Política, artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

26 Constitución Política, artículo 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

27 Constitución Política, artículo 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.

La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

28 Constitución Política, artículo 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y capacitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

29 Muchas de las disposiciones de carácter internacional se encuentran incorporadas en el ordenamiento interno a través del concepto de bloque de constitucionalidad:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad

30 Declarada exequible por medio la sentencia C-401 de 2003.



cuyo propósito es “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación con las personas contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad”<sup>31</sup>, para lo cual se establecen una serie de compromisos de tipo general de los estados partes respecto de 2 ejes temáticos<sup>32</sup> así:

(i) La adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier índole necesaria para eliminar la discriminación contra las personas en condición de discapacidad y procurar su plena integración en sociedad dentro de las cuales se incluyen:

(a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración

(b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad.

(c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad.

(d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.

(ii) Trabajar prioritariamente en la prevención de formas de discapacidad prevenible, la detección temprana e intervención, rehabilitación, educación, formación ocupacional el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad, la sensibilización de la población mediante campañas de educación encaminadas a eliminar los prejuicios, los estereotipos.

La convención a pesar de ser una herramienta para prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas sus formas y manifestaciones, mantiene rezagos de modelos impropios de la “visión social” de la discapacidad, en tanto respalda prácticas de sustitución de la voluntad; como la que se impone por la interdicción de derechos, para aquellos casos en los que las legislaciones internas las establezcan como necesarias y apropiadas para el bienestar de las personas<sup>33</sup>.

Con un nivel de mayor contundencia “la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad” tratado internacional de derechos humanos de la ONU, se promulgó con el

<sup>31</sup> Artículo 2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad.

<sup>32</sup> Artículo 3 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad.

<sup>33</sup> Artículo 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad. (...)2. Discriminación contra las personas con discapacidad. (...)

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

propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente, garantías que se predicán respecto de todo el colectivo en quienes concurren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo.

En Colombia el tratado fue ratificado mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009<sup>34</sup> lo que en términos de la H. Corte Constitucional supuso la adopción normativa del modelo social de la discapacidad”, esto es que “el modelo social de discapacidad ha sido asumido por el ordenamiento jurídico colombiano y los derechos fundamentales de la población en situación de discapacidad deben ser garantizados a la luz de esta perspectiva”<sup>35</sup>. De este modo, el “modelo social de la discapacidad” se constituye en la base dogmática sobre la cual se deben interpretar y reconocer los derechos de las personas con discapacidad.

Como desarrollo de este modelo, el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contiene una serie de postulados sobre los cuales se compromete a los estados parte a garantizar igual reconocimiento de las personas en situación de discapacidad ante la Ley lo cual impone: reafirmar el reconocimiento de su personalidad jurídica y su capacidad en igualdad de condiciones, la adopción de medidas que permitan proporcionar los apoyos necesarios en el ejercicio de la capacidad, proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos y en la práctica, garantizar una igualdad efectiva que permita el ejercicio de los derechos a la propiedad a ser beneficiario de herencia a controlar los propios asuntos económicos entre otros. Así lo advierte:

#### **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 compe-

<sup>34</sup> Tratado y Ley 1346 de 2009 declarados exequibles en sentencia de la Corte Constitucional C-293 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>35</sup> Corte Constitucional sentencia C-329 de 2019 M.P. Carlos Bernal Pulido.

tente, 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.

Con relación al artículo 12 de la convención, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>36</sup> se vio abocado a la necesidad de aclarar su contenido, como quiera que los países miembros no habían comprendido “que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”, razón por la cual de modo más explicativo analizó cada una de las obligaciones generales que se derivaban de los diversos componentes del artículo 12<sup>37</sup> precisando de modo concluyente que los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva y la negación de la capacidad jurídica afectan de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial de modo que el “el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo”.

De manera más precisa la Observación General No.1, el Comité arriba mencionado, aclaró los efectos del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en condición de discapacidad que refiere el numeral 2 del artículo 12 *ibidem* advirtiendo que ello supone no solamente el reconocimiento de derechos en favor de las personas en discapacidad, sino la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley lo que permite instrumentalizar de modo material y real su capacidad. Al respecto precisó:

14. La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente

<sup>36</sup> Convención sobre derechos de las personas con Discapacidad, artículo 34: “Se creará un Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad ...”;

<sup>37</sup> En tal sentido se puede consultar la dirección electrónica <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>.

en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse. El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación. (Negrilla y subrayas fuera de texto).

En cuanto al tratamiento de la discapacidad, el desarrollo colombiano ha sido paulatino y dinámico, de este modo, acorde con las políticas previstas en el orden internacional, fueron promulgadas varias disposiciones que integran el marco normativo en el cual se sustenta el manejo de la discapacidad en el país, entre ellas: la Ley 1145 de 2007, “por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad”, la Ley 1306 del 5 de junio de 2009 “Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados, la Ley 1564 del 5 de junio de 2012<sup>38</sup> “por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados, la Ley Estatutaria 1618 de 2013 “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, la Ley 1752 del 3 de junio de 2015 “Por medio de la cual se modifica la Ley 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad”.

No obstante lo anterior, los esfuerzos normativos referidos fueron insuficientes para el Comité de las Naciones Unidas<sup>39</sup> quien en informe del año 2016 a pesar de exaltar el contenido de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, la política nacional de Discapacidad e Inclusión Social, la ley 1752 de 2015, la Ley 1448 de 2011 para la atención, asistencia y reparación integral a víctimas de la violencia y las normas que reconocen oficialmente el lenguaje de señas colombiana como idioma propio de las personas sordas y sordo-ciegas, refirió variadas inquietudes y recomendaciones.

Como unas de las principales áreas de preocupación el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recomendó a Colombia adoptar un plan “para la revisión y modificación de toda la legislación, que incluya la derogación inmediata de disposiciones que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo la ley 1306 (2009), No. 1412 (2010) del Código Civil, el Código Penal y leyes adjetivas.”

Específicamente y con relación al artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad antes citado, advirtió su preocupación respecto de disposiciones como las contenidas en el Código Civil y análisis de la jurisprudencia Colombiana en los cuales se contienen “restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica a personas con discapacidad y como consecuencia, se les niegue su acceso a la justicia, y al derecho a dar o negar su consentimiento libre e informado.”

Sobre este aspecto recomendó que se deroguen “toda disposición en el Código Civil y otras normas que restrinjan total o parcialmente la capacidad jurídica de personas con discapacidad, y adopte medidas legales y administrativas para proporcionar los apoyos que requieran las personas con discapacidad para ejercer plenamente este derecho, tomar decisiones

38 Reglamentada parcialmente por el Decreto nacional 600 de 2012

39 Consultar en la dirección electrónica <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Recomendaciones-comite-colombia-2016.pdf>

en los ámbitos de salud, sexualidad, educación y otros, sobre la base del respeto pleno a su voluntad y preferencias...”.

Adicionalmente, el Comité de Naciones Unidas manifestó su inquietud por las barreras que afrontan este grupo de ciudadanos para acceder a los programas de protección social y además estableció como necesario que se “elimine los requisitos de la solicitud de interdicción para tener acceso a medidas de protección social y que fortalezca programas de asistencia y protección social, con perspectiva de género, etnia y edad, dirigidos a cubrir los gastos adicionales generados por motivo de la discapacidad en la adquisición de bienes y servicios. En particular, que propicie la modificación de las interpretaciones hechas en sentencias relevantes de la Corte constitucional y en prácticas de los Fondos de Pensión y Jubilación con el fin de garantizar la inclusión en dichos programas”.

En respuesta a las recomendaciones referidas, el legislador profiere la Ley 1996 de 2019 “Por la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad” normatividad que por expresa referencia de la Ley debe interpretarse de acuerdo con los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al que antes se hizo referencia<sup>40</sup>.

### 3. Generalidades de la Ley 1996 de 2019 - modificaciones- transición

A través de la Ley 1996 de 2019 se busca por el legislador replantear los modelos de prescindencia y rehabilitador sobre los cuales se estructuraba el concepto de capacidad, por un modelo de enfoque social que permita la autodeterminación de las personas basado en la toma de decisiones con apoyos.

En concordancia con el mandato contenido en el artículo 12 de la CDPD, con la Ley 1996 de 2019, se plantea un cambio de paradigma en torno a la visión tradicional de la capacidad de las personas, categorías tradicionales como las del “demente”, el incapaz relativo y absoluto, la figura del curador entre otras disposiciones que a la luz del nuevo modelo son discriminatorias e impiden el ejercicio pleno de la capacidad de las personas en condición de discapacidad.

Para un acercamiento más concreto a lo consultado, habrá que referir que el régimen para el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad contenido en la Ley 1996 de 2019 se plantea bajo el ejercicio de los siguientes supuestos:

---

<sup>40</sup> Ley 1996 de 2019, artículo 2 Interpretación Normativa. La presente ley debe interpretarse conforme a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los demás pactos, convenios y convenciones internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia que integren el bloque de constitucionalidad y la Constitución colombiana.

No podrá restringirse o menoscabar ninguno de los derechos reconocidos y vigentes en la legislación interna o en instrumentos internacionales, aduciendo que la presente ley no los reconoce o los reconoce en menor grado.

### 3.1 La Ley reconoce la capacidad legal de todas las personas mayores de edad en situación de discapacidad.

Este postulado aunque simple, contiene un alto contenido de reconocimiento, pues enaltece la condición del individuo quien por el mero hecho de tener una discapacidad no ve alteración alguna en su posibilidad de goce y disposición de sus intereses.

El nuevo marco normativo supera así el paradigma tradicional de la visión de la capacidad de la legislación civil<sup>41</sup> e incluso de normatividad posteriormente expedida como la Ley 1306 de 2009<sup>42</sup>, que aunque con buenas intenciones, no logró erradicar el modelo rehabilitador de discapacidad, en tanto el marco de definición del ejercicio de derechos de las personas en situación de discapacidad, bajo la clasificación de relativos y absolutos, quedaban circunscritos a la declaración judicial de interdicción, procedimiento que preminentemente supone una sustracción de la voluntad y de la autonomía de la persona en merced de terceros o curadores<sup>43</sup>.

De este modo, el nuevo concepto de “discapacidad”, se desagrega del de “incapacidad” y se armoniza para su ejercicio a través de ajustes razonables<sup>44</sup> o de apoyos, los cuales no la limitan sino la integran justamente porque son éstos, entre otros, algunos de los mecanismos que se han previsto por el ordenamiento para ayudar en la superación de las barreras.

Así las cosas, en el régimen contenido en la Ley 1996 de 2019, la capacidad y su posibilidad de ejercicio es un atributo inherente a la persona en condición de discapacidad cuyo reconocimiento queda contenido en la presunción del artículo 6 ejusdem y que se mantiene independientemente del uso de apoyos para la realización de actos jurídicos<sup>45</sup> o de la nece-

41 Sobre el particular advierte la C- 466 de 2014 “ (...) En cuanto a los incapaces, puede decirse lo siguiente. En el derecho civil se distingue entre la capacidad de goce y la de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad de ejercicio o legal es la habilidad de la persona para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra (CC art 1502). Las personas civilmente incapaces son las que carecen de capacidad de ejercicio, y están enunciadas en el artículo 1504 del Código Civil, y sus normas concordantes. Son absolutamente incapaces las personas con discapacidad mental absoluta (Ley 1306 de 2009 art 15), los impúberes o menores de catorce años (CC arts 34 y 1504) y los sordomudos que no puedan darse a entender (CC art 1504). La incapacidad puede también ser relativa, y se predica de quien sea menor adulto o ha dejado de ser impúber (CC arts 34 y 1504), y del disipador que se halle bajo interdicción judicial (CC art 1504). La incapacidad relativa implica que sus actos “pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes” (CC art 1504). Estas son reglas sobre incapacidad general, pero hay también incapacidades particulares “que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos” (ídem).

42 Exposición de motivos Ley 1306 de 2009 “[n]o se trata de dar capacidad a la persona con discapacidad mental, sino de establecer unas pocas y sanas excepciones en beneficio tanto de los intereses de la persona con discapacidad como de la sociedad”.

43 *Ibidem*

44 Ley 1996 de 2018, artículo 8o. AJUSTES RAZONABLES EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD LEGAL. Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume.

La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente. (Negrillas fuera de texto).

45 Ley 1996 de 2019, artículo 6o. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.

sidad de ajustes razonables para su comunicación o comprensión de la información<sup>46</sup>.

Sobre este tópico y para mayor ilustración, resultan útiles la exposición de motivos contenidas de la Ley 1996 de 2018 ante el primer debate ante la Cámara de Representantes<sup>47</sup> oportunidad en la cual se refirió:

Frente a la capacidad jurídica, el artículo 12 de la Convención, sobre el igual reconocimiento como personas ante la ley, consagra que “[l]os 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” y que están encargados de adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. En pocas palabras esto quiere decir que ya no son admisibles los sistemas que admitan la negación total o parcial de las personas con discapacidad. Por el contrario, las normas y las prácticas sociales deben reconocer en toda ocasión la capacidad legal de todas las personas.

Este nuevo paradigma contradice la tradición histórica, pues ya no admite la ficción jurídica que restringía la capacidad de ejercicio, diferenciándola de la capacidad de goce. La importancia de este nuevo paradigma hace que sea central en la Convención, pues es parte inescindible del reconocimiento de la autonomía y la dignidad de las personas con discapacidad. Por este motivo, el Comité de la Convención eligió desarrollar conceptualmente el artículo 12 en su primera Observación General, emitida en 2014.

La observación General número 1 afirma categóricamente que la capacidad jurídica es un “atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”<sup>10</sup>. Como consecuencia,

El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits de la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.

Esto quiere decir que el concepto central de la capacidad jurídica ya no debe ser la supuesta (in)capacidad para tomar decisiones. En el nuevo paradigma el punto de partida es que todas las personas pueden expresar su voluntad y preferencias, así que el núcleo de la capacidad jurídica es la toma de decisiones con apoyo.

Así las cosas, el concepto de apoyos para la toma de decisiones y las salvaguardas son

**PARÁGRAFO.** El reconocimiento de la capacidad legal plena previsto en el presente artículo aplicará, para las personas bajo medidas de interdicción o inhabilitación anteriores a la promulgación de la presente ley, una vez se hayan surtido los trámites señalados en el artículo 56 de la misma.

46 [Ibidem Ley 1996 de 2019, artículo 8o.](#)

47 [Cámara de Representantes - Gacetas del Congreso No. 613 del 31 de Julio de 2017- Proyecto de Ley No. 027 de 2017.](#)



principales para entender el funcionamiento concreto de los esquemas de capacidad legal. Estos conceptos ponen en el centro la voluntad y autonomía de la persona con discapacidad, superando por completo los sistemas que se sostienen a partir del “mejor interés” de la persona con discapacidad, en los que la decisión la toma un tercero.

En este mismo sentido se pronunció el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su revisión al informe inicial de Colombia, cuando expresó que:

[R]ecomienda al Estado parte que adopte un plan para la revisión y modificación de toda la legislación que incluya la derogación inmediata de disposiciones que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo las Leyes 1306 (2009) y 1412 (2010), así como del Código Civil, el Código Penal y leyes adjetivas.

Este proyecto de ley busca que el marco legal colombiano se ajuste al mandato del artículo 12 de la CDPD

### **3.2 Extinción de la figura de interdicción, por un sistema personalizado de toma de decisiones a través de apoyos que garanticen la voluntad y preferencias de la persona en condición de discapacidad**

Bajo el nuevo modelo, para el ejercicio de la capacidad, la Convención impuso a los estados partes “abstenerse de cualquier medida que prive a las personas con discapacidad del reconocimiento de su capacidad jurídica, y de otra parte, el deber de garantizar que los particulares no interfieran con el ejercicio de la capacidad jurídica de estos sujetos” y remplazar el modelo de sustitución de la voluntad por un sistema de apoyos que facilite el ejercicio de sus derechos con los que se garanticen la voluntad, preferencia y autonomía de las personas<sup>48</sup>. Por ser un concepto “amplio”, el mismo fue precisado por el Comité de Naciones Unidas así:

17. El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. “Apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y officiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpre-

<sup>48</sup> Sobre los apoyos de acuerdo al nuevo modelo de la CDPD, ver sentencia Corte Constitucional C-182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



tación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con las demás. Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero todas las opciones deben estar exentas de discriminación. Debe prestarse apoyo a la persona que así lo desee para llevar a cabo un proceso de planificación anticipada. El momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva; no debe basarse en una evaluación de que la persona carece de capacidad mental.

18. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se mencionan, entre los principios generales de la Convención, “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”. En todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones.

19. Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2, de la Convención, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3.

Así las cosas, profundizando en el contenido de la Ley 1996 de 2019 se define que los apoyos son tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de la capacidad legal y que pueden versar sobre “la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de determinados actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales”<sup>49</sup>.

Igualmente, propone la extinción de aquellos mecanismos sustitutos de la voluntad de las personas con discapacidad contenidos en figuras como la interdicción o inhabilitación, y en su remplazo contempla la existencia de tres (3) mecanismos para la determinación formal de apoyos para la realización de actos jurídicos ya sea mediante el trámite notarial o conciliadores extrajudiciales, por medio de la adjudicación judicial de apoyos o una tercera figura denominada directivas anticipadas, todas éstas, a la fecha, condicionadas a la expedición de diversas reglamentaciones -, cuyas particularidades se exponen de manera sistemática así:

49 Ley 1996 de 2019, artículo 3 numeral 4.

**CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA LEY 1996 DE 2019**

<i>Trámite</i>	<i>Objetivo</i>	<i>Características</i>
Acuerdos de apoyo por escritura pública o ante conciliadores extrajudiciales en derecho.	Una persona mayor de edad formaliza la designación de la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que le asistirán en la toma de decisiones respecto de uno o más actos jurídicos determinados <sup>50</sup> .	<p>(i) Se constituyen por escritura pública o ante conciliadores extrajudiciales en derechos inscritos en los centros de conciliación</p> <p>(ii) No puede exceder de 5 años.</p> <p>(iii) La persona titular del acto que cuente con acuerdo de apoyos para la celebración de determinados actos jurídicos, deberá utilizarlo al momento de la celebración de dichos actos ante su ausencia ello será causal de nulidad relativa.</p> <p>(iv) La persona puede terminar unilateralmente el acuerdo de apoyo por medio de escritura pública o ante los conciliadores extrajudiciales en derecho.</p> <p>(v) Se encuentra sujeto a la evaluación de desempeño de los apoyos al término de cada año desde la ejecutoria del fallo.</p> <p>(vi) En cualquier momento el titular del acto jurídico y la persona designada como apoyo cuando medie justa causa, puede solicitar la modificación o terminación de los apoyos adjudicados.</p>

50 Ley 1996 de 2019, artículos 16 a 20.

<p>Adjudicación Judicial de Apoyos para la realización de actos Jurídicos.</p>	<p>Es el proceso judicial promovido ante el JUEZ DE FAMILIA por medio del cual se designan apoyos formales a una persona con discapacidad mayor de edad para el ejercicio de su capacidad legal frente a uno o varios actos jurídicos concretos<sup>51</sup>.</p>	<p><b>Proceso de Jurisdicción Voluntaria:</b></p> <p>(i) Cuando es promovido por la persona titular del acto jurídico. Debe constar la voluntad expresa de la persona titular del acto jurídico de solicitar apoyos en la toma de decisiones.</p> <p>(ii) Se debe contar con una valoración de apoyos que debe surtir de acuerdo a normas técnicas.</p> <p>(iii) El juez sólo puede pronunciarse sobre la necesidad de apoyos para la realización de actos sobre los que verse el proceso.</p> <p>(iv) La persona titular del acto que tenga sentencia de adjudicación de apoyos ejecutoriada para la celebración de determinados actos jurídicos deberá utilizar los apoyos allí estipulados en el momento de su celebración. Si la persona lleva actos especificados en la sentencia de adjudicación sin utilizar los apoyos dichos actos se sancionarán con nulidad relativa.</p> <p>(v) Se encuentra sujeto a la evaluación de desempeño de los apoyos al término de cada año desde la ejecutoria del fallo.</p> <p>(vi) En cualquier momento el titular del acto jurídico, la persona que promovió el proceso que demuestre interés legítimo y la persona designada como apoyo cuando medie justa causa, puede solicitar la modificación o terminación de los apoyos adjudicados.</p> <p><b>Trámite por excepción mediante proceso Verbal Sumario:</b></p> <p>(i) La demanda solo puede interponerse por personas distintas en beneficio exclusivo de la persona con discapacidad para lo cual deberá demostrarse: (a) La persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencia por cualquier medio, modo y formato de comunicación y (b) que la persona se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.</p> <p>(ii) Se puede anexar el informe de valoración de apoyos o el juez puede solicitar una nueva valoración ante los entes públicos encargados de realizarlo.</p> <p>(iii) El juez sólo puede pronunciarse sobre la necesidad de apoyos para la realización de actos sobre los que verse el proceso.</p> <p>(iv) El juez puede imponer las salvaguardias respectivas.</p>
--	---	---

51 Ley 1996 de 2019, Capítulo V, artículos 32 a 43.

Directivas Anticipadas	Herramienta por medio de la cual la persona mayor de edad puede establecer una expresión fidedigna de la voluntad y preferencias en relación con uno o varios actos jurídicos con antelación a los mismos. Puede versar sobre diferentes asuntos, salud, financieros o personales <sup>52</sup> .	<p>i) Debe constituirse mediante escritura pública ante notario o mediante acta ante conciliadores extrajudiciales en derecho.</p> <p>(ii) Las personas que adquieran obligaciones de hacer en cumplimiento de la voluntad y preferencias expresadas por una directiva anticipada y que suscriban la misma se entenderán como personas de apoyo y se encuentran obligadas a su cumplimiento.</p> <p>(iii) Las directivas pueden hacerse públicas a terceras personas.</p> <p>(iv) Pueden incorporarse en la historia clínica por disposición del titular del acto jurídico.</p> <p>(v) Pueden tener una cláusula de voluntad perenne en la que se invalide de modo anticipado las declaraciones de voluntad y preferencias con posterioridad.</p> <p>(vi) La directiva puede ser modificada, sustituida o revocada mediante el mismo trámite surtido para su creación.</p>
------------------------	---	--

Relacionado lo anterior, el ejercicio de los derechos con un sistema de apoyos, tienen como propósito garantizar la efectiva realización del derecho a la capacidad legal de las personas, razón por la cual deberá atender una serie de principios<sup>53</sup>, los cuales guían la aplicación e interpretación de la Ley así:

- La dignidad y no discriminación.
- En cualquier actuación se debe respetar siempre la autonomía de las personas en condición de discapacidad entendido como el derecho a “autodeterminarse, tomar sus propias decisiones a equivocarse, a su independencia, al libre desarrollo de la personalidad conforme a la voluntad, deseos y preferencias propias”.
- Los apoyos son figuras que deben responder siempre a la voluntad de la persona titular del acto.
- Debe partirse del entendimiento de que todas las personas son distintas a lo largo de su vida, pero poniendo siempre en el centro de la toma de decisiones la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.
- Incluso en aquellos casos en los que no resulte posible identificar la voluntad y preferencias de la persona, la Ley impone acudir al criterio de mejor interpretación de la voluntad, el cual se debe determinar atendiendo diferentes aspectos como la trayectoria de la vida de las personas, sus manifestaciones previas de voluntad, sus preferencias en otros contextos, la información de sus personas de confianza, sus gustos, su historia conocida, y cualquier otra consideración pertinente.
- La igualdad de oportunidad supondrá que se remuevan los obstáculos o barreras

<sup>52</sup> Ley 1996 de 2019, artículos 21 a 31.

<sup>53</sup> Ley 1996 de 2019, artículo 4.

que generan desigualdad e impide que las personas en condición de discapacidad puedan hacer pleno disfrute de sus derechos.

- Las personas que requieran de apoyos deben acceder a estos sin dilaciones injustificadas.

Ahora bien, en aras de garantizar la primacía de la voluntad de la persona en condición de discapacidad y evitar su desconocimiento en el ejercicio de los apoyos, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>54</sup> consagra que los estados deberán asegurar que se proporcionen salvaguardias<sup>55</sup> en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en condición de discapacidad. Corolario de lo exigido, la Ley 1996 de 2019, contempla los criterios<sup>56</sup> que se deben atender, así:

- Habrá lugar a los apoyos solo en los casos en los que la persona titular del acto jurídico los solicite. (Criterio de necesidad).
- Los apoyos son personalizados y responden a las circunstancias especiales de cada individuo. (Criterio de correspondencia).
- Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deben ser instituidos por un período definido. Ningún apoyo puede establecerse por un periodo superior al establecido en la Ley. (Criterio de Duración).
- Las personas que prestan apoyo deben obrar de modo ecuánime, respetando siempre la voluntad y preferencias de quien asisten, garantizando el derecho a que tomen riesgos y cometan errores. De este modo tampoco podrán influenciar indebidamente la toma de decisiones. (Criterio de Imparcialidad).

Para efectos de determinar la naturaleza de los apoyos que la persona titular del acto jurídico desee utilizar, podrá atenderse<sup>57</sup> a la declaración que efectúe sobre sus propias necesidades de apoyo o a través del proceso de valoración de apoyos<sup>58</sup>, el cual podrá ser

54 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 12 numeral 4.

55 Para una mejor comprensión de la diferencia entre apoyo y salvaguardia resulta útil el documento "Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia" Autor: Olmo, Juan P. - Prach, Eliana M. Publicación: Revista de Derecho de Familia y Sucesiones Número 6 - Diciembre 2015 Fecha: 30-12-2015. Puede consultarse en el link: <http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=41310&n=Distinci%F3n%20entre%20medidas%20de%20apoyo%20y%20de%20salvaguardia.%20Olmo%20Prach.pdf> en el que se advierte:

56 Ley 1996 de 2019, artículo 5.

57 Ley 1996 de 2019 artículo 10. Determinación de los apoyos. La naturaleza de los apoyos que la persona titular del acto jurídico desee utilizar podrá establecerse mediante la declaración de voluntad de la persona sobre sus necesidades de apoyo o a través de la realización de una valoración de apoyos.

58 Artículo 11, Ley 1996 de 2019: VALORACIÓN DE APOYOS. La valoración de apoyos podrá ser realizada por entes públicos o privados, siempre y cuando sigan los lineamientos y protocolos establecidos para este fin por el ente rector de la Política Nacional de Discapacidad. Cualquier persona podrá solicitar de manera gratuita el servicio de valoración de apoyos ante los entes públicos que presten dicho servicio. En todo caso, el servicio de valoración de apoyos deberán prestarlo, como mínimo, la Defensoría del Pueblo, la Personería, los entes territoriales a través de las gobernaciones y de las alcaldías en el caso de los distritos.

Los entes públicos o privados solo serán responsables de prestar los servicios de valoración de apoyos, y no serán responsables de proveer los apoyos derivados de la valoración, ni deberán considerarse responsables por las decisiones que las personas tomen, a partir de la o las valoraciones realizadas.

prestado por entes públicos o privados de acuerdo a los lineamientos técnicos y protocolos que defina el rector de la Política Nacional de Discapacidad. Tanto los lineamientos para valoración de apoyos, como la prestación del servicio de apoyos que realizaran entidades públicas y privadas, se encuentran sujetos a reglamentación<sup>59</sup>.

### **3.3 Transitoriedad para la implementación de algunas de las disposiciones previstas en la Ley 1996 de 2019.**

Ciertamente con la expedición de la Ley 1996 de 2019 fue necesario el establecer una serie de medidas de transición que minimicen los potenciales traumatismos, la primera fue consagrar expresamente la imposibilidad de iniciar nuevos procesos judiciales de interdicción, como una consecuencia lógica a la implementación del sistema descrito<sup>60</sup> así como la suspensión de todos los procesos de esa naturaleza que cursen en la jurisdicción, con la posibilidad de que el juez decreta de manera excepcional el levantamiento de la suspensión y la aplicación de medidas cautelares nominadas o innominadas, cuando lo considere pertinente para garantizar la protección y disfrute de los derechos patrimoniales de la persona con discapacidad<sup>61</sup>.

En lo que refiere a los particulares que cuenten con sentencia de interdicción o limitación de su capacidad con antelación a la promulgación de la ley, se debe entender que estas medidas siguen vigentes hasta tanto no se haga la revisión de oficio por el juez o se solicite de parte la revisión de las mismas, actividad para la cual el legislador previó un plazo de 36 meses a partir de la entrada en vigencia del Capítulo V de la Ley 1996 de 2019. En esta revisión bien podría optarse por considerar que la persona correspondiente no necesita de “ajuste” o “apoyo” alguno, lo cual conllevará a que se le considere plenamente capaz una vez quede ejecutoriada la sentencia de revisión, o por el contrario se le designen los apoyos que requiera<sup>62</sup>.

Se debe tener claro, por tanto, que las personas sobre las cuales recaía una medida de interdicción o inhabilitación para la fecha de promulgación de la Ley 1996 de 2019 solo gozarán de capacidad plena “cuando la sentencia del proceso de revisión de la interdicción o de la inhabilitación quede ejecutoriada”<sup>63</sup>.

De acuerdo con lo expuesto sobre el régimen de transición previsto, el administrado se puede encontrar en una de las siguientes tres situaciones:

- i. Cuenta con una medida de interdicción o inhabilitación anterior a la entrada en vigencia de la ley 1996 de 2019. En ese caso, éstas medidas son plenamente efectivas hasta tanto una sentencia de revisión judicial no declare lo contrario.

Sobre este tópico habrá que atender algunas particularidades, para lo cual se acude al reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, a través del cual se precisó que la declaración de interdicción podrá mantenerse incólume, sin perjuicio de que (i)

59 Ley 1996 de 2019, artículo 12 y 13.

60 Ley 1996 de 2019, artículo 53.

61 Ley 1996 de 2019, artículo 55

62 Ley 1996 de 2019, artículo 56

63 Parágrafo 2, *Ibid.*

pueda iniciarse o cursar un trámite de rehabilitación cuya vigencia se determina en vigor hasta el año 2021 y (ii) el juez ordinario conserva las facultades “para resolver todo lo relacionado con los recursos que se promuevan contra decisiones de la ejecución, incluyendo sin limitarse a ellos, la remoción, designación de curador, rendición de cuentas e.tc, posibilidad que encuentra apoyadura en los cánones 306 y 586 numeral 5° del Código General del Proceso”<sup>64</sup>.

ii. Hay un proceso de interdicción o inhabilitación en curso o provisional. En ese caso el proceso judicial por orden de la Ley deberá ser suspendido, por lo que frente al particular no tendrá mayor limitación a su capacidad que la que se pueda derivar de la declaración judicial de suspensión en torno al proceso de interdicción que se encontraba en curso.

Sin embargo habrá que atender que la Ley 1996 de 2019 en su artículo 54 consagró la posibilidad de que el juez decreta de manera excepcional el levantamiento de la suspensión y la aplicación de medidas cautelares nominadas o innominadas, cuando lo considere pertinente para garantizar la protección y disfrute de los derechos patrimoniales de la persona con discapacidad<sup>65</sup>.

En tal supuesto, la orden de suspensión relevará al administrado de limitación alguna de ejercicio, sin embargo este postulado se encontrará sujeto al curso o cause de las decisiones que tome el juez ordinario quién como se advirtió, está facultado para ordenar el levantamiento de la medida de suspensión y proceder a la toma de medidas cautelares nominadas o innominadas.

iii. En aquellos eventos en los que no medie una declaración de interdicción o inhabilitación se entiende que las disposiciones contenidas en la Ley 1996 de 2019 son plenamente aplicables de modo tal que no podrá limitarse ningún acto realizado por la persona.

iv. Ahora, en los eventos en que para la celebración de ciertos actos jurídicos medie un acuerdo de apoyo ya sea declarado por vía notarial o ante un centro de conciliación o se hubiese proferido la declaración de apoyo a través del proceso de adjudicación judicial, se entiende que por disposición de la Ley deberán hacerse uso de los apoyos. Así las cosas, si la persona lleva actos especificados en la escritura pública, acta o sentencia de adjudicación sin utilizar los apoyos dichos actos se sancionarán con nulidad relativa.

Sobre este punto es necesario tener de presente que las figuras de los acuerdos de apoyo por vía notarial o centros de conciliación o por la vía de adjudicación judicial de apoyos, como la figura de las declaraciones anticipadas y el procedimiento de valoración de apoyos que sirve como soporte técnico para el ejercicio de las dos primeras, se encuentran sujetas a reglamentación, por lo que su implementación no pueden predicarse en estricto rigor.

64 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, Radicado 16821-2019 del 12 de diciembre de 2019 Magistrado Ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

65 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, Radicado 16821-2019 del 12 de diciembre de 2019 Magistrado Ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.. En esta oportunidad, la Corte Suprema amparo mediante acción de tutela los derechos invocados por el accionante a quién dada su situación de salud

v. No obstante lo anterior, la ley prevé que mientras se reglamenta el proceso judicial de apoyos que trata el capítulo 5 de la Ley 1996 de 2019, para aquellos casos en los que se encuentra una persona absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio y siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto, puede promoverse por una persona con interés legítimo y que acredite una relación de confianza con la persona titular del acto, un proceso de adjudicación provisional<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Ley 1996 de 2019, artículo 54. PROCESO DE ADJUDICACIÓN JUDICIAL DE APOYOS TRANSITORIO. Hasta tanto entren en vigencia los artículos contenidos en el Capítulo V de la presente ley, el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto jurídico puede determinar de manera excepcional los apoyos necesarios para una persona mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio, siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto. El proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio será promovido por una persona con interés legítimo y que acredite una relación de confianza con la persona titular del acto. El juez, por medio de un proceso verbal sumario, determinará la persona o personas de apoyo que asistirán a la persona titular del acto jurídico, teniendo en cuenta la relación de confianza, amistad, parentesco o convivencia entre estos y la persona titular. La sentencia de adjudicación de apoyos fijará el alcance de los apoyos teniendo en cuenta las normas establecidas en la presente ley, al igual que el plazo del mismo, el cual no podrá superar la fecha final del período de transición. La persona titular del acto jurídico podrá oponerse a la adjudicación judicial de apoyos en cualquier momento del proceso.



# ¿LOS APOYOS: UN HECHO O UN DERECHO?

María Graciela Iglesias<sup>67</sup>

## UNA APROXIMACIÓN A DEFINIR UN APOYO

En la vida de todos un apoyo implica el poder sostener una situación cualquiera, con herramientas que otorgan los afectos, personas, elementos, situaciones, aquello que sostiene, base cosa para apoyar o sostener algo. Auxilio, ayuda, persona que ayuda a alguien a hacer o desarrollar algo. Aquello que sirve para afirmar algo que se conoce. Asiento, sostén, soporte, refuerzo, base, protección, ayuda, auxilio, socorro, aliento, defensa<sup>68</sup>.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad- en adelante la CDPD-, trae el concepto de apoyo como un eje, un recurso, que se relaciona directamente con la capacidad jurídica.<sup>69</sup>-

El artículo 12 de la convención de los Derechos de las personas con discapacidad establece en el apartado 3 que **“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”**.

El paso del modelo positivista de la capacidad jurídica, basado en la teoría de la representación legal, implementó medios sustitutivos de la actuación de la persona, considerando el modo de su mejor **“protección”**, este presupuesto se desploma ante la teoría de la capacidad dentro del modelo social de la discapacidad.<sup>70</sup>-

El fundamento de la representación para hacer posible la intervención de las personas consideradas **“incapaces”**, requirió en el mundo de la celebración de los actos jurídicos, de un re-

<sup>67</sup> Abogada especialista en derecho de familia. Asumió como Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión de la Ley Nacional de Salud Mental desde su conformación, en 2013. Fue jueza del tribunal de familia N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata. También se desempeñó como funcionaria en la Defensoría Pública Oficial en esa misma jurisdicción.

Como docente de grado se desempeña en la cátedra Derecho de Familia y sucesiones de la Universidad Nacional de Mar del Plata y a nivel de posgrado es Directora de la Diplomatura de Salud mental y Derechos Humanos de esa misma casa de estudios, docente en el Doctorado de Salud Mental Comunitaria y Maestría en Salud Mental Comunitaria y en la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia en la Carrera de Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires. También dicta clases en carreras de posgrado de las universidades nacionales de Córdoba, Jujuy, La Pampa, Rosario y el Nordeste. Integra los equipos docentes en posgrado de las universidades de Lima (Perú), Santiago de Chile (Chile), de los Andes (Colombia). Ha publicado numerosos artículos en revistas y libros especializados de la Argentina y de la región.

<sup>68</sup> Real Academia Española, distintas acepciones del término apoyo.-

<sup>69</sup> En la República Argentina, ratificada en mayo de 2008, desarrolla en su artículo 12 un concepto que quiebra un sistema de valoración de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad al desplazar la doble valoración de la capacidad jurídica en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la aptitud de ejercicio, que habilitó el sistema de incapacidad por declaración de demencia en sentido jurídico.-

<sup>70</sup> Ver desarrollado el tema en JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Buenos Aires, Profesor emérito en la Universidad Católica Argentina, Miembro del Instituto Argentino de Estudios Legislativos Ex juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Premio Nacional de Derecho, años 1967-1972, TRATADO DE DERECHO CIVIL PARTE GENERAL

TOMO I NOCIONES FUNDAMENTALES PERSONAS VIGÉSIMA CUARTA EDICIÓN adaptado por Patricio Raffo Benegas. - 24a ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

presentante. La representación de los incapaces, (de fuente legal), argumenta su finalidad, en hacer posible su participación en la vida jurídica. Por ello, la representación reposa en el Derecho Objetivo y está supeditada a la ley, la que impone las facultades de las que puede hacer uso el representante, así como sus obligaciones y responsabilidades. Es así con los niños y personas que no alcanzan la edad legal establecida en el código civil para adquirir la mayoría de edad, lo son también los tutores, respecto de los niños y jóvenes sometidos a patria potestad (responsabilidad parental), en ejercicio de la tutela; y los curadores, respecto de los incapaces mayores de edad sometidos a interdicción, en ejercicio de la curatela. En todos estos casos, la capacidad de goce existe en la persona del incapaz representado, pero, éste, por razón de su incapacidad de ejercicio no puede celebrar por sí el acto jurídico. La persona adquiere el status que tenían en la antigua Roma los *“alíeni juris”*<sup>71</sup>.

La falta de capacidad de ejercicio es la que da lugar dentro del ordenamiento jurídico, a su representación legal, aun cuando, como en el caso de los tutores y de los curadores, sin que a su designación concorra la voluntad de la persona a quien van a representar. La voluntad del representante, de conformidad con las facultades que le confiere la ley, es la que da lugar a la formación del acto jurídico, cuyos efectos van a estar dirigidos a la esfera jurídica del incapaz representado.

Intentaremos analizar si el concepto de apoyo que refiere la convención, es un sostén para actuar, es un eje de derecho que integra la capacidad de la actuar de la persona, si puede definirse un apoyo formal, intenso para el ejercicio de un acto determinado, o si por el contrario pueden existir apoyos informales.

Luego de definir conceptualmente, estableciendo con la mayor aproximación posible, si se trata de la responsabilidad de los estados generar apoyos, lugares de apoyos, apoyos determinados, o siempre son de exclusiva elección y decisión de las personas.

## **LA CDPD Y LA CAPACIDAD JURÍDICA**

Las normas sobre capacidad jurídica dentro del modelo de interdicción ,marcan una inexorable incapacidad que implica el destierro social del sujeto, la pérdida de su subjetividad, representa la muerte en vida, *“la nuda vida”*, la eugenesia social, el pensamiento foucaultiano expone y analiza este concepto de *“elegir entre la vida y la muerte de otro”*; mayor cantidad de individuos eliminados, menos degenerados habrá con respecto a la especie -más viviré ,más fuerte y vigoroso seré y más podré proliferar“. Se trata de cuerpos despojados de subjetividad, volcados al anonimato y a la nuda vida, puros cuerpos, con derechos violados. La persona transcorre una vida paralela al orden jurídico, la norma *“suspende el derecho”* para garantizar su continuidad,“...es como si el derecho contuviese una fractura esencial que se sitúa entre la posición de la norma y su aplicación y que en el caso extremo, puede ser colmada solamente en el estado de excepción, esto es creando una zona en la cual la aplicación es suspendida, pero la ley permanece como tal, en vigor”<sup>72</sup>

Es la práctica cultural colectiva que define al hombre en su capacidad, en su normalidad

71 Condición social de quienes no eran sujeto de derecho, en la Antigua Roma  
72 AGAMBEN, Giorgio, Estado de Excepción 3era edición, Edit. Adriana Hidalgo Editora ,pág.70.-

quedando preso de los juegos de la verdad que establece un grupo de poder que imponen los juegos del lenguaje<sup>73</sup> de dominación-

La razón en la modernidad era **“unificadora, objetivadora, controladora y disciplinaria”**<sup>74</sup>, la posmodernidad remite a un sujeto entramado, descentrado, apela a los juegos de lenguaje en una razón intersubjetiva<sup>75</sup>, el pensamiento de Descartes **“pienso, luego existo”** cede en este concepto posmoderno que acepta verdades y razones en permanente movimiento donde se construyen y de construyen<sup>76</sup>.

El eje de atención jurídica se ha desplazado de la norma general abstracta y estática al caso concreto. Así como el siglo XIX se caracterizó por ser el siglo de las **“codificaciones”** en occidente, puede hoy avizorarse un siglo XXI con menos confianza en leyes abstractas y generales, imbuido de una revitalización tanto de las constituciones nacionales como de las convenciones internacionales, entendidas como proveedoras de normas operativas-cuya exigencia de cumplimiento no depende de una reglamentación inferior.

Dice Thomas Khun que **“las crisis son una condición previa y necesaria para el nacimiento de nuevas teorías ---”** (La estructura de las resoluciones científicas, Pág. 128). Sin embargo ante la aplicación operativa de la norma superior, para el reconocimiento de la dimensión personal en la que se juzga la capacidad, el “campo” social<sup>77</sup>, lo expulsa y rechaza, todo se confunde y quien tiene la misión de defender, considera que es través del saco legal de la inmovilidad de la incapacidad jurídica protegiendo, bajo un sistema de declamación de “tutela efectiva”. Frente a esto algunos pronunciamientos se atacan por considerar que se alejan de la función tutelar.

Siguiendo este pensamiento ¿se puede separar el concepto de persona y capacidad?

¿Puede significar la aplicación del derecho la norma simple constituida por una causa y su efecto? Esto refiere exactamente a la norma cuando determina que será declarado demente en sentido jurídico aquel que no pueda administrar sus bienes ni dirigir su persona<sup>78</sup>.

¿No es la vida la suma de complejidades? La teoría trialista del derecho habla de complejidad del objeto, Ciuro Caldani afirma el reconocimiento de la **“complejidad pura”**<sup>79</sup> para adoptar necesariamente cambios metodológicos, conceptuales para no caer en la lejanía jurídica, en visiones reduccionistas, que se distancien de la historia, ello sucede con el dictado de resoluciones que pueden ser desmentidas por ella. Sentencias que no tienen en cuenta la justicia, la validez y la eficacia<sup>80</sup>

73 Según Wittgeinstein los juegos del lenguaje tienen reglas que son parte del contrato entre jugadores y que pueden ser modificadas aunque esto implique modificar el juego.

74 WELLMER, A., “ Sobre la dialéctica de la modernidad y posmodernidad, Edición Visor, Madrid, 1993

75 HABERMAS, J. El discurso filosófico de la modernidad, España, Taurus 1989.

76 DERRIDA, aporta otro concepto fundamental para el pensamiento posmoderno: “la deconstrucción a la que se define como una acción que no es neutra, sino que interviene” y a través del cual todo discurso puede ser cuestionado

77 Bourdieu define la noción de campo como el conjunto de posiciones históricamente definidas, en el que debe diferenciarse cuál es el capital (económico cultural , social ,simbólico) que está en juego y como se distribuye.-

78 Fallo de reconocimiento de la capacidad jurídica con fundamento en la ley 26378 CDPD,exp. N°22272 E.D s/ insania,Trib.de familia n° 1 Mar del Plata.

79 CIURO CALDANI,Miguel “Angel,”Las posibilidades de superación de la discusión entre juspositivismos y iusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico, en “Revista de ciencias Sociales ,n° 41 pag.86.-

80 Norberto Bobbio, comentando la teoría de Reinach, considera que “ la diferencia esencial entre las proposiciones matemáticas y las proposiciones jurídicas consiste en el hecho de que, mientras que las primeras encuentran una rigurosa

El concepto de persona como sujeto de derechos impone una gran diferencia de interpretación filosófica. La persona es tal, ¿es sujeto solo porque el ordenamiento lo reconoce o se es persona por ser hombre, y en ese caso hombre-persona de reconocimiento en sentido jurídico?

La teoría del Derecho alejada del formalismo jurídico, puede exponerse bajo la teoría analítica, o las tesis integradoras del derecho, citando a Hart, a Dworkin o Alexy. O desde el formalismo del derecho, cuyo exponente mayor en la Argentina es en la actualidad el Dr. Ciuro Caldani Miguel Ángel, quien ha seguido investigando sobre la teoría dialéctica cuyo mentor y fundador ha sido Werner Goldschmidt. Para Robert Alexy debe distinguirse la norma que entiende como lo expresado en un enunciado normativo, del derecho subjetivo o la posición jurídica fundamental, es decir, la capacidad jurídica de imponer un derecho en los derechos fundamentales. Debe, a la vez, distinguirse entre el enunciado de los derechos y la fundamentación de los derechos<sup>81</sup>.

Ha dicho González Ordovas que la expresión orden jurídico (...) no significa un cosmos lógico de normas "correctamente" inferidas, sino un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real<sup>82</sup>.

Si en nombre de la ley el orden, ¿puede producirse injusticia y horror puede el hombre confiar y obedecer la ley sin reflexionar su contenido? El cambio se presenta desplazando el eje de atención desde la norma general y abstracto al análisis del caso concreto aplicando una noción dinámica, cambiante, complejo, viendo como juegan las resistencias, contradicciones y conflictos dentro del discurso del derecho. Jean Duvignaud ha dicho "que en la sociedad industrial moderna (..) el cambio se ha convertido en un elemento fundamental y esencial de toda forma colectiva. Ningún otro tipo de sociedad en la historia ha puesto la mutación en el corazón mismo de su existencia"<sup>83</sup>

Desde esta trama compleja, pensamos en la persona, que requiere de apoyo.

## **CAPACIDAD, PERSONA Y DERECHO.**

Como atributo inherente a la persona física y noción inseparable de ella, la capacidad civil constituye uno de los llamados derechos personalísimos. Este concepto de capacidad da lugar en un lenguaje técnico jurídico a distintas acepciones: aptitud para contraer derechos y obligaciones, posibilidad de tener, posibilidad de ser objeto de obligaciones o deberes jurídicos, ello define para una corriente a la persona como un ser capaz de adquirir derechos y obligaciones, afirman que no hay distinción alguna entre la noción filosófica y la noción jurídica de persona, porque todo ser humano es persona y como tal sujetos de derechos<sup>84</sup>

---

aplicación en la naturaleza, las segundas vienen posteriormente desmentidas por la historia, el mismo autor en "contribución a la teoría del Derecho", edit. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia f.torres 1980, págs. 35

81 ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales (trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 181

82 GONZALEZ ORDOVAS, María José, "Ineficacia anomia y fuentes del derecho", Edit- Dikynson, 2003, pág. 43

83 DUVIGNAUD, Jean "Heresie et suversion. Essais sur L'anomie y fuentes del Derecho Paris, La Decouverte, 1986 pág. 36, cita Ma. José González Ordovas, ob. cit. Pág. 25.

84 DIEZ PICASO, Luis María y GUILLON Antonio, Sistema de Derecho Civil, Madrid, Tecnos 1982, pag. 252 yss.

Para Savigny solo la persona es titular de una relación jurídica donde manifiesta su capacidad de aptitud para ejercer derechos, entendiéndola como una totalidad dotada de libertad. De esta forma persona, hombre e individuo se confunden “todo individuo y solo el individuo tiene capacidad de derecho”<sup>85</sup>. Distintas corrientes filosóficas y jurídicas se han ocupado y se sigue haciendo de debatir a qué se alude cuando se refiere a persona: 1) si hace a la razón de la conceptualización, no a la realidad que se conceptualiza, debe aceptarse que si todo hombre es persona en sentido filosófico, todo hombre es persona en sentido jurídico; 2) de la persona como el titular de derechos subjetivos; 3) de la persona como beneficiario del interés jurídicamente protegido; 4) de la persona como sujeto desmaterializado; 5) de la persona como el ser capaz formalmente, quien considera al hombre obra del derecho; 6) de la persona como fundamento del derecho y de la justicia; 7) de la persona protagonista del orden jurídico (Lachance) la persona es un ser que nace, que se hace, al decir de Lachance la persona es el “alterum” por excelencia<sup>86</sup>

Si consideramos al hombre de conformidad al pensamiento de Windscheid tomaríamos como aquel dotado de conciencia y capacidad volitiva ergo afirma que el individuo posee capacidad para obrar de derecho, para otros el derecho otorga significación a lo que existe con validez anterior como realidad ontológica y existencia ética<sup>87</sup>. La ley declara a la persona incapaz y para la realización de aquellos actos que no podrá ejecutar nombra un representante necesario, que posibilite su realización<sup>88</sup>.

Bajo la consideración que todo hombre es persona y que por su calidad de tal con capacidad para estar con y entre los demás, no puede imponerse la interdicción entendiéndose que ésta nace de una ley que encuentra su génesis, se desarrolla y nace, en un tiempo y espacio anterior al dictado de la misma. Es decir, la norma impone la incapacidad, sin visualizar la proyección de esa persona en el espacio socio cultural, independientemente del suceso que lo determina.

Y es ahí donde se yergue el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad, introduciendo la figura de APOYO, es entonces que ya no se discute personalidad jurídica, persona y capacidad.

Hemos dicho ya que La CDPD y “a partir de ella los países deben realizar los ajustes razonables en sus respectivas legislaciones para el ejercicio de la capacidad jurídica, reconociendo, que ya no contiene la contradicción de la capacidad de goce o titularidad con el ejercicio de la capacidad sino que establece que todas las personas están en un mismo pie de igualdad, en el reconocimiento de su personalidad jurídica y la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

La CDPD y el proceso llevado a cabo en distintos ordenamientos jurídicos respecto al re-

85 HOYOS Ilva Miriam, cita a Savigny en su libro “de la Dignidad y De los Derechos humanos”, editorial Temis S.A. Universidad de la Sabana, 2005 pág. 28

86 elle n'est pas seulement une, mais unique, mais originale, distincte, incompénétrable: individuom in se et divisum a quolibet alio” (Louis Lachance, le concep de droit selon Aristote et S. Tomas, Ottawa Montreal, les éditions du Levrier 1948, pag. 187.

87 HERNANDEZ GIL, Antonio, “Perspectiva sociológica-jurídica de la persona”, pag. 527

88 RIVERA, Julio Cesar “Instituciones de Derecho civil”. Pág. 432

conocimiento de la capacidad gradual,<sup>89</sup> impactó respecto de la modificación actual al concepto de capacidad jurídica, abandonando el criterio médico-jurídico para determinar la capacidad jurídica de las personas e introduciendo el concepto desde el modelo social, que se caracteriza por la posibilidad jurídica de contar con apoyos para la toma de decisiones.

La diferencia radica, que la capacidad jurídica se determinaba por un criterio médico-jurídico, donde la persona era asociada al concepto de enfermedad (dementes en sentido jurídico)<sup>90</sup>. Es dable destacar que el concepto de capacidad jurídica plena es dinámico, complejo, interactivo y que aún no se ha introducido en las legislaciones del mundo de manera integral, si bien se han modificado legislaciones orientadas al concepto que venimos desarrollando, esto es mirar la capacidad jurídica dentro del modelo social en clave de derechos humanos<sup>91</sup>.

Francisco Bariffi señala los distintos métodos de atribución de incapacidad, esto es sustitución o limitación del ejercicio de la capacidad jurídica.

El primero, denominado método de atribución por status, según el cual cuando una persona tiene una discapacidad, el derecho presume la falta de capacidad jurídica, dice el autor que así se ha considerado a ciertas discapacidades como la ceguera, la sordera, la diversidad intelectual y la discapacidad psicosocial, que resultarían ser causales de incapacitación. Es decir, el autor desarrolla el concepto donde la respuesta jurídica ante la discapacidad ha sido la limitación absoluta de la capacidad jurídica de la persona, bajo los institutos de interdicción o incapacidad total, que comprenden, tanto los derechos personales como los de carácter patrimonial.

El segundo método denominado funcional, según el cual la discapacidad es considerada como una condición limitante, pero que no significa la incapacitación, se trata de un supuesto de limitación parcial de la capacidad jurídica a través del test funcional de la persona, es decir, de acuerdo a las posibilidades funcionales la persona tendrá mayor o menor capacidad jurídica.

El tercero, llamado método consecuencialista, según el cual los cuestionamientos de la capacidad jurídica se analizan cuando la persona con discapacidad adopta una decisión que no se considera como socialmente aceptable<sup>92</sup>.

89 La figura de la Sauvegarde de la Justice en Francia, la administración de sostén en Italia, la figura del "hombre bueno" en Suecia son modelos de protección frente a los actos jurídicos, en un caso respecto a la administración del patrimonio y en otro respecto de la validez de los actos jurídicos, así como en Suecia el hombre bueno es un apoyo facilitado por el Estado para que la persona ejerza sus derechos -relacionado con el tema ver :TOBIAS Jose, Interdicción (art.141) y matrimonio, Art. En Revista de Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia, Salud Mental y Derecho de Familia, directorai Cecilia P.Grosman, Edit. Lexis Nexos-Abeledo Perrot, pag 134

90 PALACIOS, Agustina ¿Modelo rehabilitador o modelo social? Las personas con discapacidad en el Derecho español, en Jiménez, E.(ed.), Igualdad, no discriminación y discapacidad, Ediar - Dyckinson, Buenos Aires, 2006.

91 Palacios, Agustina afirma que el concepto de capacidad jurídica es un concepto más amplio que lógicamente presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico). (PALACIOS, Agustina, "Capacidad jurídica en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad", en Consultation on key measures for ratification and implementation of the /CDPD/, 24 de octubre de 2008, Ginebra, Palais des Nations, Room 21, p.6.

92 BARIFFI, Francisco, ver artículo del autor en Obra colectiva, "Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, una revisión desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad" (coordinación Agustina Palacios, Francisco Bariffi), Ed.Ediar, 2012, pág.296.

Lo que hemos afirmado hasta acá supone dos modelos y dos enfoques diametralmente opuestos al concepto de capacidad jurídica, el primero que radica en un sistema tutelar con sustitución a las decisiones de la persona y, por lo tanto, con representación. El segundo (la reforma al Código civil Argentino), incluyendo la toma de decisiones por parte de la persona con apoyos. Luego desarrollaremos el sistema de apoyo que adopta nuestro Código Civil de manera mixta con la representación.

El concepto de capacidad jurídica traído por la Convención contiene la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercer esos derechos o de asumir obligaciones a través del impulso propio de sus decisiones.

Este concepto es el que impone la modificación del modelo de interdicción para adentrarse a un sistema de apoyos con salvaguardias, que implica el reconocimiento de cada sujeto, la individualidad como persona, más allá de una enfermedad mental. Lo cierto es que este paradigma aparece colocando en crisis el modelo actual que aún se mantiene respecto de las personas con discapacidad intelectual o psico-social o sensorial, representado en procesos tutelares de interdicción. Esta interdicción implica la sustitución del sujeto en el ejercicio de su capacidad jurídica, de su capacidad de obrar, por otro, mientras que la Convención promueve y establece el modelo de apoyos para el pleno goce de su capacidad jurídica. (...)

El reconocimiento de la personalidad jurídica significa para el sujeto ubicarse, posicionarse ante la ley. Por ello capacidad jurídica, incluye la capacidad de obrar. Conlleva al concepto de capacidad jurídica universal, el que se debe fortalecer con el diseño de estrategias que posibiliten la manifestación de la personalidad y la capacidad de ejercicio. Es por ello la necesidad de implementación de los apoyos...<sup>93</sup>

La CDPD representa un tratado internacional de Derechos Humanos, que ubica a las personas con discapacidad en un valor de identidad de derechos e igualdad en relación a las demás personas.-La CDPD a través del art. 12 movilizó todos los estándares de calificación de la capacidad jurídica en los procesos de su determinación y esto ha dado lugar a tensiones en los institutos que están instalados en la práctica y que responden al modelo que se sustenta en el criterio médico-jurídico.-

El artículo 12 “con su audaz formulación, obliga a revisar todos los sistemas legales vigentes restrictivos de la capacidad jurídica por razón de discapacidad, y a plantear modelos innovadores, de nueva planta, que orbiten en torno al paradigma de los apoyos<sup>94</sup>”

La unidad de goce y ejercicio de la capacidad jurídica, impacta en la manifestación de la persona como tal, es decir, requiere de un sistema legal que garantice la igualdad en un mismo pie que los demás, pero la realidad se tiñe de situaciones, que es necesario esclarecer en relación a los apoyos y la toma de decisiones de las personas, fundamento del ejercicio de la capacidad jurídica.-

93 . IGLESIAS, María Graciela, "Capacidad jurídica, restricciones a la capacidad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino" en Suplemento especial sobre el derecho de Familia en el Anteproyecto de reforma del Código Civil (Kemelmajer de Carlucci y Herrera, coordinadoras), JA 2012-2,20-6-2012.

94 Pérez Bueno, Luis Cayo art La Capacidad Jurídica y su revisión a la Luz de la Convención.Una visión desde el Movimiento Asociativo Español en CAPACIDAD JURIDICA,DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS, una Revisión desde la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Agustina Palacios, Francisco Bariffi, coordinación, pág.165 Edit. Ediar



## APOYOS: FORMALES E INFORMALES

El apoyo al que hace referencia el art. 12 de la CDPD alude a aquella persona, organismo, allegado, institución que a través de la comprensión y la confianza de la persona, colabora para la toma de decisiones y con la manifestación del ejercicio de la capacidad jurídica.

Pues el art. 12 de la CDPD refiere a ello, a la decisión. El artículo 32 del Anteproyecto de Reforma al Código Civil<sup>95</sup> hace referencia al apoyo establecido judicialmente, por las sentencias que restrinjan el ejercicio de la capacidad jurídica “Para proporcionar el apoyo, a la vez que para determinar el tipo de apoyo que la persona aceptaría o le resultaría útil, siempre debe utilizarse un proceso interactivo. Se debe propiciar una comunicación creativa y accesible, a la vez que los ajustes/modificaciones razonables a los modos habituales de interacción, con el fin de establecer una buena relación de apoyo y funcionar adecuadamente dentro de ella”.

Lo ideal sería que las relaciones de apoyo fueran continuas, y que la gente estableciera tales relaciones de manera anticipada, para un futuro en que pudiera llegar a necesitarlas. Sin embargo, también puede recurrirse a los apoyos para el caso de operaciones o actos jurídicos específicos, a manera de que las personas con discapacidad puedan utilizar los servicios de médicos, abogados, notarios, bancos, etc. de forma ordinaria cuando opten por ser autosuficientes o por no entablar una relación de apoyo continua. Este apoyo, en contextos ordinarios en los que las personas con discapacidad interactúan con las demás personas en pie de igualdad, puede verse como equiparable a las condiciones requeridas de accesibilidad en la comunicación y a los ajustes razonables<sup>96</sup>

La Alianza Internacional de Discapacidad ha señalado al respecto que “las personas con discapacidad que necesitan apoyo para ejercer su capacidad jurídica tienen el derecho a que se les proporcione dicho apoyo”.

“Apoyo” significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona”<sup>97</sup>

En este sentido Rosana Volpe afirma que: Hay personas que tienen dificultades para tomar decisiones o para comunicarlas en las formas usuales. Estos individuos requieren apoyos de diferentes grados o modalidades para ejercer su capacidad legal, algunos requieren intérpretes, otros requieren ayudas tecnológicas, otros son dependientes del desarrollo de redes de apoyo para tomar decisiones auto-determinadas, etc.

Los asistentes de apoyo para la toma de decisiones deben ser salvaguardados para prevenir abusos. La mejor salvaguarda contra el abuso es el ejercicio de la capacidad legal.

95 Argentina

96 IDA INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE Member organizations: Disabled Peoples' International, Inclusion International, International Federation of Hard of Hearing People, Rehabilitation International, World Blind Union, World Federation of the Deaf, World Federation of the DeafBlind, World Network of Users and Survivors of Psychiatry, European Disability Forum, Arab Organization of Disabled People,

97 Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance (IDA) Accesible en [www.internationaldisabilityalliance.org](http://www.internationaldisabilityalliance.org)



El uso de tomas de decisión con apoyo permite que todas las personas sin excepción, sin importar el tipo o grado de su discapacidad, puedan conservar su capacidad legal y su derecho pleno a ejercer esta capacidad. Las personas necesitan conocer sus derechos para asegurarse que los puedan ejercer y también necesitan conocer las salvaguardas contra el abuso.

Una revisión externa puede resolver disputas sobre las obligaciones a cumplir por los asistentes de apoyo para la toma de decisiones, pero no pueden usarse para imponer el apoyo contra la voluntad de las personas. (Luis Miguel del Aguila Umeres)<sup>98</sup>

Tomando lo precedente el apoyo es una decisión que surge de la persona con discapacidad, que exige de relaciones de confianza y vínculos de comprensión, que hacen posible que a través de la confianza, la persona se invista de su propia decisión y pueda entonces tomar decisiones. Creo que es delgada la diferencia si no se toma esto desde el lugar de ser persona y por serlo persona con capacidad

Muchas veces las personas con discapacidad necesitan apoyo, pero no sustitución, y otras nos encontramos con personas que frente a la celebración de un acto jurídico determinado, requiere de un apoyo intenso, el acto a celebrarse, ahí tiene el carácter de sustitutivo.

Lo que a mi entender resulta inconmovible es el concepto de persona, este concepto de que ubica a la persona en un centro de imputación de derechos<sup>99</sup>, lo sella en ser persona con capacidad jurídica.

Hay situación que requieren contar con apoyos formales, que garanticen la celebración de un acto jurídico. En este caso es, donde encontramos la diferencia con la mera asistencia, cuando referimos a un apoyo de carácter informal, amigo, allegado, familiar, un par, ONG, o cual es la diferencia del apoyo que celebra un acto de sustitución de la persona en el acto, por imposibilidad de esta de celebrarlo.

Michel Bach de manera atinada dice que: "Uno de los principales desafíos para una estrategia de reforma legal que reconozca los derechos de capacidad jurídica y de apoyos en la toma de decisiones es cómo responder a la enorme mayoría de decisiones que requieren tomarse a diario en la vida de una persona, decisiones sobre el cuidado personal y las actividades cotidianas de la vida, que pueden incluir decisiones sobre nutrición, higiene personal asistencia para bañarse y asearse si fuera necesario, toma medicaciones regularmente, donde ir un día que hacer o no hacer(...)la autodeterminación y la autonomía a veces son vistas en mayor profundidad a través de las pequeñas decisiones cotidianas..." Bach refiere a la protección de las decisiones informales, implementado en el reino unido e Irlanda, provee protección para la formulación informal de decisiones<sup>100</sup>.

Queda claro entonces, que en la red de apoyos informales, la persona no requiere de jurisdicción

98 Volpe Rosana, trabajadora social del Juzgado de familia n°2 de la ciudad de Mar del Plata, diplomada en salud mental y derechos humanos, experta en generar sistemas de apoyo alrededor de un caso bajo la jurisdicción de un Tribunal o juzgado.

99 Teoría que desarrolla Savigny en el concepto jurídico de persona.

100 Bach Michel art El Derecho a la Capacidad Jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas discapacidad: Conceptos Fundamentales y lineamientos para una Reforma Legislativa en CAPACIDAD JURIDICA ,DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS Agustina Palaciosn,Francisco Bariffi Coordinación Editorial EDIAr, pag.56ysgtes.-

dicción, no se controvierte su autonomía para la vida, los apoyos son parte de la decisión, de la concreción de actos que se realizan dentro de la vida activa de una persona. La complejidad estaría dada por la mayor o menor intervención en la toma de decisión, respeto a la autonomía y autodeterminación de la persona con discapacidad

Los apoyos formales serán lo que intervienen, en aquellos actos que celebre la persona con discapacidad, que comprometen la voluntad negocial, la disposición, el compromiso en el ámbito de los contratos, del dominio, del pago, etc.

## **La complejidad de la instrumentación de los apoyos. Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino**

Uno de los grandes desafíos es que el orden normativo se adecue al art 12 de la Convención y se posibilite la existencia de hecho y de derecho de los apoyos.

En la República Argentina entorpece la implementación de los sistemas de apoyo, el andamiaje de un sistema tutelar que se visibiliza en el modelo de atención sanitaria y jurídico. Sin embargo la implementación de la ley de salud mental 26657, el decreto reglamentario 603/13, el plan Nacional de salud mental, y la CDPD, conforme un aro jurídico donde el sistema manicomial, que justifica el encierro como medio de atención a la discapacidad mental, desaparezca, y se adecue el Plan Médico Obligatorio <sup>101</sup> y los dispositivos alternativos de continuidad de cuidados se instrumente, impactando y sustituyendo el modelo cerrado, que ubica al hospital especializado como centro exclusivo de atención y justificación del internamiento.

La externación y la inclusión comunitaria de las personas que aún se encuentran alojadas en hospitales monovalentes de atención psiquiátrica solo se puede obtener mediante los apoyos que requiere sostenerse en un ámbito de autonomía y libertad, con efectiva participación comunitaria, excluyendo mecanismos de discriminación. Los proveedores de servicios de salud mental, al igual que quienes brindan apoyo entre pares y los miembros de una familia o de la comunidad que buscan apoyar a un individuo frente a circunstancias difíciles, tienen que responder a la persona de manera tal de satisfacer sus necesidades y deseos en aquel momento, y no pueden imponer su propia visión de lo que sería beneficioso en un sentido abstracto o ideal en cuanto al plan de vida de esa persona. Para las personas con discapacidad psicosocial, el principio de respeto de la diversidad (Artículo 3 (d)) implica el respeto por la experiencia y las cosmovisiones de la persona Loca en igualdad de condiciones con los/as demás, y acoger la diversidad en las interacciones relativas a la toma de decisiones. El respeto por la experiencia y las cosmovisiones de la persona Loca cambia la premisa de los servicios de salud mental, los cuales ya no pueden tomar sus propias cosmovisiones en carácter de autoridad incuestionable en lo que respecta a la locura, sino que tienen que entablar conversaciones con aquellos/as a quienes tratan de apoyar en una base de igualdad y reciprocidad. Personas<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Art.37 ley Nacional de Salud Mental 26657

<sup>102</sup> Centro por los Derechos Humanos/as y Sobrevivientes de la Psiquiatría 44 Palmer Pond Rd. Chestertown, NY 12817 EE.UU.crusp.orginfo@chrusp.org

Esta afirmación que compartimos, niega las leyes de salud mental por contravenir la CDPD, sin embargo llama la atención, que se niega la validez de un instrumento de derecho que actué y efectivice la garantía de derechos, esta garantía refiere al quiebre entre defensa y olvido, internamiento forzado y control de legalidad, capacidad jurídica, ejercicio de derechos, que se impone a través de una norma legal que vence el estado anómico de declamaciones e instrumentos, que hasta el momento no ofrecen la oportunidad de cambio, tomando como dato instrumental, las miles de personas que en el tránsito de obtener apoyos y reconocimientos aún se encuentran bajo el sistema de salud con lógicas manicomiales. Lo apoyos en el caso se construyen a partir de conocer la existencia de personas que se encuentran alojadas en hospitales monovalentes donde la permanencia, en muchos casos supera los diez, 20,30 y más años.

Otros documentos internacionales promueven en los países las fortalezas para concretar la manifestación efectiva de la capacidad jurídica y la restitución de derechos dentro del sistema de inclusión comunitaria. En este sentido el documento conjunto de la OMS-OIT-UNESCO fija en sus objetivos principales de la RBC son:

1. Asegurar que las personas con discapacidad puedan desarrollar al máximo sus capacidades físicas y mentales, tener acceso a los servicios y a las oportunidades ordinarios y ser colaboradores activos dentro de la comunidad y de la sociedad en general.

2. Impulsar a las comunidades a promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad mediante transformaciones en la comunidad, como por ejemplo, la eliminación de barreras para la participación.<sup>103</sup> En este sentido el informe del Comité de la Convención para eliminar toda forma de discriminación de las persona con discapacidad consta que se debe: "Solicitar al Secretario General de la OEA disponer, a través de sus instancias jurídicas pertinentes, la revisión del artículo 2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, con el objeto de armonizarlo con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad de las Naciones Unidas, recomendando lo más conveniente, sea su inaplicación práctica, o su derogación Instar a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo".<sup>104</sup>

Por qué las Leyes de Salud Mental contravienen la CDPD - Una aplicación del Artículo 14 con Implicancias para las Obligaciones de los Estados Partes

103 RBC- OIT-Unesco-OMS-2004 Estrategia para la rehabilitación, la igualdad de oportunidades, la reducción de la pobreza y la integración social de las personas con discapacidad Documento de posición conjunta 2004

104 OBSERVACION GENERAL DEL CEDDIS: OEA/ Ser. L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 del 4 de Mayo de 2011

## ALGUNAS PROPUESTAS

El Estado debe realizar los ajustes razonables para que existan programas de autogestión.

Se favorezcan los emprendimientos que incluyan la participación de personas discapacidad mental.

Se formen centros de apoyos para decisiones formales e informales que funcionen de manera accesible en territorio.

Se capaciten profesionales que actúen como apoyos en actos jurídicos formales.

Se creen centros de apoyo sanitarios para la accesibilidad en la toma de decisiones de tratamiento e inclusión comunitaria, tomando el modelo propuesto internacionalmente para efectivizar la atención<sup>105</sup>

Se reglamente los apoyos que trata el proyecto de modificación al código Civil.

Se regulen los apoyos como una construcción de derecho activo, excluyendo la proximidad eventual al asistencialismo o representación por sustitución.

Restitución de derechos de las personas en su capacidad de ciudadano activos en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, tomando lo antecedentes dictados por la Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos.<sup>106</sup>

Se ha propuesto que se efectúen los cambios necesarios para integrar de manera adecuada con:

(1) Adecuación de los Códigos de fondo, principalmente el civil y el penal, con prioridad de la revisión de sus artículos en el marco del art. 12 de la CDPCD y de la Observación general Resolución CEDDIS /RES.1. I-b/11 de fecha 4 de Mayo de 2011.<sup>113</sup>

(2) Adecuación de los Códigos de procedimientos.

(3) Revisión y modificación de las leyes generales, incluidas las de discapacidad, que establezcan que las PCD deban ejercer sus derechos en todos los casos mediante un Representante legal. Establecer legislativamente un régimen de apoyos: Instrumentar desde la ley políticas de apoyo a las personas con discapacidad en el sentido expresado en el artículo 12 de la CDPCD. Adecuación del derecho provincial, incluidas las constituciones provinciales, a las normativas de la CDPCD<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> Apoyo a la Ejecución de las Políticas de Salud Mental en las Américas: Un Enfoque Basado en los Derechos Humanos Hallazgos, tendencias y medidas estratégicas para la acción en salud pública

<sup>106</sup> Corte Europea de Derechos Humanos "Winterwerp c. Países Bajos" (1979); "X c. Reino Unido" (1981), "Luberti c. Italia" (1984), "Hutchinson Reid c. Reino Unido" (2003), "HL. C. Reino Unido" (2004) "Glor c. Suiza" (2009), "Alajos Kiss c. Hungría" (2010) "Bures c. República Checa" (2012) "Sýkora c. República Checa" (2012) "Zsolt Bujdosó and five others vs Hungary" (2011) Corte Interamericana de Derechos Humanos: Ximenes Lopes c. Brasil (2006) Furlan y familiares vs Argentina agosto de 2012, Corte Suprema de la Nación Argentina: T. R. A. s/Internación" (27 de Diciembre de 2005) "R. M. J. s/Insania" 18 de Febrero de 2008 S. Competencia 1195 entre otros

<sup>107</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS TERCERA REUNIÓN EXTRAORDINARIA OEA/ Ser/

Una propuesta de juristas españoles ha marcado que:” El régimen de apoyos que proponemos se configura pues con las notas de:

a) Ser un derecho, que la persona con discapacidad puede exigir de la sociedad en general y del Estado en particular;

b) Ser, por regla general, voluntario, de modo que la persona con discapacidad podrá elegir libremente a la persona que se lo preste, y sólo le podrá ser impuesto como obligatorio y por persona determinada cuando así lo ordene el juez competente y en circunstancias excepcionales, sin que ningún funcionario particular pueda imponerlo de facto, por su personal apreciación;

c) Poder extenderse al ámbito psicológico, a la propia formación de la voluntad. Este es sin duda el punto fundamental de toda la propuesta y el más difícil de “digerir” para un jurista al uso, pero, sin él, es ilusorio pensar en un apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de obrar, por lo que este punto de vista necesitará ser defendido e impuesto, por la fuerza de la ley, a quienes lo contradigan.

d) Complementariamente a lo anterior, el apoyo debe ser suficiente y real; y no lo será cuando la persona con discapacidad, incluso con él, no llegue a alcanzar una comprensión suficiente del acto que realiza; no se puede apoyar ni aceptar una manifestación de voluntad desconectada con la realidad, caprichosa, errática o contradictoria; menos aún, el mero silencio o incluso la ausencia de la persona con discapacidad. (...)En tales casos, la persona con discapacidad no actúa realmente, y los actos que le interesen los realizarán terceros, como veremos, pero no en su nombre ni representación, sino en su interés, en una especie de gestión de negocios ajenos, precedida de la oportuna autorización judicial.

e) El régimen de apoyos voluntarios, o sea, el ordinario, es confiado, parte del derecho que la Convención atribuye a los familiares de la persona con discapacidad de contribuir a que éstas gocen de sus derechos, en este caso, de los jurídico-privados; no se sustenta pues, como excesivamente se ha hecho en la práctica legal y judicial, en la sospecha generalizada, pero sí es vigilante; como ordena expresamente el artículo 12 de la Convención, tratará de impedir los abusos, la influencia indebida, el conflicto de intereses y el expolio de los bienes. Además, proponemos que vaya acompañado de la corresponsabilidad patrimonial de la persona que presta el apoyo.

f) Por último –y en contraposición con la primera nota indicada-, entendemos que, en ciertas circunstancias, debe ser obligatorio.<sup>108</sup>

La primera condición del apoyo es ser una construcción de derecho, que ubique a la persona con discapacidad de pie ante la sociedad y ante el Estado.

---

XXIV.3.3 DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN CEDDIS/DOC.1(III-E/13) DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN octubre 2013 CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CEDDIS) Original: español 21 y 22 de noviembre de 2013 San José, Costa Rica DIAGNÓSTICO REGIONAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD -Relatoría del Sr. Pablo Oscar Rosales, Delegado Titular de Argentina ante el CEDDIS-108 LOS APOYOS A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE OBRAR DE TODAS LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD <http://www.downespaña.es/apoyosalacapacidaddeobrar>

## SALVAGUARDIAS Y AJUSTES RAZONABLES

Por el Art. 2 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad se debe entender por ajustes razonables 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. La CDPD compromete a los estados a realizar los ajustes razonables para asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación: Significa la adopción de las medidas legislativas, administrativas y de toda índole que impliquen una modificación en las practicas actuales ,para que la persona con discapacidad pueda ser protagonista activa de todos los actos de su vida -Ello implica derogar leyes, transformar prácticas, adecuar sistemas y superar complejidades que se pueden presentar como excusa para oponer un límite al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.-

## REFORMA AL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO<sup>109</sup>

### **Artículos que refieren a los apoyos:**

ARTÍCULO 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de TRECE (13) años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de TRECE (13) años de edad se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, el juez puede declarar la incapacidad.

En ambos casos, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones.

Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

ARTÍCULO 38.- Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos.

Si el juez considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, declara los límites o restricciones a la capacidad y señala los actos y funciones que no puede realizar por sí mismo. A fin de que la persona tome su decisión le designará los apoyos necesarios.

Se aplican las reglas de este Código relativas a la tutela, en cuanto sea compatible, incluidas las reglas de la pluralidad.

<sup>109</sup> Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Comisión de Reformas Decreto 191/20

ARTÍCULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y Facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

## Validez de los actos jurídicos<sup>110</sup> que se celebran con apoyos

Es cierto que no se ha regulado en el articulado que efecto jurídico tiene la celebración de un acto con apoyo?. El acto cobra validez jurídica con los apoyos? El primer obstáculo a despejar es si el apoyo integra el acto jurídico y entonces le alcanzan sus efectos? Entiendo que el apoyo no forma parte del acto, Si lo valida. Esto quiere decir haciendo parangón con el actual art. 1277 del C-C. Para el asentimiento conyugal, que las consecuencias del acto, no le serán oponibles al apoyo y que la celebración del mismo sin su intervención deviene en nulidad del mismo u oponibilidad? Podrá también aquí adoptar un criterio en relación al efecto del acto celebrado sin contar con los apoyos debidos, si fuera la teoría de la oponibilidad con un alcance y si el acto es nulo, con otro.<sup>111</sup>

110 1) Son actos voluntarios; 2) son lícitos; 3) tienen por fin inmediato la producción de efectos jurídicos. Para la existencia de un acto jurídico se requieren la voluntad, el consentimiento, el objeto y la forma solemne en los casos que lo exige la ley; pero puede suceder que ese acto existiendo jurídicamente no sea válido por tener un vicio que afecte su viabilidad y en consecuencia estos casos son absoluta o relativamente nulos, estos existen y producen efectos jurídicos mientras su nulidad no sea judicialmente declarada, pudiendo suceder que el acto sobreviva a sus vicios y defectos si no es atacado dentro de los términos de prescripción de las correspondientes acciones de nulidad. Esos requisitos para la validez del acto jurídico son: 1.- La capacidad de los agentes. 2.- La ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo). 3.- La ausencia de lesión enorme. 4.- La licitud del objeto. 5.- La realidad y la licitud de la causa. 6.- La plenitud de las formalidades prescritas en la ley. ver desarrollo del tema en CIFUENTES, Negocio jurídico, Buenos Aires, 1986; ORGAZ, El concepto del acto jurídico en estudios de derecho civil, ps. 127 y s.; íd., El acto o negocio jurídico, en Nuevos Estudios de Derecho Civil, Buenos Aires, 1945, ps. 200 y s.; AGUIAR, H., Hechos y actos jurídicos, Buenos Aires, 1950; 1978... Este análisis se aúna con la teoría de Hart y Dworkin respecto de la validez de la norma, superación del positivismo y el análisis de la controversia entre los autores respecto de las normas de reconocimiento que otorgan validez, en cuanto proporciona criterios de validez jurídica que permiten reconocer todas las normas pertenecientes al ordenamiento, introduce la idea de un sistema jurídico. A juicio de Hart, sería imposible presentar el Derecho como un sistema de normas si careciera de regla de reconocimiento. En tal caso, el Derecho no sería una totalidad ordenada sino un conjunto de normas inconexas cuyo único rasgo común es que se trata de reglas que un grupo particular de seres humanos las acepta. Este sería el caso, a juicio de nuestro autor, del Derecho Internacional o las reglas del contrato social. Ahora bien, desde el momento en que surge una regla básica que contiene y ordena jerárquicamente los criterios (o fuentes del Derecho) que permiten identificar todas y cada una de las normas jurídicas válidas, se cuenta ya con un elemento unificador de aquéllas. Cada una de tales normas dejan de ser elementos aislados y dispersos para constituir, gracias al rasgo común que adquieren por su especial vinculación a la regla de reconocimiento, un sistema, una esfera normativa especial perfectamente delimitada: el orden jurídico. PAPELES DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO "La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart" Rubén García Higuera INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS Universidad Carlos III de Madrid

111 "La teoría de la inoponibilidad se aplica a los terceros relativos, se excluye a los contratantes, pues a ellos siempre los afecta el contrato y a los sucesores a título universal, pues no son más que los representantes de los contratantes y por lo



Entiendo que el contrato celebrado sin apoyo, deviene nulo para las partes y para el apoyo, resulta inoponible.- Deberemos seguir analizando el apoyo como un instituto de derecho. En su naturaleza, contenido, consecuencias y efectos.

Es decir en un régimen de igualdad jurídica, la responsabilidad del acto es de la persona con discapacidad, a través de su propia decisión.

Queda en preguntarse si en los actos sustitutivos, rige la teoría del mandato<sup>112</sup>, para el apoyo, que intervino en el acto por la persona con discapacidad.

La salvaguardia para evitar el abuso de hecho o derecho es siempre, a mi entender la revisión judicial. Debiendo la persona con discapacidad y el apoyo dar cuentas de los actos que se celebran

También es oportuno preguntar cómo se establecen las salvaguardias. El rol de garantía de la Justicia implicará otro modelo de actuación ¿Por ejemplo con las inscripciones registrales, deberán realizarse salvaguardias de la mano de la administración de Justicia?

---

tanto también los obliga el contrato.”

“La inoponibilidad no afecta al contrato en sí mismo. El contrato que va a ser inoponible es perfectamente válido; la inoponibilidad se caracteriza porque los efectos de éste contrato no van a poder oponerse a los terceros relativos.

De lo visto, resulta la diferencia que hay entre la nulidad y la inoponibilidad. Cuando un contrato se declara nulo, se extingue tanto entre las partes como frente a terceros. En la inoponibilidad el contrato se ve privado de sus efectos respecto de terceros, pero el acto subsiste entre las partes.” LLAMBÍAS, J., Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos, L.L., t. 50, p. 876; id., Vigencia de la teoría del acto inexistente, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, julio-septiembre 1948, ps. 631 y s.; CORDEIRO ÁLVAREZ, E., El acto jurídico inexistente, Córdoba, 1943; NIETO BLANC, Inexistencia y nulidad, L.L., t. 94, p. 806./tratado-derecho-civil-parte-general-tomo-ii/tratado-derecho-civil-parte-general-tomo-iiNULIDAD E INOPONIBILIDAD (ver nota 4).— Es necesario distinguir cuidadosamente la nulidad de la inoponibilidad, que hasta la aparición de la obra de JAPIOT estaban confundidas (ver nota 5).

La nulidad implica una invalidez completa del acto, que puede invocarse erga omnes, sin perjuicio de ciertos efectos especiales que la ley suele reconocerle. El acto inoponible, en cambio, es ineficaz respecto de ciertas personas, pero conserva toda su validez entre las partes y con relación a los demás terceros.

En la nulidad, los efectos pueden ser excesivos; en la inoponibilidad se limitan estrictamente al interés amparado por la ley. En la nulidad el vicio es originario; en la inoponibilidad puede ser posterior en uno de sus aspectos; así por ejemplo, en el fraude, si bien el consilium fraudis debe ser originario, basta con que la insolvencia exista en el momento de iniciarse la acción.

Veamos algunos ejemplos de inoponibilidad: 1) Los actos celebrados en fraude de los acreedores son inoponibles a éstos, pero conservan su validez entre las partes y aun respecto de los acreedores cuyo crédito tiene fecha posterior al acto impugnado. 2) La hipoteca no registrada es eficaz entre las partes, pero no puede ser opuesta a terceros, salvo el escribano y testigos intervinientes (art. 3135 Ver Texto, Cód. Civ.). 3) El instrumento privado que carece de fecha cierta, no es oponible a terceros (art. 1034 Ver Texto, Cód. Civ.). 4) Los contradocumentos que dejan sin efecto o modifican actos simulados, no son oponibles a terceros (arts. 960 Ver Texto y 996 Ver Texto, Cód. Civ.). 5) Los actos de disposición cumplidos por el titular de un dominio revocable no pueden oponerse al propietario anterior, una vez resuelto el derecho del primero (arts. 2663 Ver Texto y 2670 Ver Texto, Cód. Civ.). 6) El efecto retroactivo de la confirmación de un acto que adolece de nulidad relativa, no es oponible a los terceros que tuviesen derechos adquiridos con anterioridad a la confirmación LLAMBÍAS, J. J., Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 5.(nota 7) SALVAT, Contratos, ed. La Ley, t. 1, n° 260

112 CLASES DE MANDATO. El mandato se clasifica desde diversos puntos de vista. Las principales clasificaciones del mandato en Derecho Civil son: 1° Por la forma de manifestación de la voluntad del mandante, el mandato puede ser expreso o tácito, como veremos al tratar del consentimiento en el mandate. 2° Por la extensión de los intereses del mandante respecto de los cuales versa, el mandato puede ser generado especial (3° Por la forma de señalar los poderes del mandatario, el mandate puede ser concebido en términos generales o expreso (v “infra”, Objeto del mandato). 4° Por el medio técnico que para su ejecución se confiere al mandatario, el mandato puede ser mandato con representación o mandato sin representación. Por otra parte, el mandate puede ser gratuito o remunerado. Debe rechazarse la clasificación del mandato en legal, judicial o convencional según derive de la ley, del juez o del contrato ya que el mandato, por esencia, es un contrato. Dicha clasificación pues, puede ser válida a título de clasificación de representantes, pero no de mandatario ver María Lilita Morón Kavanagh; <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRIBANOS/ARTICULOS/52896.pdf>; Salas, Trigo Represas. Código Civil Comentado y Anotado. Ed. De Palma, (3 ts.);\* Salvat, Trigo Represas. Código Civil Comentado y Anotado. Ed. De Palma (5 ts). Salvat Raymundo, Derecho Civil Argentino (Obligaciones en general Tomos I, II y III; F

O ajustes? En materia de publicidad de los actos que otorgue seguridad jurídica negocial. Esto es la anotación en los registros respectivos, según se trate de bienes, transmisiones de dominio, Registro de Comercio, Inspección de Personas Jurídicas, Registro del automotor, Marcas, Propiedad Intelectual, etc, por esta razón creemos que la inscripción de la sentencia de determinación de capacidad jurídica que establece, el art 43 del anteproyecto de Reforma al Código civil, considero que no se condice con lo argumentado en estas líneas, pues esa inscripción mantiene el sistema anterior tutelar y afecta el ejercicio de derechos personalísimos.

Considero que debe existir un estudio profundo donde la figura del apoyo roce, todos los institutos del Derecho Privado, pues esto hará a su consolidación jurídica.-

Hemos dicho antes que “La reforma instauro un régimen mixto de protección y autonomía. Dos lógicas filosóficas sostienen uno y otro, dos fundamentos con sustentos diferentes.

Del paradigma de la protección a partir de la enfermedad, al modelo social de consideración a la persona como fin en sí. “Para satisfacer el principio supremo de Justicia, el régimen ha de ser humanista. Esto significa que debe tomar a cada hombre como fin y no como medio.”

La posibilidad está dada, tal como ha quedado la redacción en la prudencia judicial al aplicar en cada caso uno u otro, pues los jueces contarán con el marco teórico para el reparto, todos los principios de intervención interdisciplinarios para establecer en forma excepcional, la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica. Del mismo modo, cabe un proceso que asegure la autonomía de la persona con designación de apoyos...”,<sup>113</sup> Resulta imprescindible fijar la estructura, naturaleza, validez y efecto de los apoyos, como el recurso que nutre y vitaliza la capacidad jurídica de ser OTRO/OTRA, “la otredad es un sentimiento de extrañeza que asalta al hombre tarde o temprano, porque tarde o temprano toma, necesariamente, conciencia de su individualidad.” “En algún momento cae en la cuenta de que vive separado de los demás; de que existe aquél que no es él; de que están los otros y de que hay algo más allá de lo que él percibe o imagina. La otredad es la revelación de la pérdida de la unidad del ser del hombre.”

113 IGLESIAS, María Graciela, “Capacidad jurídica, restricciones a la capacidad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino”ob. cit

# LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU AGGIORNAMIENTO EN LA NORMATIVA INTERNA. LA EXPERIENCIA DE ARGENTINA

Marcelo A. Budich <sup>114</sup>

Todo cambio genera temor, resistencias e incertidumbre. Los seres humanos solemos aferrarnos a la seguridad de lo conocido, a lo que estamos acostumbrados y nos brinda certeza.

Lo antedicho se ve incrementado frente a las transformaciones que se proponen en el ámbito de la administración de justicia de un país. Dichos sistemas, naturalmente estructurados, rígidos, y formales, no suelen ser permeables a las modificaciones, sino más bien todo lo contrario: se rehúsan a cambiar, y buscan mantener el statu-quo por el mayor tiempo posible. Las razones de que esto ocurra son variadas, y exceden el acotado marco del presente trabajo pero, sin lugar a dudas, la oposición de muchos operadores de justicia se relaciona con el esfuerzo extra que implica la aplicación de principios y leyes nuevas, que les son desconocidas. Ante un cambio rotundo, los jueces, funcionarios, y empleados del sistema judicial deben familiarizarse con conceptos nuevos que posteriormente deberán aplicar. Ello explica muchas de las resistencias: los abogados nos sentimos cómodos utilizando las nociones que conocemos, y que hemos utilizados durante años. La pretensión de cambiar un paradigma suele ser combatido (a veces a niveles excesivos e inimaginables).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -en adelante “la CDPD” o “la convención”- viene a romper con un criterio muy arraigado en nuestros sistemas de justicia, el binomio antagónico capacidad-incapacidad.

La capacidad jurídica fue un tema abordado, históricamente, desde el derecho civil (o derecho privado). Su principal objetivo fue brindar certeza a los actos jurídicos celebrados por personas que “carecían de discernimiento”, pudiendo ser declarados nulos si aquellos no eran realizados a través de la figura del representante legal, y así brindar seguridad al tráfico comercial. Bajo la excusa de “cuidar a quien no puede cuidarse por sí mismo” se le negó la capacidad jurídica a muchísimas personas mayores de edad.

<sup>114</sup> Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca). Maestrando en Magistratura (UBA). Ex Defensor Público Coadyuante (Defensoría Gral. de la Nación Argentina). Integrante de la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión Nacional de Salud Mental de Argentina.

Esta mirada exclusivamente “civilista” no prestó atención a los derechos humanos de las personas cuya capacidad jurídica se restringía, sino que solo se concentró en brindar certeza a los terceros con quienes aquellas podían celebrar un acto jurídico.

La declaración de incapacidad tenía como consecuencia la “muerte civil” de la persona, quien, a partir del dictado de la sentencia, se transformaba en una persona con todos sus derechos civiles -incluso muchos de sus derechos personalísimos- restringidos, siendo su personalidad sustituida por un tercero, el curador. Ello generaba, en palabras de la Dra. María Graciela Iglesias, el “destierro social del sujeto”<sup>115</sup>.

Sin embargo, durante los últimos años la cuestión fue abordada ya no únicamente por el derecho civil, sino también por el derecho internacional de los derechos humanos, y desde una lógica totalmente diferente. Así la CDPD nos introduce en el “Modelo Social de la Discapacidad”. Desde este modelo se concibe a la discapacidad como un concepto relativo, que varía según los diferentes contextos históricos y sociales. Desde esta mirada se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas en base a los derechos humanos. En este marco, se proclama la inclusión de la diferencia que implica la diversidad psicosocial como una parte más de la realidad humana<sup>116</sup>.

Los ordenamientos jurídicos de los Estados que ratificaron la CDPD ya no pueden centrar la mirada exclusivamente en la seguridad del tráfico comercial, sino que se encuentran obligados -por estricto imperio convencional- a garantizar los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás (tal como lo establece el art. 12 de la CDPD). Se trata de un verdadero cambio de paradigma.

Recordemos que la convención establece entre sus principios fundamentales: “El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” (art. 3° inc. “a”).

Pero al momento de entrada en vigencia de la CDPD, se dio una situación particular: lo establecido en ella se contraponía directamente a lo prescripto en los códigos civiles -y demás leyes internas- de los países. Esto generó que, de a poco, se comenzara a pensar en reformas legislativas que “aggiornen” las normas locales con lo establecido en la CDPD. Así, a nivel regional, podemos referirnos al decreto legislativo n° 1384 de Perú (que modificó el Código Civil), o a la Ley 1996/2019 de Colombia, recientemente sancionada. En idéntico sentido podemos mencionar la Ley de Salud Mental de Argentina (2010) y las reformas sobre capacidad jurídica introducidas en el Código Civil y Comercial de dicho país (2015).

Si bien sería difícil que hoy, en el año 2019, se cuestione el principio de que las personas con discapacidad deben tener capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, lo cierto es que a la hora de llevar este criterio a la realidad de cada país, la cuestión no resulta tan sencilla: aparecen múltiples dificultades y desafíos, tanto para quienes deben legislar sobre la cuestión, como para quienes posteriormente deberán implementar dichas

<sup>115</sup> Iglesias, María Graciela “Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica” en La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Un llamado a la concientización social -Zito Fontan, Otilia del C. coordinación.-, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014,

<sup>116</sup> Olmo, Juan Pablo, Salud Mental y Discapacidad, Edit. Dunken, Buenos Aires, 2014, pág. 34

reformas.

Además, es importante señalar que todo lo que se legisle respecto de la capacidad jurídica de las personas -o la falta de capacidad- generará consecuencias en la totalidad del ordenamiento jurídico (cuestiones comerciales, societarias, de familia, contractuales, etc.).

Siguiendo esa idea, no resulta razonable pretender que quien celebre un acto jurídico con una persona que cuenta con apoyos jurídicos, no conozca de antemano las consecuencias del acto que celebrará. La clave aquí es encontrar el equilibrio justo en el que se logre que las personas con discapacidad no sean discriminadas ni se afecte su dignidad (y en definitiva, puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás); y que también los terceros puedan tener una razonable certeza respecto de la celebración de actos jurídicos en los que intervengan personas que cuentan con apoyos. Pero más importante aún: los principales beneficiados de contar con reglas claras serán, justamente, las personas que cuentan con apoyos para la realización de actos jurídicos.

Como veremos a continuación, en los primeros intentos de reformas legislativas de la región (principalmente los de Perú, Argentina y Colombia) ello se ha logrado solo parcialmente, aunque sin dudas implica un avance respecto de lo que estipulaban las mencionadas legislaciones con anterioridad.

## **LA EXPERIENCIA DE ARGENTINA. UNA ADECUACIÓN A MITAD DE CAMINO**

En Argentina la CDPD tiene vigencia desde el año 2008, y fue incorporada a la legislación interna mediante la ley 26.378. Posteriormente, fue dotada de jerarquía constitucional a través de la ley 27.044, en el año 2014.

Al comienzo, la CDPD debió convivir con las normas del antiguo Código Civil -por entonces vigente- el cual mantenía el binomio capacidad/incapacidad, y se basaba en el modelo “medico-rehabilitador”<sup>117</sup>. Esto chocaba directamente con el modelo social que traía la convención, y con el sistema de apoyos y salvaguardas, cuyo fin es -entre otras cosas- evitar la sustitución de voluntad en la toma de decisiones. Si bien la CDPD contaba (y cuenta) con mayor jerarquía normativa que el código, lo cierto es que en la faz práctica los jueces solían darle mayor preminencia a lo dispuesto en el Código Civil, por encima de lo normado en la convención.

En el año 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, el cual actualizó y unificó la normativa civil y comercial en un solo texto.

Uno de los objetivos fue la “constitucionalización del derecho privado” ya que en el texto reformado se buscó que los principios constitucionales “empapen” las normas de derecho privado, y de esta forma eliminar la idea de que el derecho público y el derecho privado son dos compartimientos estancos, que nunca se cruzan<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> Para ver los distintos modelos históricos bajo los que se concibió la discapacidad ver Palacios, Agustina “El Modelo Social de la Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Ediciones Cinca, Madrid, 2008

<sup>118</sup> Ver Herrera, Marisa “Principales Cambios en las Relaciones de Familia en el Nuevo Código Civil y Comercial

En lo que aquí interesa, la reforma fue una oportunidad para modificar integralmente el régimen de capacidad jurídica en la República Argentina, adecuándolo a las disposiciones de la CDPD que, como se mencionó, ya se encontraba vigente desde hace muchos años.

Pero lo cierto es que, si bien la reforma incorporó muchos conceptos de la convención, aun existen diferencias muy concretas entre lo estipulado en ella y en el nuevo texto civil y comercial. El motivo principal es que, como se explicó, la convención se basa integralmente en el llamado “Modelo Social de la Discapacidad”, mientras que el Código Civil y Comercial -si bien incorporó algunas nociones de aquel modelo- mantiene resabios del modelo “Medico Rehabilitador” en el que se basaba el Código Civil anterior. En efecto, algunos artículos se mantuvieron prácticamente iguales<sup>119</sup>. Esto generó que en la actualidad coexistan dos lógicas filosóficas distintas en el Código Civil y Comercial vigente en Argentina: por un lado el “Modelo Social” y por otro el “Modelo Medico-Rehabilitador”, en el que se basaba el código anterior. Lo antedicho genera bastantes problemas prácticos e interpretativos para los jueces a la hora de resolver los casos.

Sumado a ello, existen otras diferencias que se perciben al confrontar ambos textos. Por ejemplo, la respuesta que da el Código Civil y Comercial ante casos de personas que no pueden interaccionar con su entorno. La norma interna dispone que ante dichos casos se puede establecer la incapacidad<sup>120</sup> (es el único supuesto en que ello es admitido), lo cual no es admitido bajo ningún supuesto en la CDPD.

Otra diferencia fácilmente apreciable, es que el Código Civil y Comercial admite la posibilidad de que los apoyos cuenten con “funciones de representación”<sup>121</sup>, lo cual no se encuentra previsto en la convención, y su texto pareciera querer evitarlo específicamente<sup>122</sup>.

Sin embargo, es justo mencionar que en la reforma argentina se incorporaron algunos conceptos e institutos que se encuentran en mayor consonancia con lo dispuesto en la CDPD, tales como la participación de la persona en el proceso judicial<sup>123</sup>, la inclusión expresa de los apoyos<sup>124</sup>, la revisión periódica de la sentencia<sup>125</sup>, la obligatoriedad de la realización de evaluaciones interdisciplinarias<sup>126</sup> -a fin de que las sentencias ya no dependan de un diagnóstico medico-, etc.

de la Nación”. 2014. Sistema Argentino de Información Jurídica ([www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar)). <http://www.saij.gov.ar/marisa-hererra-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf140723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod>

119 En particular los arts. 44 a 46, correspondientes al régimen de nulidades

120 Art. 32 último párrafo del Código Civil y Comercial de Argentina

121 Art. 101 del Código Civil y Comercial de Argentina

122 El art. 47 inc. 3 de la ley 1996/2019 de Colombia también autoriza a “las personas de apoyo” a “Representar a la persona en determinado acto jurídico”. Sin embargo seguidamente, en el art. 48, se establece que “La persona de apoyo representará a la persona titular del acto solo en aquellos casos en donde exista un mandato expreso de la persona titular para efectuar uno o varios actos jurídicos en su nombre y representación. En los casos en que no haya este mandato expreso y se hayan adjudicado apoyos por vía judicial, la persona de apoyo deberá solicitar autorización del juez para actuar en representación de la persona titular del acto, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: 1. Que el titular del acto se encuentre absolutamente imposibilitado para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible; y, 2. Que la persona de apoyo demuestre que el acto jurídico a celebrar refleja la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto”

123 Art. 36 del Código Civil y Comercial de Argentina

124 Art. 43 del Código Civil y Comercial de Argentina

125 Art. 40 del Código Civil y Comercial de Argentina

126 Art. 31 inc. c del Código Civil y Comercial de Argentina. Por su parte la ley 1996/2019 de Colombia se refiere a la “Valoración de Apoyos” en el art. 3 inc. 7

## EN EL CAMINO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS “APOYOS”

En Argentina, actualmente los apoyos se encuentran específicamente definidos en el art. 43 del Código Civil y Comercial, el cual establece que:

Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas

La noción de “apoyos” surge del art. 12 inc. 3 de la CDPD, el cual prescribe que: “(...) Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (...)”

Al respecto, debe recordarse que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresó, en la Observación General n° 1, que:

El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. “Apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y officiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse (...)<sup>127</sup>

Asimismo, el comité refirió que:

El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se mencionan, entre los principios generales de la Convención, “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”. En todo momento, incluso en situaciones de crisis,

<sup>127</sup> Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n°1 (2014), considerando 17



deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones<sup>128</sup>

El sistema de apoyos no es taxativo ni cerrado, todo lo contrario, es abierto, y permite que los magistrados puedan ser creativos a la hora de resolver, y lo hagan de acuerdo a las circunstancias personales de los justiciables<sup>129</sup>.

En efecto, el art. 38 del Código Civil y Comercial de Argentina prescribe que el juez:

(...) debe designar una o más personas de apoyo (...) y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación

Los apoyos podrán variar de un caso a otro: se busca evitar que su designación parta de conceptos pre-armados, sino que deberán atender a las efectivas necesidades de acompañamiento que requiere la persona. Es por ello que muchos juristas refirieron que las sentencias de apoyos deben ser “un traje a medida” de las necesidades de la persona. Lo fundamental será que los apoyos actúen siempre respetando la voluntad y preferencias de la persona<sup>130</sup>.

La creatividad, sensibilidad, y comprensión general de la situación vital de la persona por parte del juez jugará un papel fundamental para la correcta aplicación del sistema de apoyos. Las posibilidades son infinitas, y el buen criterio de los magistrados para dar soluciones concretas ante las necesidades de las personas definirá la cantidad de apoyos que se requieren, frente a que actos, y el modo en que debe realizarse el acompañamiento<sup>131</sup>, pero siempre deberá priorizarse la opinión y preferencias de la persona.

Otro aspecto importante respecto de los apoyos y su actuación, es que aquellos pueden ser modificados en cualquier momento, de acuerdo a las preferencias y circunstancias de la persona.

A dicho fines, el Código Civil y Comercial de Argentina establece una etapa de “revisión de sentencia”, lo cual se encuentra dispuesto actualmente en el art. 40 de dicho cuerpo normativo, el cual dispone que:

La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes inter-

128 Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n°1 (2014), considerando 18

129 Siguiendo dicha lógica, el art. 5 inc. 2 de la ley 1996/2019 de Colombia expresa que: “Los apoyos que se presten para tomar decisiones deben corresponder a las circunstancias específicas de cada persona”

130 El art. 5 inc. 4 de la ley 1996/2019 dispone que: “(...) las personas que prestan apoyo deben actuar en congruencia con lo establecido en el numeral 2 del artículo 4° de la presente ley, respetando siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, con independencia de si quien presta apoyo considera que debería actuar de otra manera, respetando también el derecho a tomar riesgos y cometer errores. Así mismo, las personas que prestan el apoyo no podrán influenciar indebidamente la decisión. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación”

131 Nos referimos exclusivamente al juez, dado que en Argentina el Código Civil y Comercial no prescribe la designación notarial de apoyos, tal como si lo hace el código de Perú a partir del decreto legislativo n° 1384 (arts. 45 B 1, 659 D); y la ley 1996/2019 de Colombia (art. 16).



disciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado.

Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.

Su antecedente directo es el art. 12 inc. 4 de la CDPD, el cual establece que los Estados deben garantizar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica:

“(...) 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 (...)”

La revisión de sentencia debe entenderse desde el modelo social que adopta la CDPD, dado que la discapacidad ya no es concebida como algo rígido, ni depende sólo de un diagnóstico médico –como respuesta científica inmodificable– sino que, por el contrario, resulta una construcción formada por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

De ahí que toda designación de apoyos debe ser revisada, dado que el dinamismo mencionado implica que el acompañamiento de terceros prestado en algún momento para llevar adelante un acto jurídico pueda, con el transcurrir del tiempo, dejar de ser necesaria (adquiriendo el sujeto la autonomía necesaria para realizarlo sin acompañamiento) o ser modificado por haber variado las circunstancias personales<sup>132</sup>.

Allí nace el fundamento de la revisión de sentencia, en tanto la realidad del sujeto es dinámica y modificable. El instituto se erige como una prerrogativa reconocida al ser humano e inherente a todo sujeto. En consecuencia, el reconocimiento de los derechos en un pie de igualdad crea como contracara la obligación del Estado de revisar las decisiones adoptadas, pues ningún acto estatal que afecte la vida de las personas puede perdurar eternamente en el tiempo sin ningún control periódico.

El art. 40 del Código Civil y Comercial de Argentina ha establecido el plazo genérico de tres años para la realización de la revisión oficiosa que debe realizar el juez, pero si la misma es solicitada por “el interesado” (la persona con apoyos) puede ser efectuada en cualquier momento<sup>133</sup>.

En Argentina, una vez dictada la sentencia, la misma debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, y recién a partir de dicha inscripción produce efectos contra terceros<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> El art. 5 de la ley 1996/2019 de Colombia también establece que: “Los apoyos utilizados para celebrar un determinado acto jurídico deberán ser instituidos por periodos de tiempo definidos y podrán ser prorrogados dependiendo de las necesidades de la persona titular del mismo. Ningún apoyo podrá establecerse por periodos superiores a los establecidos en la presente ley”

<sup>133</sup> En idéntico sentido, el art. 42 de la ley 1996/2019 de Colombia dispone que la persona titular del acto jurídico puede solicitar, en cualquier momento, la modificación o terminación de los apoyos adjudicados judicialmente

<sup>134</sup> Art. 39 del Código Civil y Comercial de Argentina. Por su parte el art. 51 de la ley 1996/2019 de Colombia establece que: “Para efectos de publicidad a terceros, los actos jurídicos que involucren bienes sujetos a registro deberán contar con una anotación de que el acto en cuestión fue realizado utilizando apoyos, independientemente del mecanismo para la celebración de apoyos que se utilice”

## CONCLUSIONES CON RELACIÓN A LA LEY 1996/2019 DE COLOMBIA

Se ha procurado dar un breve panorama de como ha sido el proceso de implementación de la CDPD -y en particular de los apoyos- en la Republica Argentina, a partir de la ratificación de la convención, y la posterior inclusión de los apoyos en el Código Civil y Comercial. El camino no ha sido fácil, y aun nos enfrentamos diariamente a múltiples desafíos. Sin embargo, en términos legislativos, se han dado pasos importantes.

Con respecto a la ley 1996/2019 de Colombia -de la que se han dado referencias permanentes a lo largo del presente trabajo- es posible afirmar que se trata de una norma de avanzada, que además introduce definiciones precisas y categóricas. Un ejemplo concreto de ello es lo establecido en el art. 53, el cual establece que: “Queda prohibido iniciar procesos de interdicción o inhabilitación, o solicitar la sentencia de interdicción o inhabilitación para dar inicio a cualquier trámite público o privado a partir de la promulgación de la presente ley”.

También me permito destacar lo establecido respecto de la posibilidad de realizar acuerdos de apoyos ante notarios<sup>135</sup> o conciliadores extrajudiciales<sup>136</sup>, y no solo por vía judicial<sup>137</sup>. Otro aspecto importante es que se estableció un proceso verbal<sup>138</sup> (lo cual no ocurre en Argentina) y se estipuló la necesidad de “Emitir sentencia en lectura fácil para la persona con discapacidad inmersa en el proceso, explicando lo resuelto”<sup>139</sup>.

El derecho comparado siempre es una herramienta valiosa, y en los procesos de cambio resulta fundamental conocer lo normado en los ordenamientos jurídicos de los distintos países, a fin de fomentar las modificaciones que resulten necesarias.

Lo cierto es que el camino no se encuentra concluido, sino que recién se están dando los primeros pasos -a nivel regional- en la efectiva implementación de los compromisos internacionales asumidos. Ello interpela a todos los operadores del sistema de administración de justicia a garantizar su efectivo cumplimiento, y de esta forma seguir avanzando en la defensa y promoción de los derechos humanos de todas las personas.

135 Art. 16 de la ley 1996/2019 de Colombia  
136 Art. 17 de la ley 1996/2019 de Colombia  
137 Art. 32 de la ley 1996/2019 de Colombia  
138 Art. 32 párrafo 3° de la ley 1996/2019 de Colombia  
139 Art. 56 inc. 5 “d” de la ley 1996/2019 de Colombia

# EL SISTEMA DE APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES EL RETO ES DE TODOS

Asdown Colombia

Tomar decisiones es tal vez uno de los actos más retadores en la vida. Y aunque demanda información, análisis, imaginación, conocimiento y una alta dosis de riesgo, también es cierto que lo más apreciable de este ejercicio es contar con una persona de apoyo, que le agregue seguridad al paso que vamos a dar.

Éste es el principio que inspira la construcción de un sistema de apoyos para la toma de decisiones de una persona con discapacidad, en especial, cuando se trata de hacer uso de su capacidad jurídica.

Históricamente, se ha construido una muralla de supuestos que eliminaba la posibilidad de decidir a una persona con discapacidad cognitiva o sicosocial, cimentada en temores y buenas intenciones. Pero ahora que se derrumbó este paradigma con la Ley 1996 de 2019, la tarea es estructurar un sistema de apoyos práctico y a la medida de cada persona.

¿Y cómo hacerlo? Lo primero es considerar cinco retos que deben enfrentar la persona con discapacidad, su familia y la red básica de soporte.

## 1. Reconocer a la persona como individuo social

Hoy en día, la visión de la discapacidad evolucionó hacia el enfoque social de derecho, en el que la persona ya no es percibida como un ser prescindible o enfermo, sino como un ciudadano, un sujeto de derechos, con las mismas oportunidades y capacidades para ejercerlos como todos.

## 2. Ubicar a la persona en el centro del proceso

Siempre hay que contar con el consentimiento y participación de la persona para emprender cualquier operación relacionada con su vida; proveerle con suficiencia y claridad la información sobre los procedimientos y propósitos, para asegurar su aprobación. Y lo más importante, permitirle el ejercicio de decidir, de elegir, siempre que tenga oportunidad, sobre todos los aspectos de su día a día.

## 3. Conocer a fondo a la persona con discapacidad

Es imprescindible tener el conocimiento esencial de la persona, el conjunto de datos biográficos que permitan saber quién es, la trayectoria de vida, sus preferencias, metas y deseos.

También, es necesario reunir la información significativa para interactuar con ella, como:

- **La manera como se comunica**, ya sea de manera directa y verbal o a través de mecanismos alternativos para hacerse entender: intérprete, señas, escritura, gráficos, dispositivos electrónicos, etc.
- **La forma como ejerce su autodeterminación** o toma de decisiones, en temas como cuidado personal, salud, estudios, trabajo, vida familiar, manejo de patrimonio, participación en comunidad.
- **La identificación de sus preferencias y metas**, con las cuales se debe alinear cualquier decisión que se relacione con su proyecto de vida.
- **La identificación de las barreras para la toma de decisiones**, que no necesariamente están en la persona con discapacidad, sino que generalmente son factores de su entorno que, por ausencia o por exceso, impiden su participación en la toma de decisiones (sobrepotección, rechazo, incomunicación, disposiciones jurídicas.)
- **La forma como se relaciona con las demás personas**, tanto en su círculo familiar, como en el entorno social próximo, para determinar su red de apoyo.

## 4. Identificar los apoyos disponibles o requeridos

Teniendo en cuenta la necesidad particular para la cual se busca establecer un sistema de apoyos (decisiones sobre su patrimonio, salud sexual, vida independiente, tratamiento médico) se requiere identificar y seleccionar los apoyos con los cuales pueda contar, al momento de tomar esas decisiones.

Estos pueden ser de dos tipos:

- **Personas de apoyo:** equipo humano que brinde acompañamiento o asistencia.
- **Ayudas para la comunicación, comprensión y autodeterminación:** materiales o recursos tecnológicos y didácticos que favorezcan la funcionalidad y participación de la persona.

## 5. Registrar y formalizar la información en un documento de acuerdo

Toda la información reunida mediante los diferentes mecanismos (entrevistas, consulta de documentos, cuestionarios, visitas al domicilio, trabajo de campo en el entorno) se debe registrar ordenadamente en un documento, que particularmente hemos denominado el Perfil personal y de apoyos.

Recomendamos una estructura básica de este instrumento con los siguientes contenidos:

- a. Información personal: nombre, edad, lugar de nacimiento, ocupación.
- b. Comunicación: forma como se expresa y recomendaciones para interactuar con la persona.
- c. Datos biográficos: relación de hitos significativos en la trayectoria de su vida.
- d. Autodeterminación: descripción de la forma como toma decisiones y recomendaciones para facilitar su participación.
- e. Preferencias: enumeración de sus gustos, deseos y aspectos clave de su personalidad, que dé claridad sobre lo que motiva o genere rechazo en las decisiones de la persona.
- f. Metas y aspiraciones: relación de las acciones futuras que marcan desde ya su proyecto de vida y que serían definitivas para orientar las decisiones a tomar (educación, vida independiente, ocupación, vida familiar).
- g. Barreras: identificación de los factores que limitan o impiden la actuación funcional de la persona en la toma de decisiones: actitudes negativas de la gente, subvaloración de sus capacidades, no entender su forma de comunicación, la interdicción, afectación por ruidos intensos o sitios desconocidos.
- h. Mapa de relaciones: descripción de las relaciones interpersonales en el grupo familiar y de entorno próximo, que permita identificar su red de apoyo.
- i. Apoyo para la toma de decisiones: Identificación de las ayudas y apoyos disponibles y requeridos para la necesidad específica que motivó la construcción del sistema de apoyos. Debe tener el detalle de las personas y mecanismos comprometidos en facilitar la actuación de la persona con discapacidad y las acciones que faciliten la toma de decisiones del caso concreto.
- j. Hoja de acuerdo: en donde quede expreso que la persona conoce el propósito del documento y que entiende el proceso en el que participa, con su firma o huella.

Este ejercicio propone que todo el procedimiento sea sencillo, tanto para la persona con discapacidad, como para quienes intervienen en el proceso con el rol de interesados o de garantes.

Es de vital importancia, toda vez que la ley ya entró en vigencia, que se definan estos roles y las responsabilidades en la construcción y aplicación de los sistemas de apoyos; en donde tienen cabida la familia, las organizaciones sociales, notarios y jueces, comisarías de familias, Defensoría del Pueblo, ICBF, Procuraduría, en torno siempre a la persona con discapacidad. El reto es de todos.

## ¿Qué más podemos hacer?

**Capacitar a la sociedad civil y a los operadores de justicia, principalmente,** sobre la dimensión del artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la aplicación de un modelo de toma de decisiones con apoyo, sin sustituir la voluntad de la persona con discapacidad. No es un cambio de nombre (de curador a apoyo). Es un cambio de paradigma: el reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad.

**Pasar de la teoría de la capacidad jurídica, a las acciones concretas** que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Transformar, por ejemplo, el lenguaje (muchas veces discriminatorio) y el estigma de que son menores de edad toda la vida.

**Aplicar los apoyos como un “traje a la medida”,** teniendo en cuenta la necesidad particular de la persona con discapacidad. De hecho, el sistema de apoyos no es un modelo o protocolo para todas las personas. Se debe aplicar sólo si la persona lo requiere, para garantizar su derecho a decidir.

# LA REFORMA DE LA CAPACIDAD DE LA PERSONA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y NOTARIAL EN EL PERÚ

## IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD<sup>140</sup>

Rosalía Mejía Rosasco  
Doctora en Derecho – Notaria de Lima.

### INTRODUCCIÓN

El Decreto Legislativo 1384 publicado con fecha 3 de setiembre del 2018, introdujo profundos cambios en la regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil de Perú y demás disposiciones legales que regulan la capacidad jurídica en especial en los casos referidos a las personas con discapacidad. Derogó diversos artículos del Código Civil y el Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo que regula la función notarial. Modificó disposiciones del Código Civil, Código Procesal Civil y del Notariado. Incorporó nuevas disposiciones en materia de capacidad, manifestación de voluntad, designación de apoyos y cláusulas de salvaguardias, eliminó la curatela para la persona con discapacidad. Incorporó nuevas obligaciones en la actuación notarial a favor de la participación de las personas con discapacidad.

El objetivo principal del Decreto Legislativo 1384 fue adaptar la legislación nacional a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Dispuso un cambio de paradigmas en el enfoque de la capacidad jurídica. Eliminó la diferenciación, anteriormente existente entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Reconoció que la capacidad jurídica es una sola, sin posibilidad de distinción alguna, por cuanto resulta inherente a la naturaleza humana. En consecuencia, todas las personas; incluso a las personas con discapacidad que requieran ajustes o salvaguardas especiales para el ejercicio de su capacidad, tienen el derecho de participar en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida para el desarrollo integral de su personalidad, eliminando las barreras que pudieran existir. Traslada en las autoridades y en cada uno de los ciudadanos e instituciones públicas o privadas, la responsabilidad de eliminar las barreras que permitan el efectivo ejercicio de la capacidad de toda persona mayor de edad.

<sup>140</sup> Este artículo es la versión actualizada luego de la promulgación del D.S. 015-2019-MIMP y del D.S. 016-2019-MIMP.

# 1. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA ANTERIOR A LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1384, DEL 4 DE SEPTIEMBRE DE 2018.

## 1.1 La capacidad en el Código Civil de 1984

El Perú es país miembro de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, sin embargo, el Código Civil de 1984, mantenía vigente las instituciones de la interdicción y la curatela. La capacidad en el Código Civil se regía bajo el binomio capacidad versus incapacidad. El régimen legal para las personas mayores que no tuvieron capacidad plena seguía el modelo médico - rehabilitador. La persona declarada interdicta era sustituida por el curador en derecho a la capacidad de ejercicio. El certificado médico que acreditaba la incapacidad era la prueba suficiente para que el Juez declare a la persona incapaz interdicta y designe un curador. Este era elegido según un orden de prelación de familiares determinados en el Código Civil.

La reforma en materia de capacidad jurídica resultaba un imperativo pendiente del compromiso que tenía el Estado peruano, en su condición de país firmante de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en reiteradas ocasiones había exhortado al Estado Peruano a eliminar la interdicción y la curatela regulada en el Código Civil.

## 1.2 Designación anticipada de curador. Ley 29633

Bajo la vigencia del Código Civil antes detallado, en el mes de diciembre del año 2010 se promulgó la Ley 29633 que facultó a las personas adultas mayores (a partir de los 60 años, según la legislación nacional), a designar su propio curador en forma anticipada en caso de ser declarada interdicta en el futuro. Esta norma introdujo además cambios importantes por cuanto aceptó la autonomía de los otorgantes en designar a cualquier persona, aunque no fuera familiar para ejercer el cargo de curador. Estableció la posibilidad incluso de rechazar la persona que no deseaba fuera nombrado por el Juez como curador. Adicionalmente reconoció la posibilidad del otorgante de establecer las facultades a la persona designada como curador, explicar sus preferencias y deseos para la etapa de su vida en la que se encontrará imposibilitado de manifestar su voluntad.

La formalidad del documento de designación del propio curador era la escritura pública ante notario con la presencia de dos testigos. El notario mandaba inscribir los partes a la Oficina Registral. El Juez ante quien se solicitará la declaración de interdicción y designación de curador, estaba obligado a pedir información previamente a la Oficina Registral. En los casos de existir la designación anticipada de curador efectuado por la persona con anterioridad, el Juez quedaba vinculado a la voluntad contenida en el instrumento público notarial.



A pesar de los beneficios que otorgó la Ley 29633, la norma resultaba incompleta al no haber previsto figura alguna de control, fiscalización o supervisión de la persona designada curador.

### **1.3 Ley General de la Persona con Discapacidad. Ley 29973**

La Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, promulgada con fecha 13 de diciembre del año 2012 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, establecieron el marco legal para la promoción, protección y realización en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica. A pesar de lo dispuesto en los dispositivos legales señalados, el Código Civil de 1984 permanecía vigente con la regulación en materia de capacidad anterior a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Este fue el primer intento de implementar las disposiciones de la CDPD. La Ley 29973 contiene la definición de la persona con discapacidad en concordancia con los términos de la CDPD:

Artículo 2. Definición de persona con discapacidad. La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

La Ley 29973 reconoce expresamente la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, según el detalle siguiente:

- A la igualdad de la capacidad jurídica en las mismas condiciones que las demás personas.
- La interpretación de los derechos de las personas con discapacidad acorde con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y con los demás documentos sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú.
- La participación y la inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- El respeto por la diferencia y la aceptación de la persona con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- La accesibilidad en todos los aspectos de la vida de la persona con discapacidad en la sociedad.
- Los derechos civiles y políticos.
- El derecho a vivir una vida independiente.
- El derecho a la salud, a gozar de prestaciones del seguro, a prestar consentimiento informado.
- A la educación a través de programas inclusivos que eliminen las barreras que impiden el acceso a la educación y formación en todas las edades de la persona con discapacidad.
- El derecho al trabajo.
- A recibir los apoyos y ajustes razonables que faciliten el ejercicio de la capacidad en todas las actividades de la persona con discapacidad.

En materia de incapacidad, la Ley 29973 derogó en forma expresa el inciso 3 del artículo 43° del Código Civil que calificaba como personas con incapacidad absoluta a 3. Los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Así mismo modificó las disposiciones del Código Civil que impedían el otorgamiento de testamento por escritura pública de las personas con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje. Estableció la posibilidad que expresen su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete. Respecto al otorgamiento de testamento por escritura pública de una persona con discapacidad por deficiencia visual, incorporó como requisito adicional a las formalidades del otorgamiento del testamento por escritura pública que el texto del testamento pueda ser leído por la persona con discapacidad utilizando alguna ayuda técnica o podrá leérselo el notario o el testigo testamentario que el testador designe.

En los casos que el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia visual, estableció que el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leérselo el notario o el testigo testamentario que el testador designe.

La Ley 29973 estableció que cuando el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento por escritura pública será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete.

De igual manera modificó las formalidades del testamento cerrado. Incorporó la posibilidad de una persona con discapacidad por deficiencia visual, de otorgar un testamento cerrado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo.

No obstante, el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, la Ley 29973 no derogó expresamente todo el régimen de la capacidad jurídica establecido en el Código Civil de 1984.

Como consecuencia de la promulgación de Ley 29973 antes detallada, en el año 2012 se encontraban vigentes dos normas jurídicas contradictorias que regulaban la capacidad jurídica. De un lado el Código Civil bajo un sistema de capacidad bajo el modelo médico - rehabilitador de la persona con incapacidad, que conservaba el modelo de sustitución a través de la curatela; y, de otro lado la Ley 29973 y su Reglamento que incorporaron el modelo social de inclusión de las personas con discapacidad, y regulaban el sistema de apoyos, salvaguardias, que aseguren el ejercicio efectivo y directo de la persona con discapacidad de acuerdo a su manifestación de voluntad, deseos y anhelos personalísimos.

Ante la evidente confusión que resultaba para los operadores jurídicos y la sociedad en general las normas contradictorias, la propia Ley 29973 creó una Comisión Especial encargada de revisar el Código Civil (CEDIS), en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y formular, en un plazo no mayor a un año, contado a partir de su instalación, un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil y demás normas que

fueren necesarias, a fin de guardar correspondencia con lo establecido en la presente Ley y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Comisión Especial Revisora del Código Civil (CEDIS) fue creada por Ley 30121 del 05 de diciembre de 2013 con el objeto de elaborar la Reforma del Código Civil y otras normas necesarias para adecuarse a lo establecido en la Ley 29973 y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lo que enriqueció el debate fue la participación activa de diferentes entidades del sector público y privado que desde su perspectiva realizaron los aportes necesarios y convenientes. Conformaron la CEDIS representantes del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo (CONADIS), Poder Judicial, Defensoría del Pueblo y RENIEC, Universidades con Facultad de Derecho (PUCP), representantes de sociedad civil (Centro de Promoción de la Salud Mental – ALAMO, Sociedad Peruana de Síndrome de Down – SPSD y Sociedad y Discapacidad – SODIS).

## **1.4 Proyectos de Reforma del Código Civil en materia de Discapacidad**

El trabajo de CEDIS concluyó en un primer anteproyecto de ley presentado al Congreso de la República en marzo del 2015, lamentablemente en el Congreso se encontraban presentes abogados fieles a la vieja escuela de derecho civil que obstaculizaron la aprobación del proyecto, defendiendo la seguridad jurídica que a su parecer significaba mantener instituciones como la interdicción y la curatela en el Código Civil.

Terminada la legislatura en el año 2015, se gestó un nuevo proyecto de modificación del Código Civil y otras normas, en todo lo referido a la capacidad de la persona. Nos referimos al Proyecto de Ley 872/2016-CR del año 2016. La propuesta era la regulación en materia de capacidad de conformidad con el marco establecido en la CDPD y las recomendaciones y exhortaciones del Comité de Seguimiento en los últimos años por mantener el Estado peruano normas anteriores a la Convención que mantenían vigente la interdicción y la curatela, así como normas promulgadas con posterioridad como es el caso del Decreto Legislativo 1310 referido a la Curatela Especial promulgada en el año 2016. Propuso la modificación y/o adecuación de diversos artículos del Código Civil, el Código Procesal Civil, la Ley del Notariado y el Código de Niños y Adolescentes, en lo que respecta al reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

## **1.5 Decreto Legislativo 1310 que estableció el Proceso No Contencioso de Curatela Especial**

El Decreto Legislativo 1310 creó un nuevo proceso no contencioso de competencia notarial y/o judicial, denominado Curatela Especial, previsto para las personas adultas mayores que se encontraran en situación de incapacidad absoluta o relativa, según lo previsto en el inciso 2 del artículo 43° o en el Inciso 3 del Artículo 44 del Código Civil:

### **Artículo 43. Incapacidad Absoluta**

Son absolutamente incapaces

1. (...)
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento;

### **Artículo 43. Incapacidad Relativa**

Son relativamente incapaces

1. (...)
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad.

La peculiaridad de la curatela especial, era que la persona beneficiaria, no era nombrada interdicta como requisito previo o posterior al proceso. El curador era facultado exclusivamente para cobrar la pensión y/o beneficios pensionarios y/o reembolsos que le correspondieran.

El Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo 1310 en uso de facultades especiales para legislar, derivadas del Congreso. Pretendió con esta norma solucionar un problema que atraviesa un sector importante de personas mayores de 60 años que perciben una pensión de jubilación de diversos organismos públicos y/o privados, que es el único medio de subsistencia. Lamentablemente, las entidades que otorgan las pensiones, exigían certificados de salud mental y solicitaban la presencia física de los pensionistas, siendo el caso que muchos de ellos no se encontraban en pleno estado de capacidad física o intelectual suficiente a su criterio, o el de los familiares, jueces o notarios, por lo que no podían cumplir con los requisitos exigidos por las entidades que otorgaban la pensión, que era retenida dejando sin ingresos a los beneficiarios.

La persona a ser designada como curador se encontraba prevista en un orden de prelación que incluía además del cónyuge, conviviente y demás familiares o terceros, señalado expresamente en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo 1310.

#### ***4.3 La curatela especial para personas adultos mayores pensionistas a que se refiere el numeral 4.1 del presente artículo corresponde en el siguiente orden:***

1. Al cónyuge no separado judicial o notarialmente, siempre que cumpla lo establecido en el artículo 289 del Código Civil.
2. Al conviviente, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 del Código Civil (...), siempre que cumpla con lo dispuesto en el artículo 289 del Código Civil.
3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo.
4. A los hermanos.
5. A los Directores de los Centros de Atención Residencial para Personas Adultas Mayores – CARPAM del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

El proceso se tramitaba como no contencioso de competencia notarial. La prueba principal que sustentaba la petición era el certificado médico que expresará que la persona concernida se encontraba en la situación de incapacidad absoluta o relativa antes detallada. El médico estaba obligado a ratificar ante el notario el contenido de la certificación otorgada.

El trámite de Curatela Especial fue objeto de observación del Comité de Seguimiento por cuanto ratificaba la voluntad del legislador en el Perú de continuar con la institución de curatela, que a pesar de sus peculiaridades mantenía el modelo de sustitución de la persona concernida en el cobro de su pensión. Adicionalmente, encontramos que la norma incurría en las siguientes deficiencias:

- I. No contemplaba la obligación del notario de comprobar personalmente que la persona a quien se le iba a nombrar el curador se encontrara sin posibilidad alguna de manifestar su voluntad.
- II. No se tomaba en cuenta las preferencias, trayectoria de vida o deseos expresados por el beneficiario, respecto a la elección de la persona a ser designada como su curador, el cual era elegido sin tomar precaución alguna antes de su nombramiento.
- III. No establecía un verdadero sistema de fiscalización y vigilancia del ejercicio en el cargo del curador especial que era en realidad un apoyo con facultades para gestionar, cobrar, administrar y disponer de la pensión del beneficiario.

## **1.6 Conclusión respecto a la regulación de la capacidad en la legislación anterior a la Reforma.**

Conforme puede advertirse de la breve síntesis de los antecedentes a la modificación del Código Civil en materia de capacidad jurídica a partir de la Convención, existieron diversos intentos a través de normas incompletas o imperfectas por implementar los principios y mandatos que establece la Convención, en todos ellos el notario fue la autoridad elegida por el legislador como operador jurídico para llevar a cabo el otorgamiento de la escritura pública o tramitar el proceso no contencioso para favorecer el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. En ese mismo tiempo, los jueces y fiscales no habían internalizado el control de convencionalidad, seguían aplicando en los procesos civiles y penales bajo los esquemas de capacidad regulados en el Código Civil de 1984. La única sentencia judicial que aplicó control de convencionalidad fue ocasionando no pocos problemas a la actuación notarial. Los familiares que se sintieran afectados por alguna decisión de un miembro de su familia con discapacidad, elegían como principal argumento de la nulidad de la actuación de la persona con discapacidad, la nulidad de la manifestación de la voluntad, por el solo hecho de no existir norma expresa en el Código Civil que faculte la posibilidad de manifestar la voluntad utilizando diversas herramientas como son los apoyos y las cláusulas de salvaguardia.

El Decreto Legislativo 1384 no estableció *vacatio legis*, en consecuencia, su aplicación es inmediata. No obstante, en las Disposiciones Complementarias Finales de la norma ha establecido un plazo de 180 días calendario para que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos reglamente el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias.

Los operadores jurídicos claves en la ejecución de la reforma en el Código Civil en materia

jurídica somos los notarios y jueces que estamos actualmente aplicando las nuevas normas, recibiendo en nuestros despachos el gran reto de efectuar mediante escrituras públicas o sentencias, la designación de apoyos y salvaguardias de personas con discapacidad, así como personas que en forma anticipada prevén su futura discapacidad.

## **2. LA REFORMA DE LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD QUE RECONOCE ESTABLECIDA EN EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1384, DE FECHA 4 DE SETIEMBRE DE 2018, QUE RECONOCE Y REGULA LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN IGUALDAD DE CONDICIONES.**

El Decreto Legislativo 1384 contiene la reforma integral de las disposiciones legales en materia de capacidad en lo que se refiere a la implementación de lo dispuesto en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Establece un cambio de paradigmas para los operadores jurídicos, familiares y cada uno de los ciudadanos que han quedado obligados a reconocer la capacidad jurídica en todas las actividades de la vida de las personas con discapacidad. Regula el derecho de igualdad de la capacidad de ejercicio.

A continuación, señalamos los cambios materia de la reforma de la capacidad jurídica en la legislación peruana:

### **2.1 La igualdad de derechos de las personas con discapacidad**

La nueva legislación modifica la regulación de la capacidad jurídica establecida en el Código Civil. Reconoce la capacidad jurídica de toda persona para el goce y ejercicio de sus derechos. En forma expresa menciona: Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida (Art. 3° del Código Civil).

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Reitera que el requisito de la edad para adquirir la capacidad plena de ejercicio es un derecho que 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. (Art. 42° del Código Civil).

También se ha modificado la adquisición de la capacidad plena en forma anticipada en el caso de los menores que contraigan matrimonio o ejerciten paternidad, mayores de catorce años y menores de dieciocho adquieren excepcionalmente la capacidad plena de ejercicio (Art. 42° del Código Civil).

Ha quedado establecido que la capacidad plena de toda persona abarca todos los aspectos de la vida. En consecuencia, se encuentra facultado para celebrar todo tipo de contratos, otorgar testamento, poderes, autorizaciones, establecer apoyos, celebrar matrimonio, ejercer la

patria potestad, y cualquier otro acto o contrato permitido por la ley.

## 2.2 Apoyos y ajustes razonables

El Decreto Legislativo 1384 detalla con mayor precisión a las normas anteriores, las figuras de los apoyos, ajustes razonables y salvaguardias. Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyos para el ejercicio de su capacidad puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección. (Art. 45° del Código Civil).

**a) Definición de apoyos:** Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien solicita el apoyo. En consecuencia, los apoyos pueden ser designados por cualquier persona mayor de edad con discapacidad o no.

En principio, 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 que lo designe.

Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad pueden contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente a elección del otorgante. (Art. 45°-B del Código Civil).

Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente (Art. 45°-B del Código Civil).

Las personas en estado de coma mantienen el apoyo designado con anterioridad. (Art. 45°-B del Código Civil). Es la primera vez que en la legislación peruana se contempla los derechos de las personas en estado de coma. Se entiende que la persona que se encuentra en tal situación no solo no puede manifestar voluntad, sino que además podría estar vivo solo a condición de la aplicación de medios mecánicos de auxilio que le permitan cumplir con sus funciones vitales, sin conocerse, en la mayoría de los casos si tiene posibilidad de recuperación. La posibilidad de activar la designación anticipada del apoyo que pudiera haber otorgado, permite a cualquier persona regular en forma previa, la forma y circunstancias en que desea ser atendido en caso de encontrarse en estado de coma. De esta manera se cumpliría con su voluntad, exonerando al Juez de la obligación de investigar acerca de sus preferencias y deseos.

La designación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica es de competencia del notario o del juez competente, a elección del otorgante, cuando pueda expresar su voluntad. (Art. 659° - D del Código Civil).

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, tiene derecho a repetir contra él. Las personas en estado de coma no son responsables por las decisiones tomadas por los apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa. (Art. 1976° -A del Código Civil).



**b) Formalidades de la designación de apoyos y cláusulas de salvaguardia**

La persona que designa los apoyos y cláusulas de salvaguardia se encuentra facultado para determinar a su elección la forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas sin fines de lucro que cumplan con determinadas facultades. (Art. 659° - C del Código Civil).

**c) Publicidad de la designación de apoyos y cláusulas de salvaguardia**

Las resoluciones o escrituras públicas que establezcan o modifiquen la designación de apoyos y cláusulas de salvaguardia se inscriben en el Registro de Personas Naturales (Art. 659° - C del Código Civil).

**d) Formalidades Designación judicial excepcional de apoyos**

El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos. (Art. 659° - E del Código Civil).

**e) La elección de la persona o personas de apoyo por el Juez**

El Juez determina el o los apoyos tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidad del apoyo. (Art. 659° - E del Código Civil).

**f) Designación de apoyos a futuro**

La designación de apoyos a futuro está reconocida como un derecho de toda persona mayor de edad que se anticipe a la necesidad de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica la asistencia de apoyos. Reconoce el derecho del otorgante de disponer en qué personas o instituciones (Art. 659° - F del Código Civil).

**g) Los apoyos están exentos de otorgar garantía**

Las personas que realicen el apoyo no tienen la obligación de garantizar su gestión. (Art. 659° - F del Código Civil). Así mismo, la norma no ha previsto el pago de honorarios a las personas que ejerzan la función de apoyos. Entendemos que esta decisión es exclusiva del otorgante.

**h) Definición de salvaguardias**

Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos, así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas (Art. 659° - G del Código Civil).

La persona que designa el apoyo o el juez en los casos que interviene establecen los salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto. Deben indicar además como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos. Cuando es el Juez el que designa los apoyos, la norma lo obliga a establecer salvaguardias. En tal sentido la norma ha previsto lo siguiente:



El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona a quien asiste. (Art. 659 - G del Código Civil).

#### **i) Interpretación de voluntad de la persona asistida**

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. (Art. 659°-B del Código Civil). La interpretación de la voluntad de la persona que no puede manifestarla por sí mismo, obliga al Juez a reconstruir a través de testigos y otras pruebas que pueda obtener, la voluntad presunta del beneficiario a quien le designará apoyos.

### **2.3 Manifestación de voluntad**

El Decreto Legislativo 1384 modifica la redacción original del Código Civil en lo que respecta a la manifestación de voluntad en forma válida jurídicamente. Amplía las formas antes reconocidas de manifestación de la voluntad suficiente para crear efectos jurídicos, en especial en los casos de personas con discapacidad física o intelectual. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, **a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.**

**Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia<sup>141</sup>.**

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario. (Art. 141° del Código Civil).

### **2.4 Testamento por escritura pública**

El reconocimiento de la igualdad de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, incluso en los casos en que puedan requerir apoyos y ajustes razonables para la manifestación de voluntad, ha impulsado algunas reformas en la regulación de los requisitos del testamento por escritura pública contemplados en el artículo 696 del Código Civil que detallamos a continuación:

#### **a) Manifestación de voluntad con apoyos**

La nueva legislación reconoce el derecho de las personas con discapacidad de otorgar testamento por escritura pública, expresando por sí mismo su voluntad o con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos. El otorgante puede dictarle al notario sus disposiciones

<sup>141</sup> El resaltado en negrita es nuestro para ilustrar las novedades en el texto de la norma a partir del Decreto Legislativo 1384.

testamentarias o, entregarlas por escrito su contenido. En consecuencia, la privacidad en el momento de otorgar el testamento por escritura pública una persona con discapacidad, además de los testigos como en cualquier otro caso, incluye la posibilidad de que esté presente el o los apoyos, a solicitud del testador. (Inc. 2, Art. 696 del Código Civil).

**b) Verificación del asentimiento u observaciones del testador en la lectura de sus disposiciones testamentarias**

En el otorgamiento del testamento por escritura pública el notario está obligado a verificar al final de cada cláusula, el asentimiento u observaciones del testador. Esta formalidad se cumplía exclusivamente con la manifestación de voluntad del testador expresada por sí mismo. El Decreto Legislativo 1384 ha incorporado la posibilidad de que la manifestación de voluntad se realice a través de ajustes razonables o apoyos, en caso lo requiera. (Inc. 6, Art. 696 del Código Civil).

**c) Consentimiento previo del Juez cuando el testador incluya al apoyo como**

Una novedad introducida por el Decreto Legislativo 1384 es la exigencia de obtener consentimiento previo del juez en los casos que el testador, persona con discapacidad pretenda otorgar testamento en el que incluya al apoyo como beneficiario. (Inc. 9, Art. 696 del Código Civil).

Es probable que esta exigencia tenga como fundamento evitar la influencia indebida del apoyo respecto del testador en los casos que éste sea la persona asistida por el apoyo. No obstante, lamentamos que en el Reglamento no se haya perfeccionado este requisito especial contemplándose en forma expresa algunas situaciones que en nuestra opinión resultaban necesarias.

El régimen de sucesiones en el Perú se rige por el sistema de los herederos forzosos, que el testador está obligado a respetar, salvo casos excepcionales como son la indignidad y la desheredación. La legislación en materia de sucesiones contempla la posibilidad de otorgar legados a terceros o, a favor de los propios herederos que constituyen liberalidades del testador que son los denominados legatarios. Teniendo en cuenta que las personas designadas como apoyos en la mayoría de los casos pertenecen al entorno más cercano de la persona con discapacidad, en la mayoría de los casos el apoyo será un heredero forzoso o legal de la persona que lo designa. El término beneficiario, al que se refiere la norma, no ha sido definido por disposición legal alguna en materia de sucesiones, que se refiere a herederos forzosos, herederos legales, herederos voluntarios, legatarios, más no estipula la condición de beneficiario, por tanto, surgen algunas dudas con respecto a los casos en que resulta obligatoria la autorización judicial previa a otorgar el testamento.

En los casos que el padre, el hermano o cualquier heredero forzoso ha sido designado apoyo y además es instituido heredero por testamento otorgado por persona con discapacidad, nos formulamos las siguientes preguntas: ¿la sola designación de un heredero forzoso en el testamento, requiere autorización previa del juez? ¿solo resulta exigible la autorización judicial cuando se mejora al heredero, o cuando se le otorga adicionalmente un legado? ¿la autorización judicial previa, solo está referida a los legatarios que no son herederos forzosos o legales?

La respuesta a estas interrogantes y otras más que surgirán en la práctica testamentaria, tendrá que decidirla el juez a través de la jurisprudencia, con la debida interpretación de la norma a los casos concretos que se le presenten.

En nuestra opinión la autorización judicial previa debería solicitarse solo en los casos en que la persona con discapacidad otorga un acto de liberalidad a la persona designada como apoyo. En los casos que en el testamento solo se identifique al heredero, que además es el apoyo designado, no existe acto de beneficio alguno que provenga de la voluntad del testador, es solo el reconocimiento de su condición. El beneficio que le corresponde al heredero lo establece la ley, por tanto, resulta innecesaria la autorización judicial para designar a un heredero, aunque este sea el apoyo. En los casos que el testador otorgue una liberalidad a la persona designada como apoyo, sea este heredero o un tercero, entendemos que sí resulta necesaria la autorización judicial previa.

## **2.5 Modificaciones en el Decreto Legislativo 1049 que regula la función notarial**

El notario cumple un rol importante a través del ejercicio su función como el profesional del derecho que debe prestar asesoría especial a las personas con discapacidad para asegurar el ejercicio de su capacidad jurídica en forma directa o con la asistencia de las personas designadas como apoyo. En forma específica el Decreto Legislativo 1384 ha modificado el Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo que regula la función notarial, estableciendo las siguientes disposiciones que instruyen al notario acerca de la prestación de sus servicios a las personas con discapacidad que solicitan la formalización de actos o contratos.

### **a) Intérprete para personas sordas**

El artículo 30 del Decreto Legislativo 1049 regulaba la obligación del notario de exigir la intervención de intérprete, nombrado por la parte que ignora el idioma, el que hace la traducción simultánea declarando bajo su responsabilidad en el instrumento público la conformidad de la traducción.

El Decreto Legislativo 1384 ha añadido un segundo párrafo al artículo antes referido, para contemplar la intervención del interprete en el caso de las personas con discapacidad auditiva: De igual modo, se debe asegurar la intervención de un intérprete para sordos o un guía interprete en caso de las personas sordociegas, de ser necesario.

### **b) Intervención de apoyos, indicación de ajustes razonables y salvaguardias en las escrituras públicas**

El artículo 30 del Decreto Legislativo 1049 establece los requisitos formales que debe contener la introducción de la escritura pública. Esta norma ha sido modificada incorporándose nuevos incisos que establecen obligaciones especiales que debe cumplir el notario en la redacción de la introducción de las escrituras públicas en las que comparezca una persona con discapacidad que intervenga con apoyos, requiera ajustes razonables y/o salvaguardias.

### **Artículo 54.- Contenido de la introducción**

La introducción expresa:

(...)

2 La indicación de intervenir de una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos.

(...)

3 La indicación de los ajustes razonables y salvaguardias requeridas por una persona con discapacidad.

#### **c) Brindar medidas de accesibilidad necesarias, ajustes razonables y salvaguardias**

En el artículo 16 del Decreto Legislativo 1049 que establece las obligaciones del Notario, el Decreto Legislativo 1384 ha incorporado el inciso q) que establece: Brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera.

## **2.6 Modificaciones en el Código Procesal Civil**

### **a) Reversión de la interdicción**

La interdicción era el proceso judicial al que las personas accedían en forma previa al nombramiento del curador de una persona con discapacidad, que bajo los términos de la legislación anterior era una persona incapaz, o de personas que tenían deterioro mental de nacimiento o adquirido por la edad u otras causas físicas o intelectuales. A la fecha de la promulgación del Decreto Legislativo 1384 en el Perú existía un número mayor a ocho mil personas (8,000) declaradas interdictas, privadas del reconocimiento, del ejercicio de su capacidad jurídica por cuanto el curador ejercía sus funciones bajo el modelo de sustitución de la persona declarada interdicta.

El reconocimiento de la capacidad plena a las personas con discapacidad a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1384, obliga a dejar sin efecto las medidas determinadas que se contradigan con el nuevo concepto de capacidad, la interdicción de una persona con motivo de discapacidad, resulta contraria al nuevo concepto jurídico de capacidad. El Decreto Legislativo 1384 en el inciso a) de la Primera Disposición Complementaria Transitoria establece el derecho de reversión de la interdicción de las personas con discapacidad que hayan sido declarados interdictos por decisión judicial con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1384, transformando su sentencia en una de designación de apoyos y salvaguardias, de ser el caso. La solicitud puede presentarla cualquier persona.

### **b) Adecuación de los procesos en trámite**

El inciso b) de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1384, obliga al Juez a transformar los procesos de interdicción en trámite, convirtiéndolos en apoyo y cláusulas de salvaguardia de acuerdo con las nuevas instituciones y los preceptos vigentes en materia de discapacidad.

**c) Restitución de la Capacidad Jurídica**

La Primera Disposición Complementaria Transitoria dispone la necesidad de que se dicte un Reglamento de Transición con el objeto de restituir la capacidad jurídica a las personas con discapacidad que hubieran sido declarados interdictos.

**d) Transformación de Procesos en Trámite**

**Disposiciones Complementarias Transitorias**

**Primera.- Transición al sistema de apoyos y salvaguardias**

El Juez transforma los siguientes procesos a uno de apoyos y salvaguardias:

a) Aquellos procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme donde se haya nombrado curador para la persona con discapacidad. En estos casos, con la entrada en vigencia de la presente Ley, las personas con discapacidad tienen capacidad de goce y de ejercicio, siendo aplicables las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.

b) Aquellos procesos de interdicción en trámite, iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley. En estos casos, se suspende la tramitación del proceso y se aplican las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establece las reglas y procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos en observancia obligatoria del modelo social de la discapacidad.

**e) Prohibición a las autoridades de solicitar la interdicción previa de las personas con discapacidad para acceder a realizar algún trámite administrativo.**

Era una práctica frecuente que las entidades públicas y privadas exigieran a los familiares de la persona con discapacidad, la declaración de interdicción y designación de un curador antes de celebrar un acto o contrato, en especial, se exigía este requisito en forma previa al otorgamiento de pensiones, indemnizaciones o reconocimiento del ejercicio de derechos por sí mismo de la persona con discapacidad. El Decreto Legislativo elimina el requisito de interdicción como trámite previo para que las personas con discapacidad para acceder a los servicios que prestan las entidades públicas o privadas. Exige en forma expresa a todas las entidades públicas y/o privadas que adecuen sus procedimientos administrativos en un plazo no mayor de 120 días a partir de la publicación de la nueva norma. (Segunda Disposición Complementaria Transitoria).

**Disposiciones Complementarias Transitorias**

**Segunda.- Eliminación del requisito de interdicción**

Todas las entidades públicas y/o privadas adecuan sus procedimientos administrativos, bajo responsabilidad, en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial El Peruano del presente Decreto Legislativo.

**f) Persona con capacidad de ejercicio restringida**

El Decreto Legislativo 1384 establece como principio que la capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley, sin embargo, mantiene las instituciones de curatela e interdicción para el caso de las personas con capacidad restringida señalados en los incisos 4 al 9 del artículo 44° del Código Civil que no son personas con discapacidad. La nueva legislación ha añadido en el inciso 9 referido al caso especial de las personas en estado de coma, situación que antes no había sido contemplada en disposición legal alguna.

Otra novedad en la nueva regulación de las personas con capacidad restringida es la eliminación de las personas con retardo mental, contemplados en el inciso 2 del artículo 44° del Código Civil antes de la reforma. Así como de los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad, se encontraban incluidos en el inciso 3 del Código Civil anterior. En consecuencia, las personas con capacidad restringida son las siguientes:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. (derogado).
3. (derogado).
4. Los pródigos.
5. Los que incurrir en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

**g) Apoyo y salvaguardias para los ebrios habituales y toxicómanos**

La derogación de la interdicción para las personas con discapacidad fue motivo de análisis y discusión previa, entre otros temas, la calificación de ebrios habituales y toxicómanos, respecto a si les correspondía o no ser considerados personas con discapacidad, generó debate, que finalmente fue resuelto considerando que los ebrios habituales y toxicómanos no tienen discapacidad, la situación en la que se encuentra no es ninguna de las previstas en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad al definir la discapacidad, que es el siguiente:

**Artículo 1: Propósito**

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

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

**h) Ebrios habituales y toxicómanos con discapacidad**

Los ebrios habituales y toxicómanos, en ocasiones son también personas con discapacidad. Se presenta la doble condición de persona con capacidad restringida y persona con discapa-

cidad; en estos casos específicos, el legislador ha optado por reconocer que tienen derecho a la designación de apoyos y salvaguardias.

#### **Disposiciones Complementarias Finales**

**Tercera.- Apoyo y salvaguardias para las personas contempladas en los numerales 6 y 7 del artículo 44 del Código Civil.**

Las personas señaladas en los numerales 6 y 7 del artículo 44 del Código Civil que cuentan con certificado de discapacidad pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

### **3. REGLAMENTO QUE REGULA EL OTORGAMIENTO DE AJUSTES RAZONABLES, DESIGNACIÓN DE APOYOS E IMPLEMENTACIÓN DE SALVAGUARDIAS PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, DECRETO SUPREMO Nº 016-2019-MIMP**

Con fecha 23 de agosto de 2019 fue promulgado el Decreto Supremo Nº 016-2019 que contiene el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Si bien es cierto que la publicación ha superado el plazo de ciento ochenta (180) días previsto en el Decreto Legislativo 1384 para su publicación, es preciso reconocer que la demora en su elaboración se justifica por cuanto ha permitido el acceso y la participación de entidades públicas de los diversos sectores del Estado, como del Colegio de Notarios de Lima, organismos e instituciones de la sociedad civil y el público en general, por cuanto el proyecto fue previamente publicado y abierto para sugerencias y comentarios.

El Reglamento contiene seis (6) capítulos, dos (2) Disposiciones Complementarias Finales y dos (2) Disposiciones Complementarias Transitorias.

El Capítulo I del Reglamento denominado Disposiciones Generales, establece en el artículo 1 denominado Objeto, que las disposiciones del Reglamento alcanzan a las personas con discapacidad, a las personas que designan apoyos a futuro, así como también a las personas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44 del Código Civil. Este artículo del Reglamento se encuentra concordado con lo dispuesto en el artículo 45-B del Código Civil en su versión modificada por el Decreto Legislativo 1384.

Una novedad que se advierte de la lectura del artículo 4 del Reglamento es una nueva forma de referirse a toda la población bajo la denominación de personas naturales, las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos. El último de los conceptos es un término novedoso introducido por el Reglamento y utilizado en el desarrollo de su contenido.



Entendemos que en este último concepto de entidades privadas que brindan servicios públicos, nos encontramos incluidos los notarios por ser profesionales del derecho privado que brindamos un servicio público en mérito a la dación de fe que hemos sido investidos por el Estado.

Señalamos a continuación las principales disposiciones que contiene el Reglamento que han precisado las modificaciones en materia de regulación de la capacidad jurídica establecidas en el Decreto Legislativo 1384 que incumben la actuación notarial.

### 3.1 Definiciones

El Reglamento contiene la definición de nueve (9) conceptos jurídicos establecidos en el Decreto Legislativo 1384 que son: Ajustes razonables para la manifestación de voluntad; criterio de la mejor interpretación de la voluntad; esfuerzos reales, considerables y pertinentes; influencia indebida; lenguaje claro y sencillo; medidas de accesibilidad; persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad; persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad; y, persona de confianza. (Artículo 2 del Reglamento).

#### a) **Persona de Confianza**

La intervención de una persona de confianza que asista a la persona con discapacidad no fue contemplada en el Decreto Legislativo 1384, sin embargo ha sido incorporada por el Reglamento.

9. Persona de confianza.- Aquella persona que, sin ser un apoyo designado, pertenece al entorno de la persona con discapacidad y que es libremente elegida por ella para que facilite su comunicación.

La intervención de la persona de confianza tiene por tanto las siguientes características:

- No es un apoyo designado. No existe formalidad previa para que preste la función de asistencia a la persona con discapacidad.
- Tiene que ser una persona del entorno de la persona con discapacidad.

Podría ser un familiar, o quien tenga vínculo de amistad con la persona con discapacidad. No podría ser una persona desconocida de la persona con discapacidad y menos aún imputada por el juez, el notario o cualquier otra persona.

- La elección de la persona de confianza le corresponde exclusivamente a la persona con discapacidad. Puede elegirla para un acto determinado y después de ejecutado, no volver a requerir de su participación o elegir a otra persona, bajo las mismas características.
- La función que cumple la persona de confianza es facilitar la comunicación, en consecuencia, la persona de confianza asiste a la persona con discapacidad en la manifestación de su voluntad, la interpretación de los documentos o los actos en los cuales participa la persona con discapacidad.

**b) Lenguaje claro y sencillo**

El inciso 5 del artículo 2 del Reglamento contiene la definición del Lenguaje claro y sencillo que debe utilizarse en la comunicación con las personas con discapacidad. El Reglamento ha puesto énfasis no solo en el lenguaje verbal, incluye y de manera expresa, la utilización del lenguaje claro y sencillo en los documentos. El objetivo en todos los casos es asegurarse la comprensión de las personas con discapacidad.

En el mismo sentido, el artículo 7 del Reglamento establece la obligación del notario de ... utilizar un lenguaje claro y sencillo en los documentos que emitan vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Los terminos jurídicos y las formalidades exigidas en las normas que regulan los procedimientos y la elaboración de los instrumentos públicos, incluyendo la legislación que regula la función notarial, son terminos tecnicos que no son de uso común o dominio público y por tanto, es común que el público en general no entienda su significado, sin embargo, es preciso que los notarios en todos los documentos que intervenga una persona con discapacidad, incorporar resumen del acto jurídico formalizado por la persona con discapacidad, utilizando un lenguaje claro y sencillo. El contenido de las sentencias la lectura fácil, que ya han sido utilizados por los jueces en las sentencias referidas a derechos de las personas con discapacidad, constituyen una guía de orientación en la redacción del lenguaje claro y sencillo en los instrumentos notariales.

**c) Comunicación e interacción con el entorno**

En la definición de persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad ( Inc.7 del artículo 2 del Reglamento) y la definición de la persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad (Inc.8 del artículo 2 del Reglamento), destaca que los elementos a ser tomados en cuenta para determinar si la persona con discapacidad manifiestan o no voluntad son las siguientes:

- a. Comprobar que la persona con discapacidad establece comunicación e interacción con el entorno.
- b. Comprobar que la persona con discapacidad manifiesta voluntad de manera expresa, que comprende los alcances y efectos que produce la realización del acto jurídico.

Queda por tanto ratificado que la capacidad mental no es lo que determina si una persona manifiesta o no voluntad, así como tampoco existe limitación alguna para que la persona con discapacidad manifieste voluntad con la asistencia de una persona de confianza o la intervención de apoyos y ajustes razonables, en todos los casos los únicos elementos que podrían determinar que no manifiesta voluntad, serían la no comunicación e interacción con el entorno y que no comprende los actos y efectos que produce el acto jurídico que va a realizar a pesar de la participación de los apoyos y de haberse realizado ajustes razonables y esfuerzos considerables.

Estas precisiones son de importancia en el ejercicio de la función notarial, por lo que recomendamos dejar constancia en el instrumento público de las mencionadas circunstancias.

**d) Mandato de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**

El Reglamento establece la obligación de las personas naturales, las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos, de reconocer que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, para el goce y ejercicio de sus derechos, en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si requieren ajustes razonables o apoyos para la realización de actos que produzcan efectos jurídicos. (Artículo 4 del Reglamento).

El artículo 42 del Código Civil, en la nueva redacción establecida con la reforma del Decreto Legislativo 1384, reconoció la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, pese a ser una norma que como todas es de cumplimiento obligatorio, el Reglamento precisa, adicionalmente la obligación del reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad.

### 3.2 Ajustes Razonables

El Capítulo II del Reglamento desarrolla en los artículos del 5 al 8 las obligaciones de las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos de otorgar ajustes razonables a las personas con discapacidad, la obligación de permitir la utilización de tecnologías de apoyo, dispositivos y ayuda compensatoria que faciliten el acceso a la información o la manifestación de la voluntad de las personas con discapacidad, así como la participación de personas de confianza.

**a) Solicitud de ajustes razonables**

De la lectura del artículo 5.2 del Reglamento se infiere que los ajustes razonables no los sugiere la persona que presta el servicio, debe ser solicitado exclusivamente por la persona con discapacidad. Además, establece que la evaluación de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la solicitud del ajuste razonable, lo realiza la entidad que presta el servicio.

5.2 El otorgamiento de ajustes razonables se realiza previa solicitud de la persona con discapacidad o su apoyo y previa verificación de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

**b) Denegación de ajustes razonables**

La posibilidad de denegar el otorgamiento de ajustes razonables por suponer una carga desproporcionada o indebida debe ser justificada por una de las cuatro (4) razones establecidas en el artículo 5.3 del Reglamento que son: No son necesarias para eliminar las barreras para la manifestación de voluntad, siendo necesario, no es idóneo para resolver la necesidad respecto al acto que se pretende realizar, siendo necesario no es idóneo, siendo necesario e idóneo, no es la única alternativa o medio, porque tiene un costo económico que ocasiona una afectación mayor sobre otros derechos.

No obstante haberse previsto las justificaciones para denegar de los ajustes razonables, la norma establece que en estos casos existe la obligación de las entidades de evaluar conjun-

tamente con la persona con discapacidad, otras alternativas, para elegir la más adecuada.

**c) Imposibilidad de otorgar ajustes**

En los casos en que se hayan denegado los ajustes razonables solicitados y se concluya que no existen otras alternativas a implementarse, el artículo 5.4 del Reglamento establece la obligación de las entidades de emitir una comunicación formal, que debe contener como mínimo los requisitos previstos en la norma. Dejamos constancia que el Reglamento no ha señalado a quien o quienes debe remitirse la comunicación formal que ha estipulado, entendemos que será a la persona que solicito los ajustes razonables y que la comunicación deberá realizarse por escrito, de preferencia con cargo.

**d) Emisión y entrega de información en formatos accesibles**

El artículo 6 del Reglamento establece la obligación de las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos de emitir y entregar información en formatos y medios accesibles, los cuales incluyen la lengua de señas, el sistema braille, la comunicación táctil, los macrotipos, la visualización de textos, los dispositivos multimedia, el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos y medios aumentativos o alternativos de la comunicación.

Entendemos que la implementación en todas las entidades públicas y entidades privadas que brindan servicios públicos de cumplir con todos y cada uno de los ajustes razonables descritos en la norma, se irán incorporando con el tiempo y adecuando a la prestación de los servicios de cada entidad.

### **3.3 Designación de apoyos**

El Capítulo III del Reglamento en los artículo del 9 al 20 contiene precisiones generales con respecto a la naturaleza jurídica de los apoyos, su actuación, las facultades de representación, la participación de los apoyos en los actos que produzcan efectos jurídicos, las formalidades de la escritura pública o la sentencia que designa apoyos, la forma de designación de los apoyos, del tipo de persona en la que recae el apoyo, los alcances y/o facultades de la persona designada como apoyo, la duración del cargo, la designación de apoyos y salvaguardias y la designación de apoyos alternativos.

El Decreto Legislativo 1384 modificó el Código Civil incorporando por primera vez la regulación de los apoyos, sin embargo, era preciso establecer los detalles de la designación y desarrollo de las funciones de la persona del apoyo, lo que ha cumplido el Reglamento. Señalamos a continuación las más resaltantes:

La persona designada como apoyo es un facilitador, orientador de la persona con discapacidad a la que asiste, en ningún caso la sustituye. El Reglamento en el artículo 10 ha determinado en forma expresa que la actuación del apoyo se dirige a la comunicación comprensión, realización de actos con efectos jurídicos y manifestación de voluntad de la persona que cuenta con apoyo. (Artículo 10 del Reglamento).

**a) Facultades de representación**

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que lo establezca expresamente en la escritura pública.

La persona designada como apoyo tiene la obligación de actuar respetando los derechos, la voluntad y preferencias de la persona que lo designó como apoyo. Recomendamos que en la escritura pública de designación de apoyos, la persona designada como apoyo acepte expresamente que se compromete a ejercer su función respetando los derechos, la voluntad y preferencias de la persona a quien asiste.

**b) Actuación de los apoyos**

Los apoyos asisten a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad jurídica.

- La designación de apoyos es personal y voluntaria, así como las funciones, oportunidades y plazo en que asiste a la persona con discapacidad.
- Facilitan la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, orientan en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos facilitan la manifestación e interpretación de la voluntad.
- El apoyo nunca sustituye a la persona con discapacidad. (Artículo 10 del Reglamento).

**c) Participación del apoyo**

Una de las mayores dudas en los notarios a partir del Decreto Legislativo 1384 era la participación de la persona designada como apoyo en la formalización de actos jurídicos ante notario. El artículo 12 del Reglamento ha esclarecido que la participación de la persona designada como apoyo en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos es obligatoria solo en los casos en que se haya determinado esto en el documento de designación, es decir en la sentencia o en la escritura pública.

Por tanto, la persona con discapacidad que designa un apoyo, no pierde su autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica para realizar actos que produzcan efectos jurídicos, puede realizarlos sin la participación del apoyo designado. Por excepción, en los casos que expresamente se haya dispuesto lo contrario en el documento de su designación, la persona con discapacidad tendrá que actuar con la participación de la persona designada en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos.

El mismo artículo 12 del Reglamento establece la obligación de dejar constancia de la participación de la persona designada como apoyo durante la realización del acto que produzca efectos jurídicos, únicamente cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad.

En los casos que la formalización de los actos jurídicos sean celebrados por escritura pública, resulta de aplicación el inciso i) del artículo 54 del Decreto Legislativo 1049 que fuera modificado por el Decreto Legislativo 1384 que incorporó el inciso i) al artículo 54 que establece la obligación de indicar la intervención de apoyos en la introducción de la escritura pública. (Artículo 12 del Reglamento).

#### **d) Contenido de la escritura pública o sentencia de designación de apoyos**

El artículo 13 del Reglamento establece el contenido mínimo de la escritura pública o sentencia de designación de apoyo, que son: la obligación de identificar a la persona que recibe el apoyo, a la persona que ha sido designada como apoyo, los alcances y/o facultades, la duración del ejercicio de las funciones, la aceptación de la persona designada y las salvaguardias.

Las novedades en esta regulación son las obligaciones de aceptación de la persona designada como apoyo y la obligación de establecer en todos los casos salvaguardias.

La aceptación de la persona designada como apoyo en la escritura pública, también es un requisito establecido en el artículo 24, inciso f) del Reglamento. Sin embargo, queda pendiente la formalidad de la declaración de la persona designada como apoyo. No se ha precisado en qué momento y bajo qué formalidades tiene que presentarla ante el notario. Una posibilidad es que firme la minuta de designación de apoyo que se presenta la propia persona ante el notario, otra posibilidad es que certifique su firma en la solicitud, y finalmente que la persona designada como apoyo ratifique su aceptación al momento de la firma de la escritura pública. En nuestra opinión, la declaración y firma en la minuta y la ratificación en la escritura pública serán las formalidades de aceptación de la persona designada como apoyo.

El artículo 16 del Reglamento establece la obligación de señalar en la escritura pública o sentencia de designación de apoyo, el domicilio de la persona designada como apoyo. En caso el apoyo designado sea una persona jurídica, debe señalarse razón social y el registro de contribuyente, según corresponda.

#### **e) Persona impedida de ser designada apoyo**

El artículo 15.1 señala las personas que no pueden ser designados como apoyos, estas son las personas condenadas por violencia contra los integrantes del grupo familiar o personas condenadas por violencia sexual. El impedimento de designar a las personas antes detalladas como apoyo, es una medida de protección a la persona con discapacidad, sin embargo han sido emitidas opiniones en contrario a la restricción contemplada en el Reglamento por cuanto el principio que rige en la designación del apoyo es la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad.

#### **f) Apoyo temporal de la persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad**

El artículo 15.3 contempla la posibilidad que el juez, de manera excepcional designe como apoyo temporal de la persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad que se encuentra albergada en un establecimiento de salud como hospitales psiquiátricos, centros de rehabilitación en salud mental, casas u hogares protegidos, centros de acogida residencial, centros de atención básica integral u otras instituciones de similar naturaleza... al Director en ejercicio de funciones del establecimiento donde se encuentra albergada.

Esta es una solución transitoria para los casos en que la persona con discapacidad que no manifiesta voluntad y se encuentre albergada bajo la atención de un Director de un establecimiento especializado de atención, requiera con urgencia la designación de apoyos.

Una regulación similar fue concebida en el Decreto Legislativo 1310 que regulaba la curatela especial para personas adultas mayores para efectos pensionarios y devolución del FONAVI. El inciso 5 del artículo 4.2 contempló por primera vez la posibilidad que se nombren como curadores especiales 5. A los Directores de los Centros de Atención Residencial para Personas Adultas Mayores – CARPAM del sector público, con autorización expresa del Titular del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. El artículo 4 del Decreto Legislativo 1310 fue modificado por el Decreto Legislativo 1417 del mes de setiembre de 2018 que regula la designación de apoyo para la persona adulta mayor que no pueda manifestar voluntad para el cobro de pensiones, devolución de aportes económicos, o subvenciones de programas nacionales de asistencia no contributivos. El inciso g) del artículo 4.3.1 contempla la posibilidad de designar apoyo especial a g) El/La directora/a del Centro de Atención a Personas Adultas Mayores del sector público.

El artículo 4.3.2 de la mencionada norma establece como requisito de prueba para el trámite de la designación de apoyo especial, acreditar que la persona con discapacidad reside en el Centro de Atención donde viene residiendo apoyo, asistencia o se encuentre bajo cuidado del Director del Centro, a quien se pretende designar apoyo especial. Así mismo, precisa que en los casos en que se trata de un Centro de Atención a Personas Adultas Mayores del sector público se debe presentar la autorización expresa a través de Resolución Directoral de la Dirección de Personas Adultas Mayores del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

#### **g) Apoyo para un solo acto**

La determinación del plazo en la designación de apoyos en uno de los requisitos de la escritura pública y de la sentencia. El artículo 18 del Reglamento reitera la obligación de determinar el plazo de actuación del apoyo, pero adicionalmente contempla expresamente la posibilidad de que el apoyo sea designado para asistir a la persona con discapacidad en la realización de un acto determinado.

#### **h) Eficacia de la designación de apoyos**

El artículo 19 del Reglamento estipula que la designación de apoyo ... surte efecto desde la emisión de la escritura pública, expedición de la sentencia consentida o ejecutoriada o resolución consentida o ejecutoriada que concede una medida cautelar.

#### **i) Inscripción registral de la designación de apoyos y salvaguardias**

La designación de apoyos y salvaguardias, la revocación, renuncia, modificación o sustitución, debe inscribirse en el Registro de Personas Naturales.

El apoyo con representación también se inscribe exclusivamente en el Registro de Personas Naturales, nunca en el Registro de Mandatos y Poderes. (Artículo 25 del Reglamento).

### **3.4 Las Salvaguardias**

El artículo 21 del Reglamento desarrolla las salvaguardias establecidas en el artículo 659-G del Código Civil.



### **a) Definición de Salvaguardias**

Son medidas destinadas a asegurar que la persona designada como apoyo actúe conforme al mandato encomendado, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que cuenta con apoyo y asegurando que no exista influencia indebida.

Las salvaguardias no son personas, son medidas que serán ejecutadas para controlar, supervisar los actos en los que participe el apoyo. Las salvaguardias están destinadas a vigilar que el apoyo respete la autonomía de la persona a la que asiste, el desarrollo de su personalidad, velar por los derechos, la prevalencia de la voluntad y las preferencias de la persona a la que asiste. El apoyo está obligado a vigilar que la voluntad de la persona con discapacidad no reciba influencia indebida. Los actos que configuran la influencia indebida se encuentran definidos en el numeral 4 del artículo 2 del Reglamento:

**4. Influencia indebida.**- Situación en que la persona designada como apoyo modifica, conforme a sus intereses, la manifestación de la voluntad de la persona que cuenta con apoyo, aprovechando su posición de poder y ejerciendo presión, amenaza, manipulación o agresión.

### **b) Obligatoriedad de establecer Salvaguardias**

Las escrituras públicas y las sentencias de designación de apoyos tienen la obligación de establecer salvaguardias.

### **c) Determinación de las medidas de Salvaguardias**

Las medidas de salvaguardias las determina la persona que designa el apoyo o el juez, según corresponda. Su determinación es proporcional y de acuerdo a las circunstancias de la necesidad de asistencia de la persona con discapacidad. El plazo para la revisión de los apoyos es la salvaguardia mínima que debe establecerse en la designación de apoyos.

### **d) Ejemplos de salvaguardias**

El artículo 21.3 reconoce que las salvaguardias las determina, a su voluntad la persona que designa al apoyo, o el juez según las circunstancias de la persona a favor de quien designa el apoyo. La norma presenta un listado de medidas de salvaguardia que pueden comprenderse en la designación de apoyos, que son 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.



### 3.5 Designación de apoyo y salvaguardias en vía notarial

El Capítulo V del Reglamento regula el procedimiento de designación de apoyo y salvaguardias en vía notarial, incluso del apoyo a futuro. Complementa lo dispuesto en el artículo 659-D del Código Civil, referido a la competencia del notario en la designación de apoyos y el artículo 659-F del Código Civil que regula la designación de apoyos a futuro.

#### a) Obligaciones del notario

El artículo 23 del Reglamento establece las obligaciones del notario respecto a la atención de las personas con discapacidad con el objeto de romper las barreras que pudieran obstaculizar la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad:

- Otorgar medidas de accesibilidad y ajustes razonables, con el objeto de que pueda manifestar su voluntad durante el trámite de designación de apoyos y salvaguardias.
- Permitir la participación de personas de su confianza para coadyuvar a la manifestación de voluntad.

#### b) Contenido de la escritura pública para la designación de apoyos y salvaguardias

El artículo 24,1 establece el contenido mínimo de la escritura pública de designación de apoyos y salvaguardias:

24.1 La escritura pública de designación de apoyos y salvaguardias debe contener como mínimo:

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

#### c) Inscripción de designación de apoyos y salvaguardias

La designación de apoyos y salvaguardias se inscribe en el Registro Personal, así como también se inscriben en el mencionado registro los actos posteriores de revocación, renuncia, modificación o sustitución. Aún en los casos en que la designación de apoyo sea con representación, solo se inscribe en el Registro de Personas Naturales y no en el Registro de Mandatos y Poderes. El apoyo con representación tiene alcances jurídicos distintos a los del mandatario o apoderado. El apoyo tiene su propia naturaleza. (Artículo 25 del Reglamento).

#### **d) Modificación o sustitución de la Escritura Pública de designación de apoyo y de salvaguardias**

La designación de apoyos y salvaguardias puede ser modificada en cualquier momento por la persona con discapacidad que cuenta con apoyo, bajo el otorgamiento de otra escritura pública.

La modificación o sustitución otorgada ante otro notario debe ser informada al notario que otorgó la escritura de otorgamiento primigenia. La modificación o sustitución es un acto inscribible en el Registro de Personas Naturales.

#### **e) Revocación de la designación de apoyos y salvaguardias.**

La designación de apoyos y establecimiento de salvaguardias puede ser revocada en cualquier momento por la persona que designo el apoyo. La formalidad es la escritura pública.

El notario está obligado a informar la revocatoria al notario que extendió la escritura primigenia.(Artículo 27 del Reglamento).

#### **f) Renuncia del apoyo designado**

La persona designada como apoyo puede renunciar del encargo si notificada su renuncia a la persona que cuenta con apoyo, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazada. (Artículo 28 del Reglamento).

La redacción de la norma en el caso de renuncia del apoyo designado, no es lo suficientemente clara. Entendemos que la renuncia al encargo de apoyo la presenta ante la persona con discapacidad a quien asiste otorgándole un plazo treinta días, más el término de la distancia para que designe a otro apoyo. La norma no determina si el plazo es de días calendarios o útiles, por tanto se tendrá que interpretar que se trata de días calendarios. La formalidad de la carta de comunicación no ha sido establecido, entenderíamos que se trata de una carta notarial para tener la certeza de su diligencia así como la fecha cierta de la entrega.

Otro tema que no se encuentra reglamentado es la formalidad de la comunicación a la oficina registral de la renuncia. En los casos en que dentro del plazo de 30 días se designa otro apoyo, esta nueva escritura pública contemplará la aceptación de la renuncia del apoyo anterior, así como la designación de un nuevo que lo sustituya. Sin embargo, en el caso de que transcurrido el plazo señalado no exista la designación de un nuevo apoyo, la renuncia se hará efectiva, pero cómo y quien notifica al registro público que la persona designada como apoyo ya no ejerce su función. A nuestro entender la oficina registral tendría que aceptar la solicitud de la persona que cumplía el cargo de apoyo de inscribirse que ha cesado en el ejercicio del cargo, para lo cual tendría que adjuntar una copia de la renuncia comunicada a la persona con discapacidad que asistía.

#### **g) Apoyos a futuro**

- Toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro por encontrarse en una situación de discapacidad o estado de coma, a efecto que faciliten la realización de actos que produzcan efecto jurídico.

(Artículo 29 del Reglamento)

#### **h) Contenido de la designación de apoyo a futuro**

Además de los requisitos señalados para la designación de apoyos, en la designación de apoyo y salvaguardias a futuro debe señalarse:

Las circunstancias en la cual el apoyo a futuro asumirá el ejercicio de sus funciones, vinculada con la situación de discapacidad o estado de coma de la persona que designa el apoyo. (Art. 30.1 inciso f) del Reglamento).

#### **i) Eficacia de la designación de apoyos a futuro**

La persona designada como apoyo a futuro está obligada a otorgar una escritura pública en la que formalice el inicio del ejercicio de las funciones que le fueron encomendadas en la designación como apoyo, por haber ocurrido la condición o las circunstancias previstas por el otorgante. La persona designada como apoyo a futuro está obligado a presentar los documentos que acrediten el cumplimiento de la condición o circunstancias previstas para el inicio del ejercicio de su cargo.

#### **j) Modificación o sustitución de escritura pública de designación de apoyo a futuro**

La designación de apoyos y salvaguardias a futuro puede ser modificada en cualquier momento por la persona con discapacidad que cuenta con apoyo, bajo el otorgamiento de otra escritura pública. La modificación o sustitución otorgada ante otro notario debe ser informada al que otorgó la escritura de otorgamiento primigenia. La modificación o sustitución es un acto inscribible. (Artículo 31 del Reglamento).

#### **k) Revocación de la designación de apoyos y salvaguardias a futuro**

La revocación de la designación de apoyos y salvaguardias a futuro puede realizarse en cualquier momento por escritura pública. El notario debe comunicar al notario que otorgó la designación primigenia. El Reglamento no establece la obligación de comunicar a la persona designada anteriormente como apoyo. La revocatoria es un acto inscribible. (Artículo 32 del Reglamento).

#### **l) Renuncia de la persona designada como apoyo a futuro**

La persona designada como apoyo a futuro esta facultada a renunciar el encargo. Tiene la obligación de comunicar la renuncia a la persona que la designó. En el caso de la renuncia del apoyo designado a futuro, el Reglamento no ha consignado las formalidades de la comunicación a la persona que lo designó.

Reiteramos nuestra interpretación señalada en el comentario del inciso e), de este título, respecto a las formalidades recomendadas para la eficacia e inscripción de la renuncia. Dejamos constancia que en el caso de la renuncia de la persona designada como apoyo a futuro el Reglamento no ha establecido plazo de espera al nombramiento de un nuevo apoyo a futuro antes de que surta efectos la renuncia. (Artículo 33 del Reglamento).

### 3.6 Obligaciones del notario respecto a las personas que designaron curadores anticipados con anterioridad al Reglamento

Los notarios están obligados a comunicar a las personas que hayan designado anticipadamente a sus curadores respecto de la eliminación de la interdicción por motivos de discapacidad. Los otorgantes, que estimen conveniente, pueden tramitar su designación de apoyos y salvaguardias, en un plazo de 180 días calendario, contados a partir del día siguiente de la entrada en vigencia del Reglamento. (Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento).

### 3.7 Obligaciones del notario respecto a las personas que designaron apoyos con anterioridad al Reglamento

Los notarios están obligados a verificar si las designaciones de apoyos y salvaguardias efectuadas a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1384, cumplen con las disposiciones del Reglamento. Caso contrario, deben comunicarlo a la persona titular del apoyo para que tramite la modificación correspondiente. (Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento).

## 4. DECRETO LEGISLATIVO 1417 QUE PROMUEVE LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Con fecha 12 de setiembre de 2018 se promulgó el Decreto Legislativo 1417 que contiene diversas modificaciones a la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N° 29973, así como modificaciones a la Ley 30119, Ley que concede el Derecho de Licencia al Trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad. Adicionalmente, modifica el Proceso No Contencioso de Designación de Curatela Especial que había sido regulado por el Decreto Legislativo N° 1310 de fecha 29 de diciembre de 2016, cuando se encontraba aún vigente el Código Civil anterior a la reforma implementada por el Decreto Legislativo 1384 en el mes de setiembre del año 2018.

El Artículo 4 de Decreto Legislativo N° 1310 creó el proceso no contencioso de Curatela Especial de competencia notarial destinado a favorecer el cobro de la pensión a las personas adultas mayores definidas en el artículo 2 de la Ley 30490, Ley de la persona adulta mayor que tenga la calidad de pensionistas o que sean beneficiarios de Ley N° 29625, Ley De Devolución De Dinero Del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo.

La mencionada norma exigía además que las personas a ser favorecidas con la designación de curador especial cumplan la condición establecida en el inciso 2 del Artículo 43 o en el inciso 3 del Artículo 44 del Código Civil. Los dispositivos legales mencionados, eran las nor-

mas que regulaban la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa en el entonces vigente Código Civil:

**Artículo 43: Incapacidad Absoluta.**

2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

**Artículo 44: Incapacidad relativa.**

3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

El objeto de la norma era designar mediante un proceso no contencioso tramitado por el notario, mediante el cual se designaba a un curador especial que tenía como única obligación efectuar el cobro de la pensión, beneficios derivados de ésta o devolución de aportes económicos, debiendo rendir cuentas de los gastos efectuados conforme a las disposiciones establecidas mediante Decreto Supremo por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Uno de los requisitos de la solicitud para iniciar el trámite de curatela especial era b) Certificación médica señalando expresamente que la persona adulta mayor cumple con la condición establecida en el inciso 2 del Artículo 43 o en el inciso 3 del Artículo 44 del Código Civil, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada ante el Notario Público.

En consecuencia, el sustento del trámite de la curatela especial era que la persona adulta mayor esté incurso en alguna de las situaciones previstas en el entonces vigente Código Civil que establecían las causales de la incapacidad absoluta (inciso 2 del Artículo 43) o la incapacidad relativa (Inciso 3 del Artículo 44).

Los dos artículos de Código Civil, que regulaban la incapacidad antes mencionados, que eran el presupuesto de la curatela especial; fueron derogados por el Decreto Legislativo N° 1384, que se encontraba vigente en la fecha de promulgación del Decreto Legislativo N° 1417.

En opinión de algunos doctrinarios, el Decreto Legislativo N° 1310 habría sido derogado tácitamente con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1384, en consecuencia, la promulgación del Decreto Legislativo N° 1417, que modifica el Decreto Legislativo N° 1310, estaría modificando una norma derogada. No obstante, nos adelantamos en señalar que el legislador no comparte esta opinión, es decir no considera derogado el Artículo 4 del Decreto Legislativo 1310 que reguló la curatela especial, e incluso ha publicado recientemente el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1417. Por tanto, el Decreto Legislativo consideramos es una norma vigente, que resulta de aplicación mientras no sea derogada o se declare su inconstitucionalidad.

Señalamos a continuación las principales disposiciones del Decreto Legislativo N° 1417 que han modificado lo dispuesto en el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1310 en lo que se refiere a la designación de apoyos para las personas adultas mayores para el cobro de pensiones, devolución de aportes económicos o subvenciones de programas nacionales de asistencia no contributivos.

En los considerandos del Decreto Legislativo N° 1417, se dispone literalmente lo siguiente: Que, resulta necesario regular la figura del apoyo para las personas adultas mayores con discapacidad **que no pueden manifestar su voluntad**<sup>142</sup> a efectos de facilitar el cobro de sus pensiones, devolución de aportes económicos o subvenciones de programas nacionales de asistencia no contributivo, preservando el respeto de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad y no discriminación.

#### **a) Procedencia del Proceso No Contencioso de Designación Notarial de Apoyo Especial**

Procede la designación de apoyos para las personas adultas mayores para el cobro de pensiones, devolución de aportes económicos o subvención de programas nacionales de asistencia no contributivos en los casos que la persona adulta mayor no pueda manifestar voluntad. (Artículo 4.1 y 4.3 del Decreto Legislativo N° 1417.)

Para el caso de las personas adultas mayores con discapacidad que pueden manifestar su voluntad, el trámite para la designación de apoyos se realiza conforme a las disposiciones previstas en el Código Civil y en el Código Procesal Civil.

De la lectura de las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1417 antes señaladas, concluimos que el legislador al promulgar esta norma tenía por objeto la designación de apoyos solo para el caso de la persona que no pudiera manifestar voluntad. Entendemos que lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 4.1 que hemos transcrito, remitía a las personas que manifiestan voluntad al trámite regular establecido en el decreto Legislativo N° 1384 para la designación de apoyos en vía notarial o judicial, conforme al nuevo texto del Código Civil y el Código Procesal Civil.

#### **b) Persona adulta mayor que no puede manifestar su voluntad**

El artículo 4.3.1 del Decreto Legislativo N° 1417 describe la situación en la que se encuentra la persona adulta mayor que no puede manifestar su voluntad, que es el beneficiario en el trámite del proceso no contencioso de designación de apoyo para los fines antes mencionados:

... no pueda manifestar su voluntad, aún después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes, y prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables.

Las facultades del apoyo designado en este proceso se encuentran delimitadas por el artículo 4.2 del Decreto Legislativo 1417:

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

<sup>142</sup> El resaltado es nuestro para mayor ilustración por su relevancia cuando analicemos las disposiciones del Reglamento de esta norma en el Decreto Supremo 015-2019-MIMP

### **c) Elección de la persona a ser designada como apoyo**

La solicitud de designación de apoyo se realiza en vía notarial de acuerdo al orden establecido en el artículo 4.3.1 del Decreto Legislativo 1417:

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

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

### **d) Trámite del proceso no contencioso de designación de apoyo**

El tercero presenta una solicitud que debe contener los datos y documentos que acrediten la identidad del beneficiario, la identificación de la persona a ser designada apoyo, así como los documentos que acrediten la vinculación suficiente para ser designado apoyo; el certificado médico emitido por un neurólogo o psiquiatra que acredite la imposibilidad de manifestar la voluntad de la persona adulta mayor, la declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a la persona adulta mayor y den fe de la imposibilidad que tiene de manifestar su voluntad.

Adicionalmente con el objeto de acreditar la calidad moral de la persona a ser designada apoyo, la norma exige una declaración jurada de la persona que va a ser designada como apoyo de no tener antecedentes penales, policiales y judiciales, así como una declaración jurada de no ser deudor alimentario.

Presentada la solicitud con todos los requisitos, el notario dispone la publicación en el diario de un extracto de su contenido, luego de lo cual espera un plazo de 15 días hábiles desde la publicación del aviso. De no formularse oposición al trámite, extiende la escritura pública en la que nombra al apoyo, señalando sus facultades y obligaciones.

Concluido el proceso no contencioso, el notario cursa los partes para su inscripción en el Registro Personal de los Registros Públicos.

### **e) Controversia respecto a la designación**

En caso de controversia respecto de la designación, asume competencia el Juez del Juzgado de Paz Letrado, que por la vía del proceso no contencioso es el encargado de designar “el apoyo realizando la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona adulta mayor, considerando su interés superior. Para ello, evalúa los documentos...y, de considerarlo necesario, otros que requiera para su mejor decisión”(Artículo 4.4 del Decreto Legislativo N° 1417)



#### **f) Salvaguardias**

El artículo 4.5 del Decreto Legislativo N° 1417 define las salvaguardias como mecanismos que garantizan el respeto de la voluntad y preferencias de la persona adulta mayor para asegurar el cobro y uso adecuado en su beneficio

La norma establece que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables propondrá el procedimiento para la ejecución de las salvaguardias. Para tal efecto, se contará con el refrendo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

Asimismo, dispone que el Centro Integral de Atención al Adulto Mayor de la Municipalidad distrital, o quien haga sus veces, implementa las salvaguardias que comprenden la rendición de cuentas y supervisión periódica. Señala la obligación de el/la directora/a del Centro Integral de Atención al Adulto Mayor de la Municipalidad distrital o quien haga sus veces, de realizar las siguientes acciones en los casos que conozca la comisión de presuntas irregularidades en el desempeño de los apoyos:

- a) Informar a las entidades que otorgan las pensiones, devolución de aportes económicos o subvenciones económicas de carácter no contributivo, para que evalúen la suspensión del cobro, conforme a sus procedimientos establecidos.
- b) Informar a las instancias señaladas en la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, para el inicio de las acciones judiciales correspondientes, y al Ministerio Público cuando el presunto maltrato o agresión es atribuido a el/la Director/a del Centro de Atención a Personas Adultas Mayores, a la persona que preste asistencia o a quien la tenga bajo su cuidado.
- c) Solicitar al Juez de Paz Letrado competente la designación de un nuevo apoyo, considerando lo establecido en los numerales 4.3 y 4.4 del artículo 4 del presente Decreto Legislativo.

## **5. REGLAMENTO QUE REGULA LAS SALVAGUARDIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1310 Y EL PROCEDIMIENTO PARA SU EJECUCIÓN. DECRETO SUPREMO 015-2019-MIMP**

El Decrero Supremo 015-2019-MIMP que contiene el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1310, en su texto modificado por el Decreto Legislativo N° 1417, señala en el segundo párrafo de los considerandos:

Que, los numerales 4.1, 4.2, 4.3 y 4.4. del Decreto Legislativo N° 1310 modificado por el Decreto Legislativo N° 1417, regulan la designación de apoyos para la persona adulta mayor con el objeto de facilitar el cobro de la pensión o los beneficios derivados de estas.... ; así como el procedimiento para su designación en los casos de personas adultas mayores que,



por su condición de discapacidad, **pueden o no manifestar su voluntad**<sup>143</sup>;

En nuestra opinión, incurre en error el Reglamento, al considerar que el Decreto Legislativo N° 1310 en su versión original, o, a partir de la modificación del Decreto Legislativo N° 1417 estuvo referido a las personas con discapacidad que pueden manifestar voluntad.

El segundo párrafo del artículo 4.1 expresamente señala que las personas adultas mayores con discapacidad que pueden manifestar voluntad, designan apoyos de acuerdo con las disposiciones previstas en el Código Civil y en el Código Procesal Civil. Adicionalmente, el artículo 4.3.1 del Decreto Legislativo N° 1310, en su redacción a partir de la modificación del Decreto Legislativo N° 1417 define la persona adulta mayor que no puede manifestar voluntad, además de señalar en el orden de prelación de la persona a ser designada como apoyo en este proceso no contencioso:

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

No obstante los argumentos anteriormente señalados, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1310 regulado en el Decreto Supremo 015-2019-MIMP se encuentra vigente hasta que ocurra su derogatoria.

El objeto del Reglamento es establecer el procedimiento de ejecución de las salvaguardias que deben cumplir los centros integrales de atención del adulto mayor en las municipalidades distritales - CIAM distritales.

Respecto a la actuación notarial, el Reglamento contiene tres disposiciones relacionadas con la competencia del notario en el proceso no contencioso regulado en el Decreto Legislativo N° 1310 de Designación de Apoyo para las personas adultas mayores para el cobro de pensiones, subvenciones o devolución de aportes.

**a) Verificación notarial que la persona con discapacidad que solicita apoyo no manifiesta voluntad.**

En los casos en que el notario durante la realización del trámite de designación de apoyo para el cobro de pensiones, subvenciones o devolución de aportes, verifique que la persona adulta mayor no puede manifestar su voluntad y no cuenta con un certificado médico que acredite dicho estado, ni con la declaración de dos (02) testigos, el notario está obligado a

<sup>143</sup> El resaltado es nuestro para mayor ilustración por su relevancia cuando analicemos su vinculación con el Decreto Legislativo N° 1417.

orientar a los comparecientes con respecto al trámite que corresponde en estos casos para la designación de apoyo para la persona adulta mayor que no puede manifestar voluntad, regulado en el artículo 4.2 del Decreto Legislativo N° 1310. (Artículo 5.1 del Reglamento)

**b) Verificación notarial que la persona con discapacidad que solicita apoyo sí manifiesta voluntad.**

En los casos en que el notario durante la realización del trámite de designación de apoyo para el cobro de pensiones, subvenciones o devolución de aportes, verifique que la persona adulta mayor comprende el acto y sus consecuencias pero cuenta con certificado médico que declara la imposibilidad de manifestar voluntad, así como también ha obtenido la declaración de dos testigos en el mismo sentido, a pesar de la prueba actuada, el notario está obligado a denegar la solicitud del tercero que fue iniciada bajo el supuesto de que la persona adulta mayor con discapacidad no manifestaba voluntad. En este caso, el notario está obligado a informar a la persona adulta mayor sobre el trámite de designación de apoyo en vía notarial o judicial conforme al Código Civil. (Artículo 5.2 del Reglamento).

**c) Remisión de información de apoyos designados al CIAM**

Los notarios y los Juzgados que tramiten la designación de apoyos, para el cobro de pensiones, subvenciones o devolución de aportes, están obligados a remitir al CIAM del distrito de residencia de la persona adulta mayor dentro del plazo de cinco (05) días calendario de producida la designación.

La norma ha dispuesto que la mencionada comunicación se efectúa vía correo electrónico, salvo aquellos lugares que no cuenten con cobertura de internet, en cuyo caso la información será remitida mediante comunicación escrita. (Artículo 11 del Reglamento).

En nuestra opinión, el Decreto Supremo 015-2019-MIMP establece las salvaguardias que resultan de aplicación en todos los casos que se designe apoyos con facultades para el cobro de pensiones, subvenciones o devolución de aportes; independientemente de que el apoyo designado se otorgue a favor de una persona que haya manifestado voluntad en la designación o en los casos que haya seguido el proceso previsto para la designación de apoyos cuando la persona a ser favorecida no manifiesta voluntad.

En la experiencia obtenida durante la vigencia de la institución de la curatela, se pudo verificar que la mayoría de los casos la persona era interdictada con el objeto de que pudiera cobrar una pensión la persona designada como curador. Se tuvo conocimiento de varios casos de abusos de parte de los curadores que cobraron las pensiones de las personas designadas interdictas y no utilizaron ese dinero en provecho de la persona a favor de quien se había otorgado la pensión, que por haber sido declarada interdicta, se encontraba imposibilitada de presentar por sí misma un reclamo o denuncia.

Entendemos el esfuerzo que ha realizado el legislador con la promulgación de este proceso de vigilancia y control que ha facultado al CIAM al haberle otorgado las facultades necesarias para cumplir con las salvaguardias necesarias para asegurar que el cobro de las pensiones y otros beneficios similares sean utilizados a favor de la persona con discapacidad.

## CONCLUSIONES

A partir del mes de setiembre del año 2018, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1384 ha sido modificado el régimen de capacidad jurídica establecido en el Código Civil y demás disposiciones legales.

La principal modificación surge del reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de su vida de la persona con discapacidad.

El Perú ha eliminado la interdicción y curatela para las personas con discapacidad.

El modelo de regulación de la capacidad jurídica se ciñe a lo dispuesto en la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, su protocolo facultativo y las recomendaciones del Comité de Seguimiento.

La legislación civil en el Perú ha internalizado el nuevo concepto de la discapacidad definido en la Convención que bajo el modelo social y de derechos humanos, reconoce que la discapacidad se centra en los obstáculos o barreras que presenta la sociedad, que impiden a la persona con discapacidad gozar de su capacidad jurídica.

Es preciso vencer el miedo de los operadores jurídicos en la implementación de las nuevas instituciones como son los apoyos y las salvaguardias, que son las medidas que garantizan la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Resulta obligatorio transformar la prestación del servicio en todos los operadores del sector justicia, en especial la función que cumplimos los notarios que hemos recibido la facultad de formalizar la designación de apoyos y salvaguardias de la persona con discapacidad, así como la posibilidad de designar en forma anticipada los apoyos ante una futura discapacidad.

Los notarios, acostumbrados a dar fe de capacidad, libertad y conocimiento, tenemos que adecuar nuestra actuación a las nuevas normas en materia de capacidad jurídica que reconoce en el Artículo 42 del Código Civil la capacidad jurídica de toda persona mayor de dieciocho años, incluso de aquellas que requieran de apoyos y ajustes razonables para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Bajo los nuevos conceptos que regulan la manifestación de voluntad, los notarios estamos obligados a comprobar la autonomía y la comunicación con el entorno de la persona con discapacidad, de manera tal que con la participación de una persona de confianza o de los apoyos, faciliten la comunicación, la interpretación de los documentos o los actos en los cuales participa la persona con discapacidad.

Corresponde a los notarios ahora asumir el reto de realizar este importante cambio en la sociedad peruana, es nuestro deber ratificar una vez más que el notario es garante de los derechos fundamentales de la persona, en especial de aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, que son las personas con discapacidad que por cientos de años han estado discriminados en cuanto al derecho a la igualdad.

# Capacidad legal de las personas con discapacidad





La justicia  
es de todos

Minjusticia